



**REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE**

Zagreb, Koturaška 43/IV

KLASA: UP/II-034-02/22-01/76

URBROJ: 354-02/11-22-12

Zagreb, 10. ožujka 2022.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članova: Maje Kuhar, predsjednice, te Karmele Dešković i Zvonimira Jukića, članova, u žalbenom postupku pokrenutom po žalbi žalitelja Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska, nacionalni identifikacijski broj: 67670, kojeg zastupaju opunomoćenici Zoran Tomić, Ivana Božić i Vlatka Klišanin, odvjetnici iz Odvjetničkog društva Tomić & partneri d.o.o. Zagreb, u odnosu na Odluku o odabiru u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F5-0032202, predmet nabave: radovi na građevinskom i elektroenergetskom željezničkom infrastrukturnom podsustavu Projekta „Rekonstrukcija postojećeg i izgradnja drugog kolosijeka na dionici Hrvatski Leskovac - Karlovac“, naručitelja HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb, OIB: 39901919995, 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 40/21) te članka 398. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16, nadalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Poništava se Odluka o odabiru Broj: 3-17/22-P, od 25. siječnja 2022., u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F5-0032202, predmet nabave: radovi na građevinskom i elektroenergetskom željezničkom infrastrukturnom podsustavu Projekta „Rekonstrukcija postojećeg i izgradnja drugog kolosijeka na dionici Hrvatski Leskovac - Karlovac“, naručitelja HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb.

2. Nalaže se naručitelju HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb, da u roku od 8 dana od dana javne objave Rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave nadoknadi žalitelju Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska, troškove žalbenog postupka u iznosu od 100.781,25 kuna, dok se u preostalom dijelu u iznosu od 124.218,75 kuna zahtjev žalitelja odbija kao neosnovan.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb objavio je 7. rujna 2020. u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje u tekstu: EOJN RH) poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi u otvorenom postupku javne nabave,

broj objave: 2020/S 0F5-0032202, predmet nabave: radovi na građevinskom i elektroenergetskom željezničkom infrastrukturnom podsustavu Projekta „Rekonstrukcija postojećeg i izgradnja drugog kolosijeka na dionici Hrvatski Leskovac - Karlovac“. Kriterij odabira je ekonomski najpovoljnija ponuda koja se određuje na temelju pondera: Cijena ponude 90%; Razdoblje osiguravanja i zamjene dijelova skretnica 5% i Razdoblje osiguravanja svih potrebnih dijelova elektroenergetskog podsustava i njihove zamjene 5%, maksimalni broj bodova 100.

U predmetnom postupku javne nabave dostavljeno je 15 ponuda. Naručitelj je u postupku pregleda i ocjene ponuda šest ponuda ocijenio valjanima te je 25. siječnja 2022. donio Odluku o odabiru Broj: 3-17/22-P kojom je kao ekonomski najpovoljniju odabrao ponudu zajednice gospodarskih subjekata Strabag AG, Spittal an der Drau, Republika Austrija, Strabag d.o.o. Zagreb i Strabag Rail a.s., Usti nad Labem, Češka Republika (dalje u tekstu odabrana zajednica).

Na navedenu Odluku o odabiru urednu je žalbu 3. veljače 2022. putem preporučene pošte izjavio žalitelj Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska.

Žalitelj u žalbi osporava valjanost odabrane ponude, a žalbenim zahtjevom predlaže poništenje Odluke o odabiru i traži naknadu troškova žalbenog postupka.

U odgovoru na žalbu naručitelj osporava žalbene navode u cijelosti. Predlaže odbiti žalbu kao neosnovanu.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju osporava žalbene navode i predlaže odbiti žalbu kao neosnovanu.

U tijeku postupka pred ovim tijelom izvedeni su dokazi pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala koji se sastoji od poziva na nadmetanje, dokumentacije o nabavi, Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda sa priložima, Odluke o odabiru, odabrane ponude te ostalih dokaza pribavljenih u spis žalbenog predmeta.

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

Žalba je osnovana.

Žalitelj smatra da je naručitelj pogrešno utvrdio da odabrana zajednica zadovoljava minimalnu razinu tehničke i stručne sposobnosti propisanu točkom 4.3.b. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Tom točkom, navodi žalitelj, propisano je da gospodarski subjekt tehničku i stručnu sposobnost dokazuje popisom radova: „b. da je u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom deset (10) godina koje prethode toj godini, u okviru jednog (1) ili najviše dva (2) ugovora uredno izvršio radove na modernizaciji i/ili rekonstrukciji i/ili nadogradnji i/ili obnovi i/ili izgradnji željezničkog ili cestovnog donjeg ustroja (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele) ukupne vrijednosti najmanje 150.000.000,00 HRK (bez PDV-a).“

Dalje, žalitelj navodi da je odabrana zajednica u ESPD obrascu svoga člana Strabag AG, Austrija navela sljedeću referencu: „Izgradnja autoputa na koridoru Vc, dionica Svilaj-Odžak“, u vrijednosti radova 14.184.801,48 EUR, protuvrijednost u kunama prema srednjem tečaju Hrvatske narodne banke (dalje u tekstu: HNB) na dan

4. rujna 2020. je 106.915.387, 89 HRK (bez PDV-a). Žalitelj dalje opisuje da je naručitelj 14. svibnja 2021. odabranoj zajednici uputio Zahtjev u kojemu je tražio ispravak navedenog ESPD obrasca jer mu, kako navodi, „nije jasno da li se radi o radovima na izgradnji donjeg ustroja autoputa (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele)“ pa moli da se u ispravljenom ESPD obrascu izričito navede odnosi li se referenca na radove na izgradnji donjeg ustroja (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele) te da se navede odnosi li se vrijednost reference 106.915.387,89 HRK (bez PDV-a) isključivo na radove na donjem ustroju (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele).

Žalitelj nadalje navodi da je odabrana zajednica naručitelju dostavila ispravljeni/dopunjeni ESPD obrazac člana Strabag AG, Austrija, u kojem je navedena referenca „Izgradnja autoputa na koridoru Vc, dionica Svilaj-Odžak“, vrijednost traženih radova 14.184.801,48 EUR, protuvrijednost u kunama prema srednjem tečaju HNB-a na dan 4. rujna 2020. (1Eur=7,526 HRK) je 106.754.815,94 HRK (bez PDV-a). U nastavku istoga ESPD obrasca navodi se da se referenca „Izgradnja autoputa na koridoru Vc, dionica Svilaj-Odžak“ odnosi isključivo na izgradnju donjeg ustroja i ne uključuje mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele, kao i to da se navedena vrijednost reference 106.754.815,94 HRK odnosi isključivo na radove koje je na donjem ustroju (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele) izveo Strabag AG, Austrija.

Žalitelj također navodi da je odabrana zajednica kao ažurirani popratni dokument naručitelju dostavila Popis izvršenih radova za Strabag AG, Austrija te Potvrdu druge ugovorne strane Javnog poduzeća autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar za referencu „Izgradnja autoputa na koridoru Vc, dionica Svilaj-Odžak“. U dostavljenoj Potvrdi druge ugovorne strane, ističe žalitelj, nigdje nije navedeno niti se može iščitati da je vrijednost radova isključivo donjeg ustroja (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele), koje je izvodio član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija iznosila 106.754.815,94 HRK. Žalitelj također napominje da naručitelj nije tražio dopunu predmetne Potvrde. Žalitelj smatra da dostavljenom Potvrdom odabrana zajednica nije potvrdila navod iz ESPD obrasca člana Strabag AG, Austrija i da nije jasno na temelju čega je naručitelj zaključio da odabrana zajednica zadovoljava uvjete tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.b. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da je prihvatio referencu „Izgradnja autoputa na koridoru Vc, dionica Svilaj-Odžak“ za ispunjenje uvjeta iz točke 4.3.b. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, jer je kao dokaz dostavljena Potvrda druge ugovorne strane Javno poduzeće autoceste Federacije Bosne i Hercegovine iz koje je vidljiva raspodjela izvedenih radova koje je izveo Strabag AG, Austrija, a koje Euro-asfalt te da je u raspodjeli radova jasno vidljiva vrsta, količina i vrijednost izvedenih radova (bez PDV-a) koje je izveo član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija. Iz dostavljene Potvrde koja sadrži prikaz raspodjele radova, nastavlja naručitelj, jasno se može iščitati ukupna vrijednost radova (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele) na izgradnji donjeg ustroja autoceste koje je izveo Strabag AG, Austrija. Pojašnjava da je kod predmetne reference priznao sljedeće radove na izgradnji donjeg ustroja autoceste koje je izveo Strabag AG, Austrija ukupne vrijednosti 106.754.815,94 HRK bez PDV-a preračunato po srednjem tečaju HNB-a sukladno odredbama dokumentacije o nadmetanju: - Iskop 223.986,64 m³ - 77.851,35 €; - Nabijanje podtla 470.398,63 m² - 1.658.859,74 €; - Vertikalni drenovi 1.397.996,50 m² - 1.346.765,98 €; - Geotekstil 450.510,32 m² - 3.957.068,55 €; - AB propusti 2,00

m³ 297.874,19 € - Nasip 1.437.930,51 m³ - 6.645.574,67 €; - Kamena greda (uređenje posteljice) 47.422,83 m³ - 200.807,00 €. Naručitelj podsjeća da žalitelj ne osporava dostavljene dokaze za drugu priznatu referencu „Modernizacija pruge Votice Benešov“.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju u bitnom navodi da je sve relevantno vidljivo iz dostavljene Potvrde druge ugovorne strane i dostavljenog Pojašnjenja.

Ispitujući žalbeni navod utvrđeno je da je žalitelj u žalbi vjerno prenio činjenično stanje, koje je među strankama nesporno. Nadalje, radi potpunog i pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja, relevantne činjenice se dodatno ističu.

Prema točki 2.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je predmet nabave opisao kao radove na građevinskom i elektroenergetskom željezničkom infrastrukturnom podsustavu projekta „Rekonstrukcija postojećeg i izgradnja drugog kolosijeka na dionici Hrvatski Leskovac-Karlovac“. Detaljan opis predmeta nabave i cjelokupnog projekta nalazi se u Svesku III - Knjiga 1 dokumentacije o nabavi.

Točkom 4.3. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao minimalne razine tehničke i stručne sposobnosti i način njihova dokazivanja.

Prema točki 4.3.b. Uputa ponuditeljima gospodarski subjekt tehničku i stručnu sposobnost dokazuje popisom radova kojima dokazuje: da je u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom deset (10) godina koje prethode toj godini, u okviru jednog (1) ili najviše dva (2) ugovora uredno izvršio radove na modernizaciji i/ili rekonstrukciji i/ili nadogradnji i/ili obnovi i/ili izgradnji željezničkog ili cestovnog donjeg ustroja (ne uključujući mostove, nadvožnjake, podvožnjake i tunele) ukupne vrijednosti najmanje 150.000.000,00 HRK (bez PDV-a).

Nadalje je u istoj točki dokumentacije o nabavi naručitelj propisao da je kao preliminarni dokaz tehničke i stručne sposobnosti propisane točkama 4.3.a. - 4.3.d. gospodarski subjekt obvezan u ponudi dostaviti ESPD obrazac ispunjen u dijelu IV: Kriteriji za odabir gospodarskog subjekta, C: Tehnička i stručna sposobnost - točka 1a. U trenutku provjere informacija navedenih u ESPD obrascu, uvjete sposobnosti propisane točkama 4.3.a. - 4.3.d. gospodarski subjekt dokazuje popisom izvršenih radova (Obrazac 4 - Popis izvršenih radova) koji su isti ili slični predmetu nabave, i koji sadrži ili mu se prilaže potvrda druge ugovorne strane o urednom izvođenju i ishodu radova (Obrazac 5). Potvrda o urednom izvršenju radova mora sadržavati: naziv i sjedište izvođača, naziv i sjedište druge ugovorne strane, predmet i vrijednost radova obuhvaćenih ugovorom, popis radova obuhvaćenih ugovorom koje je gospodarski subjekt izvršio samostalno i njihova pojedinačna vrijednost⁷ (objašnjenje fus note broj 7: potvrde u eurima ili drugim valutama će se preračunavati u kune prema srednjem tečaju Hrvatske narodne banke (HNB) na dan početka postupka javne nabave); popis radova obuhvaćenih ugovorom koje su izvršili samostalno ostali članovi zajednice i njihova pojedinačna vrijednost (ako je primjenjivo); datum i mjesto izvođenja radova (godina ugovaranja i završetka radova); izjavu druge ugovorne strane o urednom izvođenju i ishodu radova. U slučaju da se potvrda izdaje za zajednicu izvođača čiji član se nadmeće u ovom postupku javne nabave, potvrda treba na jasan i nedvosmislen način sadržavati podatke koji se odnose na člana zajednice koji se nadmeće u ovom postupku i to popis radova i njihovu vrijednost (bez PDV-a) koje je izvršio taj član zajednice, a ispunjavaju propisane minimalne uvjete (vrstu izvedenih radova i njihovu vrijednost).

Nadalje je u istoj točki 4.3. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj dao dodatno pojašnjenje vezano uz dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti propisane točkama 4.3.a. - 4.3.d.: Popis izvršenih radova i potvrda o urednom izvođenju i ishodu radova moraju sadržavati detaljnu specifikaciju izvedenih radova (kako je već navedeno u točki 4.3. i u Obrascu 5) kako bi naručitelj nedvojbeno utvrdio da li dostavljeni dokumenti dokazuju ispunjenje pojedinog propisanog uvjeta sposobnosti. Npr.: - za naručitelja nije prihvatljiva potvrda u kojoj je navedeno da je gospodarski subjekt izveo određeni postotak ukupno ugovorenih radova (koji su npr. uključivali rekonstrukciju željezničke pruge u duljini 20 km, obnovu kolodvorskih zgrada te elektrifikaciju pruge), - za točku 4.3.a. iz potvrde mora biti razvidno da je ponuditelj izgradio min. jedan most ili vijadukt ili nadvožnjak, a ne dio radova na mostu ili vijaduktu ili nadvožnjaku u nekom postotku. Zbog svega navedenoga potrebno je točno nabrojati i specificirati sve pojedinačne radove koje je gospodarski subjekt stvarno izveo. Ako je potrebno, naručitelj može izravno od druge ugovorne strane zatražiti provjeru istinitosti potvrde.

Naručitelj je u sklopu dokumentacije o nabavi objavio dokument Svezak III_Knjiga 1 i 2_Tehničke specifikacije. U točki 1.3.2.1.1.2. *Vertikalna kolosiječna geometrija*, koja se odnosi na građevinski infrastrukturni podstustav, preciznije željezničku prugu te je definirao što spada u gornji, a što u donji ustroj. U točki 1.3.2.1.1.2. *Donji ustroj* naručitelj je donji ustroj definirao kao dio građevinskog infrastrukturnog podsustava, a u nastavku iste točke je, od vrha prema dnu, opisao elemente poprečnog presjeka pruge, potrebna svojstva kojima trebaju udovoljavati te način ugradnje pojedinih slojeva pa se tako navodi: 1. posteljica; 2. pružno tijelo - nasip; 3. klinovi za objekte; 4. donji ustroj u vodnozaštitnom području.

Uvidom u odabranu ponudu utvrđeno je da je u ESPD obrascu člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija u relevantnom dijelu navedena referenca „Izgradnja autoputa na koridoru Vc, dionica Svilaj-Odžak“, u vrijednosti 14.184.801,48 EUR, protuvrijenost u kunama prema srednjem tečaju NNB-a na dan 4. rujna 2020. je 106.915.387,89 HRK (bez PDV-a).

Također je utvrđeno da je u ESPD obrascu člana odabrane zajednice Strabag Rail a.s., Češka u relevantnom dijelu navedena referenca „Modernizacija pruge Votice-Benešov u Prahy, Češka“.

Nadalje je utvrđeno da je odabrana zajednica 17. studenog 2021. naručitelju, kao ažurirani popratni dokument, dostavila Potvrdu druge ugovorne strane Javnog poduzeća Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar, kojom potvrđuje izvođaču radova zajednici gospodarskih subjekata Strabag AG, Austrija, Euro-asfalt d.o.o. i ŽGP d.d., da je uredno ispunjen Ugovor br. JPAC-327-B45-12 (s aneksima) - Izgradnja autoceste na koridoru Vc, dionica Svilaj-Odžak, iz koje je razvidno da je vodeći partner Strabag AG, Austrija izveo radove, kako slijedi (tablično prikazano): - Iskop 223.986,64 m³ - 77.851,35 €; - Nabijanje podtla 470.398,63 m² - 1.658.859,74 €; - Vertikalni drenovi 1.397.996,50 m² - 1.346.765,98 €; - Geotekstil 450.510,32 m² - 3.957.068,55 €; - AB propusti 2,00 m³ - 297.874,19 € - Nasip 1.437.930,51 m³ - 6.645.574,67 €; - Kamena greda (uređenje posteljice) 47.422,83 m³ - 200.807,00 €; Unutarnja odvodnja i vodozaštia 11.249,10 m - 2.880.697,07 €; Nadvožnjaci 5,00 m³ - 1.999.598,47 €; Tampon 74.194,32 m³ - 998.133,21 €; Cementa stabilizacija - m² - ; Asfalt 60.409,53 t - 2.655.593,95 €; Zaštitna odbojna ograda 37.326,25 m - 2.788.085,43 €; Ostali radovi - 10.526.194,43 € .

Nadalje, istoga dana odabrana zajednica je naručitelju kao ažurirani popratni dokument dostavila i Potvrdu druge ugovorne strane vezano za referencu

„Modernizacija pruge Votice-Benešov, Prag, Češka“, a koja referenca žalitelju nije sporna).

Iz Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj odabranom zajednici na ime ispunjenja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.b. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi priznao obje navedene reference.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., članka 291., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 19. stavka 1. Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave (dalje u tekstu: Pravilnik).

Žalitelj tvrdi da iz Potvrde druge ugovorne strane dostavljene kao ažurirani popratni dokument vezano za referencu „Izgradnja koridora Vc, Svilaj-Odžak“ nije vidljiva niti se može iščitati vrijednost radova koju odabrana zajednica navodi u ESPD obrascu člana Strabag AG, Austrija u iznosu od 106.754.815,94 HRK. Žalitelj i sam navodi da su iz tabličnog prikaza u predmetnoj Potvrdi vidljivi radovi koje je izveo Strabag AG, Austrija te vrijednost svake pojedine stavke radova (u €). Naručitelj je u odgovoru na žalbu opisao kako je utvrdio da predmetna referenca udovoljava propisanim uvjetima u pogledu vrste i vrijednosti radova te naveo da je iz predmetne Potvrde priznao radove: iskop, nabijanje podtla, vertikalne drenove, geotekstil, AB propuste, nasip i kamenu gredu (uređenje posteljice) što ukupno, zbrajajući iznose iz Potvrde, iznosi 106.754.815,95 HRK (sukladno propisanim pravilima za konverziju EUR u HRK).

Slijedom svega navedenog, Državna komisija naručiteljevu argumentaciju cijeni osnovanom jer ima uporište u prethodno citiranim odredbama dokumentacije o nabavi i dostavljenom obrazloženju naručitelja u žalbenom postupku u kojem je naručitelj obrazložio na koji je način utvrdio da predmetna Potvrda udovoljava propisanim uvjetima. Naručitelj je u tehničkim specifikacijama definirao što čini donji ustroj i sukladno toj definiciji ocijenio predmetnu Potvrdu. Slijedom navedenog, žalbeni navod, da predmetnom Potvrdom druge ugovorne strane dostavljenom kao dokaz za referencu „Izgradnja koridora Vc, Svilaj-Odžak“ odabrana zajednica nije dokazala uvjete tehničke i stručne sposobnosti propisane u točki 4.3.b. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, ocijenjen je neosnovanim.

Žalitelj smatra da je naručitelj pogrešno utvrdio da odabrana zajednica zadovoljava minimalnu razinu tehničke i stručne sposobnosti traženu u točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Navodi da je tom točkom naručitelj propisao da gospodarski subjekt mora dokazati: a. da je u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom deset (10) godina koje prethode toj godini, uredno izvršio sve radove na izgradnji jednog (1) ili najviše tri (3) mosta ili vijadukta ili nadvožnjaka ili podvožnjaka (željeznička ili cestovna) ukupne vrijednosti najmanje 30.000.000,00 HRK (bez PDV-a). Žalitelj dalje navodi da je odabrana zajednica u ESPD obrascu člana Strabag AG, Austrija navela referencu „Izgradnja mosta Kopno-otok Čiovo“, u vrijednosti 103.741.494,83 HRK bez PDV-a.

Žalitelj ističe kako član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija nije izveo sve radove na izgradnji mosta „Kopno-otok Čiovo“ budući da je izgradnju mosta započelo društvo Viadukt d.d. (vidljivo iz Obavijesti o sklopljenim ugovorima koja je objavljena 6. ožujka 2015., broj objave 2015/S 003-0009331), a nakon što je Viadukt d.d. zapeo u poslovne probleme, investitor Hrvatske ceste d.o.o. je raskinuo Ugovor i objavio

postupak javne nabave za završetak radova na izgradnji mosta (objavljen u EOJN RH pod brojem objave 2017/S 0F3-0023347). Po okončanju postupka javne nabave, nastavlja žalitelj, investitor Hrvatske ceste d.o.o. je sklopio Ugovor o završetku radova sa zajednicom gospodarskih subjekata čiji je član bio i Strabag AG, Austrija. U postupku javne nabave pod brojem objave 2017/S 0F3-0023347 sastavni dio dokumentacije o nabavi čini, a na temelju članka 15.3. raskinutog Ugovora o građenju, Izvadak iz Zapisnika o procjeni stanja radova iz kojeg je razvidno koji radovi na izgradnji mosta su dovršeni, a koje radove je potrebno dovršiti u sklopu ugovora o završetku radova. Žalitelj navodi kako iz priloženog Izvatka iz Zapisnika o procjeni stanja radova proizlazi da je društvo Viadukt d.d. izvelo dio radova na izgradnji mosta, a koji radovi uključuju ugradnju armature i izradu temelja, izradu svih AB bušenih pilota te ostale radove. Slijedom navedenog, zaključuje žalitelj, razvidno je da član odabrane zajednice nije izveo sve radove na izgradnji mosta Kopno-otok Čiovo.

Žalitelj dalje navodi da je odabrana zajednica, postupajući po Zahtjevu za pojašnjenjem/dopunom ponude, 14. svibnja 2021. naručitelju dostavila ispravljeni/dopunjeni ESPD obrazac člana zajednice Strabag AG, Austrija u kojemu je u svrhu ispunjenja istoga uvjeta navela još jednu referencu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš - Izvedba sklop B“ i da je Strabag AG, Austrija izveo kompletne radove na objektima: podvožnjak Dornavca (147m), u vrijednosti 1.526.075,52 EUR; nadvožnjak Moškanjci (128,60m) u vrijednosti 1.346.207,79 EUR te podvožnjak Osluševci (132,70m) u vrijednosti 1.239.343,38 EUR te da je ukupna vrijednost tri izvedena objekta 4.111.626,69 EUR, protuvrijednost prema srednjem tečaju HNB-a na dan 4. rujna 2020. (1Eur=7,526 HRK) je 30.944.102,47 HRK (bez PDV-a).

Žalitelj dalje opisuje da je naručitelj Zahtjevom od 9. studenog 2021. pozvao odabranu zajednicu da dostavi ažurirane popratne dokumente, među ostalima, i za referencu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“; da odabrana zajednica naručitelju nije dostavila dokumentaciju iz koje bi proizlazilo da izvršeni projekti odgovaraju traženim uvjetima te da je stoga naručitelj Zahtjevom od 2. prosinca 2021. pozvao odabranu zajednicu da dostavi Potvrdu druge ugovorne strane iz koje je vidljivo koje radove je Strabag AG, Austrija izveo samostalno (budući da je bio u zajednici sa gospodarskim subjektom SGP Pomgrad d.d. Murska Sobota). Iz (novo) dostavljene Potvrde druge ugovorne strane Ravnateljstvo Republike Slovenije za infrastrukturu, nastavlja žalitelj, je vidljivo da su radove na objektima podvožnjak Dornava i nadvožnjak Moškanjci zajednički izvela oba člana zajednice na način da je kod izgradnje podvožnjaka Dornava radove na izradi zaštite građevinske jame jet groutingom fi 80 cm izvelo društvo SGP Pomgrad d.d., dok je kod izgradnje nadvožnjaka Moškanjci isto društvo izvelo radove izrade pilota fi 150 cm. Dakle, zaključuje žalitelj, jedino gdje je Strabag AG, Austrija izvršio sve radove na izgradnji mosta ili vijadukta ili nadvožnjaka ili podvožnjaka, a ne dio radova je podvožnjak Osluševci čija je vrijednost radova iznosila 1.721.723,38 EUR bez PDV-a, odnosno preračunato 12.957.690,16 HRK. S obzirom na to da se uvjet iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi odnosi na izvršenje *svih* radova na specificiranim objektima ukupne vrijednosti najmanje 30.000.000,00 HRK bez PDV-a, razvidno je, zaključuje žalitelj, da odabrana zajednica nije dokazala sposobnost traženu tom točkom dokumentacije o nabavi.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da je iz dostavljene Potvrde vidljivo da su radove izvodili Strabag AG (vodeći partner) i SGP Pomgrad d.d. (partner) te da je u sklopu Potvrde prikazana raspodjela radova koje je izveo Strabag AG, a koje SGP

Pomgrad d.d. U predmetnoj Potvrdi, naglašava naručitelj, u popisu izvedenih radova, za Strabag AG jasno piše „Izgradnja novog podvožnjaka Dornava (147,00m)” i „Izgradnja novog nadvožnjaka Moškanjci (128,60m)“. Iz navedenog se iščitava, nastavlja naručitelj, da je druga ugovorna strana potvrdila da je Strabag AG, Austrija izveo radove na izgradnji novog podvožnjaka Dornava i novog nadvožnjaka Moškanjci.

Naručitelj dalje navodi da, radi boljeg razumijevanja ovog uvjeta sposobnosti, pojašnjava koje je sve radove potrebno izvesti u sklopu izgradnje jednog mosta/vijadukta/nadvožnjaka/podvožnjaka, odnosno koji dijelovi čine svaki most/vijadukt/nadvožnjak/podvožnjak, a to su: - gornji ustroj ili rasponski sklop (sastoji se od kolničke ploče i glavnih nosača); - donji ustroj ili sustav potpora (sastoji se od upornjaka, stupova i temelja); - oprema (koju čine ležajevi, dilatacijske naprave, ograda i dr.).

U predmetnoj Potvrdi, nastavlja naručitelj, jasno je prikazano koje radove je na podvožnjaku Dornava, nadvožnjaku Moškanjci i podvožnjaku Osluševci izveo Strabag AG, a koje SGP Pomgrad d.d. Iz dostavljanje Potvrde i raspodjele radova, nastavlja naručitelj, je nedvojbeno jasno da je Strabag AG izveo sve radove na izgradnji podvožnjaka Dornava, nadvožnjaka Moškanjci i podvožnjaka Osluševci kako je i tražio dokumentacijom o nabavi. Također ističe da u dijelove tih objekata ne spada zaštita građevinske jame te da je zaštita građevinske jame privremena konstrukcija koja nije sastavni dio mosta/vijadukta/nadvožnjaka/podvožnjaka. Ističe i to da piloti nisu nužno sastavni dio svakog mosta/vijadukta/nadvožnjaka/podvožnjaka; da takve vrste radova obavljaju usko specijalizirane tvrtke koje posjeduju posebnu opremu te da ih gospodarski subjekti koje rade na izgradnji mostova angažiraju za predmetne specijalizirane radove. Zaključno ističe kako smatra da je odabrana zajednica u potpunosti zadovoljila uvjete tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Upute ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju, vezano za referencu „Izgradnja mosta Kopno-otok Čiovo“ navodi da je član zajednice Strabag AG, Austrija izveo sve radove u okviru potpisanog Ugovora i da nepriznavanje reference od strane naručitelja smatra pogrešnim. U vezi s referencom „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“ navodi da je iz dostavljene Potvrde razvidno da je isti član izveo radove na izgradnji objekata u okviru potpisanog Ugovora čime je zajednica dokazala tražene uvjete. Također navodi da žaliteljeve navode oštro odbacuje budući da je iz dostavljene Potvrde druge ugovorne strane jasno da je u okviru Ugovora isti član izveo 95,65% radova, dok je preostali dio radova izveo drugi član tadašnje zajednice gospodarskih subjekata, kao i da su radovi u Potvrdi jasno specificirani.

Ispitujući žalbeni navod utvrđeno je sljedeće činjenično stanje.

Prema točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi gospodarski subjekt tehničku i stručnu sposobnosti dokazuje popisom radova kojima dokazuje: a. da je u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom deset (10) godina koje prethode toj godini, uredno izvršio sve radove na izgradnji jednog (1) ili najviše tri (3) mosta ili vijadukta ili nadvožnjaka ili podvožnjaka (željeznička ili cestovna) ukupne vrijednosti najmanje 30.000.000,00 HRK (bez PDV-a). Način dokazivanja ovoga uvjeta citiran je uz prvi žalbeni navod.

Uvidom u odabranu ponudu, točnije ESPD obrazac člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija utvrđeno je da je u relevantnom dijelu navedena referenca „Izgradnja mosta Kopno-otok Čiovo“ u vrijednosti radova 103.741.494,83 HRK bez PDV-a.

Iz EOJN RH razvidno je da je naručitelj 14. svibnja 2021. tražio od odabrane zajednice dodatno pojašnjenje u vezi s ovom referencom na način da razjasni je li član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija izveo sve radove na izgradnji mosta i u tome smislu dostavi ispravljeni ESPD obrazac.

Odabrana zajednica je dana 31. svibnja 2021. naručitelju dostavila svoje pojašnjenje u vezi s referencom „Izgradnja mosta Kopno-otok Čiovo“ u kojemu navodi da je član zajednice Strabag AG, Austrija izveo sve radove na izgradnji toga mosta te da je navedeno iskustvo stekao prije podnošenja ponude. Također je navela da svoje iskustvo dopunjuje s još jednom referencom te u prilogu dostavlja dopunjeni ESPD obrazac člana Strabag AG, Austrija u kojemu je, vezano dokazivanje uvjeta iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, navedena i referenca „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“ te da je Strabag AG, Austrija izveo sve radove na svim objektima pa se navodi: podvožnjak Dornava (147m), u vrijednosti 1.526.075,52 EUR, protuvrijednost 11.485.244,36 HRK (bez PDV-a); nadvožnjak Moškanjci (128,60m) u vrijednosti 1.346.207,79 EUR, protuvrijednost 10.131.559,83 HRK (bez PDV-a) te podvožnjak Osluševci (132,70m), u vrijednosti 1.239.343,38 EUR, protuvrijednosti 9.327.298,34 HRK (bez PDV-a); sveukupnog iznosa za tri objekta 4.111.626,69 EUR, protuvrijednost 30.944.102,47 HRK (bez PDV-a).

Nadalje je iz EOJN RH razvidno da je naručitelj 9. studenog 2021. odabranu zajednicu pozvao na dostavu ažuriranih popratnih dokumenata, među kojima i popis radova te potvrde druge ugovorne strane sa svrhom dokazivanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. - d. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Razvidno je, nadalje, da je odabrana zajednica 17. studenog 2021. naručitelju dostavila ažurirane popratne dokumente, među kojima, i Popis radova izrađen na Obrascu 4 te ovjereni prijevod Potvrde Ministarstva infrastrukture Republike Slovenije, izdanu 16. ožujka 2016., kojom se potvrđuje da je Strabag AG, Austrija, Podružnica Ljubljana, kao vodeći član u zajednici s SGP Pomgrad d.d. Murska Sobota izvršio gradnju na projektu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš, Izvedba sklop B.“ Iz Potvrde je razvidan postotni dio radova koje je izvršio Strabag AG, Austrija, kao i tehnički podaci projekta u vidu podjele radova po cjelinama i vrstama te količina i vrijednost radova. Između ostalog, razvidno je da se među izvedenim radovima navode inženjerski objekti:

a) podvožnjak Dornava (AB temeljna ploča, lijevak-AB okvirna konstrukcija, bijela kada);

b) nadvožnjak Moškanjci (AB piloti fi 150 cm, AB prenapregnuta konstrukcija, bit. Trake5 mm na 2× epoksidni premaz);

c) podvožnjak Osluševci (AB temeljna ploča, lijevak-AB okvirna konstrukcija, bijela kada).

Iz EOJN RH razvidno je, nadalje, da je naručitelj 2. prosinca 2021. odabranu zajednicu uputio Zahtjev i potom dopunu Zahtjeva za nadopunom ažuriranih popratnih dokumenata, kojim je poziva, između ostalog, dostaviti izvornik Potvrde (jer je dostavljen samo ovjereni prijevod Potvrde) te novu ili dopunu Potvrde jer iz opisa izvedenih radova na sva tri objekta nije jasno da li se radi o izgradnji objekata ili modernizaciji/rekonstrukciji/nadogradnji/sanaciji ili obnovi postojećih objekata; zatim jer ne sadrži podatke o ukupnoj vrijednosti radova na svakom pojedinom objektu koje je izradio samostalno Strabag AG, Austrija i konačna vrijednost po svakom objektu; jer nisu navedeni podaci o vrijednosti radova bez PDV-a te jer na Potvrdi nedostaje ime i prezime te funkcija potpisnika. Također traži ispravak podataka u Obrascu 4 - Popis izvršenih radova.

Nadalje je razvidno da je odabrana zajednica, postupajući po opisanom Zahtjevu, naručitelju dostavila ovjereni prijevod sa slovenskog jezika Potvrde, izdane od Ministarstva infrastrukture Republike Slovenije, Sektora za investicije u željeznice, od 6. prosinca 2021., kojom potvrđuje da je Strabag AG, Austrija, Podružnica Ljubljana, kao vodeći partner u zajednici s SGP Pomgrad d.d. Murska Sobota izvršio gradnju opisanog projekta, koji je, između ostalog, obuhvaćao izgradnju potpuno novih objekata podvožnjaka Dornava, nadvožnjaka Moškanjci i podvožnjaka Osluševci. U predmetnoj Potvrdi tablično je prikazan popis radova koje su članovi zajednice izveli samostalno, vrijednost radova bez PDV-a koje su članovi izveli samostalno i ukupna vrijednost radova (u EUR) i ti podaci čine stupce tablice, a redove tablice čine cjeline izvedenih radova - inženjerski objekti, prometno uređenje, vanjsko uređenje i sl. Tako je iz predmetne Potvrde razvidno da je Strabag AG, Austrija izgradio novi podvožnjak Dornava (147,00m) i da je vrijednost izvedenih radova 1.218.223,60 EUR, a razvidno je i to da je na objektu podvožnjak Dornava SGP Pomgrad d.d. izradio zaštitu građevinske jame jet groutingom fi 80 cm te da je vrijednost izvedenih radova 467.467.851,92 EUR. Nadalje je iz predmetne Potvrde razvidno da je Strabag AG, Austrija izgradio novi nadvožnjak Moškanjci (128,60m) u vrijednosti 1.198.739,91 EUR, a da je na toj istom objektu SGP Pomgrad d.d. izradio pilote fi 150cm u vrijednosti 147.467,88 EUR. Iz predmetne Potvrde također je razvidno da je Strabag AG, Austrija izradio novi podvožnjak Osluševci (132,70m) u vrijednosti 1.721.723,38 EUR.

Uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da naručitelj u svrhu ispunjenja uvjeta iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi odabranoj zajednici priznao referencu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“, a referencu „Izgradnja mosta Kopno-otok Čiovo“ nije priznao.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., članka 291., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 19. stavka 1. Pravilnika.

Iz spisa predmeta proizlazi da su ponuditelji kao ažurirani popratni dokument u cilju dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, naručitelju morali dostaviti potvrdu koja na jasan i nedvosmislen način sadržava podatke koji se odnose na člana zajednice koji se nadmeće u ovom postupku, i to popis radova i njihovu vrijednost (bez PDV-a) koje je izvršio taj član zajednice, a ispunjavaju propisane minimalne uvjete (vrstu izvedenih radova i njihovu vrijednost).

Iz spisa predmeta proizlazi da je odabrana zajednica u svrhu dokazivanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi u ESPD obrascu člana Strabag AG, Austrija navela dvije reference; „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“ koju je naručitelj priznao kao valjanu za dokazivanje toga iskustva i drugu „Izgradnja mosta Kopno-otok Čiovo“ koju naručitelj u konačnici nije priznao.

Žalitelj u žalbi tvrdi da dostavljenom Potvrdom druge ugovorne strane (potonjom, od 6. prosinca 2021.) vezano za referencu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“ odabrana zajednica ponuditelja nije dokazala da je član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija izveo sve radove na izgradnji podvožnjaka Dornava, nadvožnjaka Moškanci i podvožnjaka Osluševci koje je u taj član naveo u svojem ESPD obrascu.

Među stranaka nije sporno da je iz osporavane Potvrde razvidno koje su radove u sklopu projektu „Modernizaciji Pragersko-Hodoš“ izvodili Strabag AG, a koje SGP

Pomgrad d.d. samostalno, kao i vrijednost radova, kao i to da je u Potvrdi navedeno da je Strabag AG, Austrija izveo radove na izgradnji novog podvožnjaka Dornava, novog nadvožnjaka Moškanjci i novog podvožnjaka Osluševci. Žalitelj tvrdi da je iz osporavane Potvrde jasno da član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija nije izveo sve radove na izgradnji objekata podvožnjak Dornava i nadvožnjaka Moškanjci, iz razloga što je iz Potvrde razvidno da je na objektu podvožnjak Dornava SGP Pomgrad d.d. izradio zaštitu građevinske jame jet groutingom fi 80cm, a na nadvožnjaku Moškanjci da je izradio pilot(e) fi 150cm pa da prema tome odabrana zajednica ponuditelja nije dokazala uvjete propisane dokumentacijom o nabavi.

Naručitelj u odgovoru na žalbu, obrazlažući razloge zašto je osporavanu Potvrdu prihvatio kao valjanu za dokazivanje uvjeta propisanih dokumentacijom o nabavi, navodi da je zaštita građevinske jame privremena konstrukcija koja nije dio mosta/vijadukta/nadvožnjaka/podvožnjaka, međutim svoju tvrdnju da zaštita građevinske jame ne spada pod radove na izgradnji podvožnjaka ničim ne dokazuje niti dodatno argumentira, a Državna komisija ne pronalazi temelja za takvu tvrdnju naručitelja. Naime, ponuditeji su sukladno točki 4.3. a. bili dužni dokazati da su uredno izvršili sve radove na izgradnji podvožnjaka/mosta/vijadukta/nadvožnjaka. U prilog naručiteljevoj tvrdnji da zaštita građevinske jame nije dio bilo kojeg podvožnjaka pa ni podvožnjaka Dornava ne ide činjenica, a koja je indikativna, da vrijednost izvedenih radova za zaštitu građevinske jame čini cca trećinu vrijednosti radova na izgradnji podvožnjaka Dornava. U prilog naručiteljevoj tvrdnji ne ide niti to da je iz tehničke specifikacije predmetnog postupka javne nabave razvidno da ponuditelji pri izvođenju radova koji su predmet konkretne nabave moraju iskopati građevinske jame te napraviti nacрте i proračune zaštite građevinskih jama (izvođenje zaštite iskopa i osiguranje stabilnosti, način sniženja nivoa podzemne vode). Slijedom navedenog, Državna komisija argumentaciju naručitelja da zaštita građevinske jame nije dio radova na izgradnji mosta/vijadukta/nadvožnjaka/podvožnjaka cijeni neosnovanom iz opisanih razloga.

Naručitelj, nadalje, obrazlažući razloge za prihvaćanje predmetne Potvrde navodi da piloti nisu nužno sastavni dio svakog mosta/vijadukta/nadvožnjaka/podvožnjaka te da radove na izradi pilota u praksi najčešće rade gospodarski subjekti specijalizirani za tu vrstu radova koji su različiti od gospodarskih subjekata koji rade na izgradnji *mostova*. Naručitelj u odgovoru na žalbu implicira da pilot(i) koje je, prema predmetnoj Potvrdi, izradilo društvo Pomgrad d.d. ne bi bili dio nadvožnjaka Moškanjci, no za takvu argumentaciju naručitelja Državna komisija u spisu predmeta ne pronalazi temelja, nego upravo suprotno. Iz Potvrde od 16. ožujka 2016, u odnosu na koju je naručitelj zbog nekih drugih razloga tražio dopunu/dostavljanje nove potvrde (dakle, one prvotno dostavljene), jasno je navedeno da su u sklopu objekta nadvožnjak Moškanjci izvedeni radovi na izradi AB pilota fi 150cm. Slijedom navedenog, Državna komisija argumentaciju naručitelja da piloti nisu dio nadvožnjaka cijeni neosnovanom iz navedenih razloga.

Slijedom svega naprijed navedenog, Državna komisija je u žalbenom postupku, primjenom mjerodavnog prava na nesporno činjenično stanje, ocijenila da naručitelj nije, sukladno svojoj obvezi iz članka 403. ZJN 2016, u opisanom dijelu dokazao na temelju kojih činjenica i okolnosti je ocijenio da odabrana zajednica udovoljava uvjetima propisanim u točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi odnosno da je Strabag AG, Austrija izvršio sve radove na izgradnji jednog (1) ili najviše tri (3) mosta ili vijadukta ili nadvožnjaka ili podvožnjaka (željeznička ili cestovna) ukupne vrijednosti najmanje 30.000.000,00 HRK (bez PDV-a) te je žalbeni navod ocijenjen osnovanim.

Žalitelj u žalbi navodi da odabrana zajednica nije ponudila predmet nabave sukladno uvjetima i zahtjevima iz dokumentacije o nabavi. Objašnjava da je naručitelj točkom 6.2.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi propisao da sve ponude, između ostalog, moraju sadržavati i popunjeni Obrazac 11 - Izjava o ključnim proizvodima i sklopovima te „potvrdu/potvrde željezničke uprave da su proizvodi navedeni u Obrascu 11 ugrađeni u najmanje 10 km konvencionalnih pruga (skretnice ne manje od 10 komada), a bili su nabavljeni i isporučeni od strane proizvođača u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i najviše u 10 godina koje joj prethode“.

Žalitelj navodi kako je naručitelj Zahtjevom od 14. svibnja 2021. zatražio od odabrane zajednice pojašnjenje ponude na način da dostavi ispravljenu Potvrdu željezničke uprave koja se tiče pragova s priborom proizvođača Raj Schwelen d.o.o. iz koje će biti vidljivo da su ključni proizvodi i sklopovi u komercijalnoj upotrebi na najmanje 10 km konvencionalnih pruga. Dalje pojašnjava da je odabrana zajednica 31. svibnja 2021. naručitelju odgovorila da dopunu Potvrde iz objektivnih razloga nije u mogućnosti dostaviti pa da, s obzirom na to, neće koristiti navedeni proizvod, već će koristiti istovjetni proizvod drugog nominiranog dobavljača Leonhard Moll Betonwerke GmbH. Iz opisanog je vidljivo, smatra žalitelj, da odabrana zajednica nije postupila po zahtjevu naručitelja jer nije dostavila ispravljenu Potvrdu, a što javni naručitelj nije adekvatno cijenio počinivši tako povredu načela jednakog tretmana, budući da je zbog istog nedostatka isključio ponude ponuditelja: - zajednica gospodarskih subjekata DIV grupa d.o.o.; Yapi merkezi infaat ve sanayi A.S.; Dogus infaat ve ticaret A.S.; - zajednica ponuditelja: Taşyapi İnfaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.; Integra Construction KZ; - Çelikler taahhüt infaat ve sanayi A.Ş.; - Avax S.A.; - Cengiz İnfaat Sanayi ve Ticaret A.S.

Žalitelj smatra da je odabrana zajednica dostavila varijante ponude koje nisu dozvoljene točkom 6.8. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Također smatra da naručitelj odabranu ponudu nije ocijenio sukladno pojašnjenjima koje je dao tijekom faze dokumentacije o nabavi. U nastavku žalitelj citira pitanja zainteresiranih gospodarskih subjekata postavljenih naručitelju i njegov odgovor na svako pitanje. Tako navodi da je u Pojašnjenju 7 objavljenom u EOJN RH 11. prosinca 2020. pitanje br. 401 glasilo: „Molimo da potvrdite da se materijali i oprema koji će biti navedeni u obrascu 11 dostavljenim uz ponudu, nakon potpisivanja ugovora mogu zamijeniti drugim materijalom i/ili opremom koja zadovoljava uvjet ugrađenosti u najmanje 10 km konvencionalnih pruga (skretnice ne manje od 10 komada), a bili su nabavljeni i isporučeni od strane proizvođača u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i najviše u 10 godina koje joj prethode.“, a da je odgovor naručitelja glasilo: „Sve što izvođač nudi u sklopu svoju ponude ulazi u ugovor i obvezujuće je. Navedeno pitanje nije u domeni postupka javne nabave.“.

Dalje žalitelj navodi da je u Pojašnjenju 10 objavljenom u EOJN RH 24. veljače 2021. pitanje br. 520 glasilo: „Molimo vas da izjavu o ključnim proizvodima i sklopovima te potvrde željezničke uprave ponuditelji dostave kod dostave ažuriranih popratnih dokumenata, a ne u trenutku predaje ponude. Naime pojedini proizvođači uvjetuju dostavu potrebnih potvrda isključivo u slučaju sklapanja ekskluzivnog ugovora s istima, te na taj način onemogućavaju tržišno natjecanje. Dodatno je problem što izvođač u slučaju neprihvatanja potpisivanja takvog ugovora nema mogućnost provjere takvih potvrda, o čemu može ovisiti valjanost njegove ponude. Mišljenja smo da bi u slučaju dostave takvih dokumenata kod ažuriranja, izvođači bili u puno boljoj pregovaračkoj poziciji odnosno ne bi trebali pristajati na ucjene proizvođača. Osim toga predmet nabave su radovi, a ne nabava robe, te zbog toga naručitelju ne bi trebalo biti bitno tko

je proizvođač već samo da proizvodi zadovoljavaju tražene tehničke uvjete i norme, dok bi ponuditeljima mogućnost nominacije određenog proizvoda nakon što su poznate cijene s otvaranja omogućila bolju pregovaračku poziciju s proizvođačima ključnih sklopova.“, a da je naručitelj odgovorio: „U fazi izrade ponude ponuditelji moraju znati čije proizvode nude kako bi mogli izraditi analizu cijena te naručitelj ne prihvaća prijedlog gospodarskog subjekta.“.

Dalje žalitelj navodi da je u Pojašnjenju 12 objavljenom u EOJN RH 22. ožujka 2021. pitanje br. 626 glasilo: “Molimo pojasnite da li je moguće u Obrascu 11 - Izjava o ključnim proizvodima i sklopovima, navesti više proizvođača za svaki sklop?“, a da je naručitelj odgovorio: „Ne.“.

Žalitelj je stava da sadržaj Izjave o ključnim proizvodima i sklopovima dostavljen u odabranoj ponudi nije sukladan dokumentaciji o nabavi i citiranim pojašnjenjima budući da je odabrana zajednica: u stavci 1. navedene Izjave ponudila tračnice dva proizvođača: ArcelorMittal Poland S.A. i Voestalpine Rail Tehcnology GmbH; u stavci 2. Izjave ponudila prednapregnute armiranobetonske kolosiječne pragove s elastičnim kolosiječnim pričvrsnim priborom dva proizvođača: Leonhard Moll Betonwerke GmbH & Co KG Podružnica Zagreb i Raj Schwellen d.o.o., a u stavci 3. Izjave ponudila skretnice dva proizvođača: VOSSLOH MIN Skretnice d.o.o. i Voestalpine Railway Systems GmbH.

Dakle, sumira žalitelj, naručitelj je u Pojašnjenju 12 jasno odgovorio da u Obrascu 11 - Izjavi o ključnim proizvodima i sklopovima nije moguće navesti više proizvođača za svaki sklop, a odabrana zajednica je postupila protivno navedenoj odredbi jer je navela po dva proizvođača proizvoda/sklopova u stavkama 1, 2 i 3. te Izjave. Žalitelj smatra da je zbog opisane pogreške naručitelj odabranu ponudu morao ocijeniti nepravilnom i neprikladnom jer je nije moguće otkloniti primjenom članka 293. ZJN 2016, zbog toga što bi se, kao prvo, upotpunjavanjem odabrane ponude neopravdana prednost dala odabranoj zajednici u odnosu na sve ponuditelje koji su u Izjavi o ključnim proizvodima i sklopovima naveli po jednog proizvođača budući da bi zbog toga odabrana zajednica tek naknadno odlučivala što će ponuditi pod ključnim elementima predmeta nabave, a kao drugo, jer ti time došlo do pregovaranja u vezi s ponuđenim predmetom nabave što je izričito zabranjeno člankom 293. stavkom 2. ZJN 2016, odnosno došlo bi do izmjene ponude nakon isteka roka za dostavu ponude.

Žalitelj se poziva na pravna shvaćanja Državne komisije iznijeta u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/20-01/770 od 1. prosinca 2020. te Rješenju KLASA: UP/II-034-02/20-01/56 od 5. ožujka 2020.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navod o počinjenju povrede načela jednakog tretmana smatra neosnovanim. Ističe da svi ponuditelji koje je žalitelj u žalbi naveo, ni nakon Zahtjeva za pojašnjenjem/nadopunom nisu dostavili potvrdu/potvrde željezničkih uprava kojima se dokazuju navodi Obrasca 11 - Izjave o ključnim proizvodima i sklopovima, a kao bitno ističe i to da se niti jedan od navedenih ponuditelja nije žalio na odbijanje svoje ponude.

Naručitelj u odgovoru na žalbu dalje navodi da je odabrana zajednica (o.a. za stavku 2. Pragovi) dostavila Potvrdu za proizvod proizvođača Leonhard Moll Betonwerke GmbH & Co KG. Smatra neosnovanim žaliteljev navod da se ovdje radi o varijanti ponude i tvrdi da žalitelj polazi od pogrešne pretpostavke što je varijanta ponude. Naime, nastavlja naručitelj, odabrana zajednica nije ponudila dvije različite izvedbe za udovoljenje tehničkoj karakteristici propisanoj za proizvode koji će se ugrađivati na projektu (1. Tračnice, 2. Pragovi i 3. Skretnice). Također ističe da je nuđenje varijante ponude nuđenje alternativnog predmeta nabave, što odabrana

zajednica ovdje nije učinila, s obzirom na to da svaki od navedenih proizvoda mora biti u skladu sa nizom propisa koji su navedeni u Obrascu 11 - Izjavi o ključnim proizvodima i sklopovima. Naručitelj se poziva na pravnu praksu Državne komisije iznesenu u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/19-01/732 od 19. rujna 2019.

Vezano za navod žalitelja da odabranu ponudu nije ocijenio sukladno pojašnjenjima dokumentacije o nabavi koje je dao u odgovoru na pitanja br. 401, 520 i 626, naručitelj ističe da je u odgovoru na pitanje br. 401 i 520 samo istaknuo da ponuditelji u trenutku predaje ponude moraju definirati proizvođača za nuđene proizvode, što je odabrani ponuditelj i učinio. Dalje navodi da je u odgovoru na pitanje br. 626 izričito odgovorio da se u Obrascu 11 ne može navesti više proizvođača za svaki sklop, a zbog toga što smatra da ne može biti više proizvođača za jedan sklop, već da sklop treba biti cjelovit i od jednog proizvođača zbog potrebe atestiranja sklopa kao cjeline u kasnijoj fazi provedbe ugovora. Naručitelj dalje navodi da je pitanje br. 626 postavljeno samo za sklopove i da se ne odnosi na proizvode koji su predmet ovog žalbenog navoda. Dodatno napominje da nigdje u Troškovniku niti u Analizi cijena nije tražio da se navede ime proizvođača navedenih proizvoda (1. Tračnice, 2. Pragovi i 3. Skretnice). Naručitelj zaključno ističe da je odabrana zajednica dostavila Obrazac 11 - Izjavu o ključnim proizvodima i sklopovima u skladu s dokumentacijom o nabavi.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju, u bitnom, navodi da je dostavila popunjen Obrazac 11 - Izjavu o ključnim proizvodima i sklopovima te ispunila sve zahtjeve iz točke 6.2. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (obvezni dijelovi ponude) pa da njezina ponuda stoga nije nepravilna i neprikladna. Mišljenja je da je naručitelj imao mogućnost na temelju odredbe članka 293. ZJN 2016 zatražiti pojašnjenje/dopunu Obrasca 11, no da je umjesto toga zatražio dostavu potvrda željezničke uprave, koju je dostavila i koja u cijelosti odgovara traženim tehničkim zahtjevima. Smatra da u postupku pregleda i ocjene ponuda nije došlo do pregovaranja oko predmeta nabave. U vezi s navodima o nejednakom tretmanu ponuditelja, odabrana zajednica ističe da je naručitelj koristio institut pojašnjenja/dopune potvrda željezničke uprave od svih ponuditelja što je dokaz da nejednakog tretmana nije bilo.

Ispitujući žalbeni navod utvrđene su sljedeće činjenice.

Točkom 6.2.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao što svaka ponuda mora sadržavati pa je tako propisao da svaka ponuda, između ostalog, mora sadržavati: popunjeni Obrazac 11 - Izjava o ključnim proizvodima i sklopovima; i potvrdu/potvrde željezničke uprave da su proizvodi navedeni u Obrascu 11 ugrađeni u najmanje 10 km konvencionalnih pruga (skretnice ne manje od 10 komada), a bili su nabavljeni i isporučeni od strane proizvođača u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i najviše u 10 godina koje joj prethode. Naručitelj je kao sastavni dio dokumentacije o nabavi u Svesku Obrasci objavio Obrazac 11 - Izjavu o ključnim proizvodima i sklopovima u kojemu je naručitelj popisao ključne proizvode/sklopove, a ponuditelj mora upisati samo proizvođača. Iz Obrasca 11 je razvidno da se prve tri stavke (1. Tračnice, 2. Pragovi i 3. Skretnice) odnose na građevinski podsustav, a ostale četiri na elektroenergetski sustav.

Uvidom u EOJN RH utvrđeno je da je žalitelj vjerno u žalbi iznio činjenično stanje u pogledu navedenih zahtjeva za pojašnjenjem dokumentacije o nabavi i naručiteljevih odgovora.

Naručitelj je u sklopu dokumentacije o nabavi objavio i Svezak III_Knjigu III_Troškovnik, koji je sastavljen na način da ponuditelji moraju za svaku stavku

Troškovnika upisati jediničnu i ukupnu cijenu, a naziv proizvođača i tip proizvoda ne moraju upisati.

Uvidom u odabranu ponudu utvrđeno je da sadrži popunjen Obrazac 11 - Izjavu o ključnim proizvodima i sklopovima kojom odabrana zajednica izjavljuje da će za izvođenje predmetnih radova ugrađivati: 1. *Tračnice* proizvođača ArcelorMittal Poland S.A. i proizvođača Voestalpine Rail Tehcnology GmbH; u stavci 2. *Prednapregnuti armiranobetonski kolosiječni pragovi s elastičnim kolosiječnim pričvrstnim priborom* proizvođača Leonhard Moll Betonwerke GmbH & Co KG Podružnica Zagreb i Raj Schwellen d.o.o., a u stavci 3. *Skretnice* proizvođača VOSSLOH MIN Skretnice d.o.o. i proizvođača Voestalpine Railway Systems GmbH. Nadalje, utvrđeno je da je Obrascu 11 priloženo 14 potvrda željezničkih uprava za navedene proizvode. Vezano za stavku 2. Pragovi odabrana zajednica je dostavila Potvrdu Dioničkog društva za upravljanje javnom željezničkom infrastrukturom Infrastruktura željeznice Srbije a.d. Beograd Broj: 1/2017-646, od 3. veljače 2017., kojom to društvo potvrđuje da mu je društvo Raj Schwellen d.o.o. Beograd u 2016. isporučilo 55.000 komada betonskih blokova RAJS-K B70 2.4 s predmontiranim elastičnim priborom SKL-14 po Ugovoru o isporuci pragova br. 2/2015-438. Odabrana ponuda također sadrži i Potvrdu društva HŽ Infrastruktura d.d. Zagreb (ovdje naručitelja) Broj: 11577/17 2.3.1.NM, od 19. svibnja 2021., kojom potvrđuje da je proizvođač Leonhard Moll Betonwerke GmbH & Co KG Podružnica Zagreb u razdoblju od 2012. isporučivao prednapregnute armiranobetonske kolosiječne pragove PB 85 K 60 s pripadajućim elastičnim priborom Vossloh W 14 koji su ugrađivani na međunarodnim željezničkim koridorima te su u komercijalnoj upotrebi (pa navodi dionice i dužinu željezničke pruge).

Uvidom u EOJN RH utvrđeno je da je naručitelj 14. svibnja 2021. odabranom zajednici, na temelju odredbe članka 293. ZJN 2016, uputio Zahtjev za pojašnjenjem/dopunom, u kojemu navodi da je vezano za stavku 2. Pragovi Obrasca 11 dostavila Potvrdu Infrastrukture željeznice Srbije a.d. za proizvođača Raj Schwelen iz koje nije vidljivo da su ključni proizvodi i sklopovi u komercijalnoj upotrebi na najmanje 10 km konvencionalnih pruga te moli dostavu ispravljene potvrde. U istome Zahtjevu, vezano za istu stavku 2. Pragovi, naručitelj navodi je odabrana zajednica dostavila Potvrdu HŽ Infrastrukture d.o.o. za proizvođača Leonhard Moll Betonwerke GmbH & Co KG Podružnica Zagreb iz koje nije vidljivo: da su pragovi s elastičnim kolosiječnim pričvrstnim priborom; da su u komercijalnom upotrebnim na najmanje 10 km konvencionalnih pruga i da su proizvodi i sklopovi nabavljeni i isporučeni u godini u kojoj je započeo postupak i najviše 10 godina koje joj prethode pa moli dostavu dopunjene potvrde.

Nadalje je razvidno da je odabrana zajednica, postupajući po opisanom Zahtjevu, naručitelju 31. svibnja 2021. dostavila podnesak u kojemu navodi kako nije u mogućnosti dostaviti dopunu potvrde za proizvođača Raj Schwelen d.o.o. jer do dostave pojašnjenja dopunu potvrde iz objektivnih razloga nije primila te da zbog toga neće koristiti proizvode toga proizvođača na predmetnom projektu, nego da će koristiti istovjetni proizvod drugog nominiranog proizvođača Leonhard Moll Betonwerke GmbH & Co KG Podružnica Zagreb koji u cijelosti zadovoljava tražene uvjete. Tome podnesku odabrana zajednica priložila je Potvrdu HŽ Infrastrukture d.o.o. Zagreb Broj: 113/21 2.3.1.NM i Potvrdu Broj: 114/21 2.3.1. NM, obje od 19. svibnja 2021., koje su dopunjene traženim sadržajem.

Uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj vezano za odabranu ponudu konstatirao da sadrži popunjen Obrazac 11 i potvrde željezničke uprave tražene točkom 6.2.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Iz toga Zapisnika je razvidno da je ponude koje žalitelj u žalbi navodi (zajednice gospodarskih subjekata DIV grupa d.o.o.; Yapi merkezi infaat ve sanayi A.S.; Dogus infaat ve ticaret A.S.; - zajednice gospodarskih subjekata Taşyapi İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.; Integra Construction KZ; - Çelikler taahhüt infaat ve sanayi A.Ş.; - Avax S.A.; - Cengiz Infaat Sanayi ve Ticaret A.S.) naručitelj odbio jer, između ostalog, nisu sadržavale potvrde željezničke uprave koje potvrđuju tražene uvjete u pogledu isporuke proizvoda/sklopova, ugrađenosti u konvencionalne pruge i komercijalne upotrebe, sukladno odredbama dokumentacije o nabavi. Naime, uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj ponudu zajednice gospodarskih subjekata DIV grupa d.o.o.; Yapi merkezi infaat ve sanayi A.S.; Dogus infaat ve ticaret A.S. odbio jer ni nakon pojašnjenja/dopune sukladno odredbama članka 293. ZJN 2016 zajednica nije dostavila potvrde željeznice uprave kao dokaz da zadovoljava uvjete iz točke 6.2.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi vezano za skretnice i pragove. Nadalje je utvrđeno da je naručitelj ponudu zajednice gospodarskih subjekata Taşyapi İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş.; Integra Construction KZ odbio jer ni nakon pojašnjenja/dopune sukladno odredbama članka 293. ZJN 2016 zajednica nije dostavila potvrdu željezničke uprave vezanu za skretnice. Nadalje je utvrđeno da je ponudu ponuditelja Çelikler taahhüt infaat ve sanayi A.Ş. naručitelj odbio jer ni nakon pojašnjenja/dopune sukladno članku 293. ZJN 2016 ponuditelj nije dostavio valjane potvrde željezničke uprave vezano za pragove i tračnice. Ponudu ponuditelja Avax S.A. naručitelj je također odbio jer ponuditelj ni nakon pojašnjenja/dopune sukladno članku 293. ZJN 2016 nije (između ostalog) dostavila valjane potvrde željezničke uprave vezano za pragove i tračnice. Iz Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj ponudu ponuditelja Cengiz Infaat Sanayi ve Ticaret A.S. odbio jer, između ostalog, nije dokazao uvjete iz točke 6.2.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi vezano za pragove, skretnice i elemente kontaktne mreže.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 281. stavka 3., članka 290. stavka 1., članka 291., članka 293., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 3. stavak 1. i članka 19. stavka 1. Pravilnika.

Iz dokumentacije o nabavi slijedi da su ponuditelj morali u ponudi dostaviti popunjen Obrazac 11 - Izjavu o ključnim proizvodima i sklopovima u kojoj su, između ostalog, morali navesti proizvođača proizvoda/sklopova koje namjeravaju ugrađivati prilikom izvođenja predmetnih radova. Slijedi i to da su ponuditelji opisanoj Izjavi u Obrascu 11 morali dostaviti potvrde željezničkih uprava koje potvrđuju postojanje traženih uvjeta u pogledu isporuke proizvoda, njihove ugrađenosti u konvencionalne pruge te komercijalnoj upotrebi.

Iz spisa predmeta slijedi da su zainteresirani gospodarski subjekti naručitelju postavljali pitanja vezana za ispunjavanje Obrasca 11. Žalitelj tvrdi da je naručitelj izričito u odgovoru broj 626 izjavio da nije moguće u Obrascu 11 navesti više proizvođača sklopova, a kako je to nedvojbeno učinila odabrana zajednica ponuditelja u svojem Obrascu 11, da je to razlog nevaljanosti odabrane ponude. Naručitelj, s druge strane, u odgovoru na žalbu tvrdi da se pitanje i odgovor 626 odnose isključivo na sklop, a ne i proizvode koji su predmet navoda, a svoju tvrdnju dodatno ne argumentira. Podsjetimo, predmet žalbenog navoda je dio Obrasca 11 (stavke 1, 2 i 3) koji se odnosi na tračnice, pragove s priborom i skretnice, koje stavke prema izgledu Obrasca čine građevinski podsustav. Državna komisija u dokumentaciji o nabavi ne nalazi uporište za ovu tvrdnju naručitelja, jer naručitelj u dokumentaciji o nabavi koristi sintagmu

„proizvodi i sklopovi“, a isto čini i žalitelj u žalbi te se ne može nedvojbeno utvrditi što se u Obrascu 11 može podvesti pod „sklopove“, a što pod „proizvode“ pa da bi se moglo sa sigurnošću zaključiti da ponuditelji u Obrazac 11 nisu smjeli upisati nazive dva ili više proizvođača, ako nude njihove tračnice/pragove/skretnice za cijenu koju su iskazali u Troškovniku. Prema ocjeni ovoga tijela dokumentacija o nabavi i pojašnjenja dokumentacije o nabavi, zbog svoje nedorečenosti i nepreciznosti, ne daju dovoljno temelja za zaključak da su ponuditelji u Obrazac 11 morali upisati samo jednog proizvođača tračnica/pragova/skretnica koje nude, kako to tvrdi žalitelj. Odredbom članka 3. stavka 1. Pravilnika propisano je da se dokumentacija o nabavi izrađuje na način da sadrži sve potrebne podatke koji gospodarskom subjektu omogućavaju izradu zahtjeva za sudjelovanje ili ponude. Prema ocjeni ovoga tijela nedorečenosti i nepreciznosti u dokumentaciji o nabavi (uključujući pojašnjenja) ne mogu ići na štetu ponuditelju pa tako ni u ovome konkretnom slučaju na štetu odabrane zajednice. Slijedom takve ocjene, ni postupanje naručitelja u postupku pregleda i ocjene odabrane ponude koje je bilo usmjereno upotpunjavanju Potvrde željezničke uprave HŽ Infrastrukture d.o.o. Zagreb u pogledu stavke 2. Obrasca 11. Pragovi nije protivno odredbama članka 293. ZJN 2016, a koje upotpunjavanje je u konačnici rezultiralo dostavom valjane Potvrde željezničke uprave za pragove proizvođača Leonhard Moll Betonwerke GmbH & Co KG Podružnica Zagreb, koji su već bili sastavni dio izvorne ponude, što žalitelj niti ne osporava. Pravilnost pravnog shvaćanja da nejasne odredbe dokumentacije o nabavi ne mogu ići na štetu ponuditeljima potvrđena je u mnogobrojim odluka Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, primjerice Presudi Poslovni broj UsII-121/20-9 od 27. svibnja 2020. i Presudi Poslovni broj UsII-16/20-9 od 12. veljače 2020. Prema ocjeni ovog tijela opisano postupanje naručitelja nije nepravilno ni s aspekta eventualne povrede načela jednakog tretmana budući da je iz Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda jasno proizlazi da je naručitelj ponude ponuditelja navedenih u žalbi odbio jer, u konačnici, nisu dostavili potvrde željezničkih uprava, a za što su imali priliku u postupku pregleda i ocjene ponuda jer ih je naručitelj sve zvao na dopunu na temelju članka 293. ZJN 2016, kao što je to učinio i s odabranom zajednicom.

Žalitelj tvrdi da je odabrana zajednica u konkretnom slučaju, zbog toga što je u Obrascu 11 za tračnice, pragove i skretnice navela nazive dva proizvođača, ponudila varijante ponude, međutim žalitelj nije u pravu. Iz odredbe članka 281. stavka 3. ZJN 2016 proizlazi da varijanta ponude mora zadovoljiti minimalne zahtjeve koje naručitelj u dokumentaciji o nabavi mora odrediti ukoliko dopušta varijante ponude. Dakle, varijantu ponude možemo definirati kao alternativno rješenje koje nije navedeno u izvornoj dokumentaciji za nadmetanje, a u kojem slučaju naručitelj u dokumentaciji o nabavi mora navesti minimalne zahtjeve kojima varijante ponude trebaju udovoljiti. Iz opisanog činjeničnog stanje ne proizlazi da se u konkretnom slučaju radi o nuđenju varijante ponude.

Žalitelj se u prilog svojim tvrdnjama u žalbi poziva na pravna shvaćanja iznesena u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/20-01/770 i KLASA: UP/II-034-02/20-01/56, koja pravna shvaćanja u konkretnom slučaju nisu primjenjiva budući da se radi o različitom činjeničnom i pravnom supstratu. Naime, pravna shvaćanja iznesena u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/20-01/770 od 1. prosinca 2020., a koje Rješenje je potvrđeno Presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske Broj: UsII-44/21, od 19. veljače 2021., odnose se na slučaj kada je ponuditelj u istoj stavci Troškovnika ponudio dvije opcije proizvoda (sustav s odvojenim zvučnicima i sustav s integriranim zvučnicima), a pravna shvaćanja iznesena u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/20-01/56, od 5. ožujka 2020. odnose se na situaciju kada je ponuditelj umjesto jednog tipa proizvoda u Troškovniku ponudio dva tipa proizvoda, a iz spisa ovog predmeta

utvrđeno je da u predmetni Troškovnik ponuditelji nisu upisivali ništa osim jedinične i ukupne cijene. Pravna praksa Državne komisije iznesena u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/19-01/732, od 19. rujna 2019., na koju se poziva naručitelj u odgovoru na žalbu, u konkretnom slučaju također nije primjenjiva jer se odnosi na slučaj kada je ponuditelj u pojašnjenju ponude predložio i drugu moguću izvedbu tehničkog rješenja koja u konačnici nije odabrana.

Slijedom svega naprijed navedenog, žalbeni navodi ocijenjeni su neosnovanima.

Žalitelj tvrdi da predloženi stručnjak 2 Goran Denkov ne udovoljava uvjetima propisanim u točki 4.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Objašnjava da je naručitelj tom točkom dokumentacije o nabavi propisao da će ponuditelj u izvršenje ugovora uključiti tehničkog stručnjaka 2 koji ispunjava sljedeće minimalne uvjete: „Stručnjak 2 - inženjer građevinske struke koji je završio preddiplomski sveučilišni studij i stekao akademski naziv sveučilišni prvostupnik (baccalaureus) inženjer građevinske struke ili stručni studij i stekao stručni naziv stručni prvostupnik (baccalaureus) inženjer građevinske struke ako je tijekom cijelog svog studija stekao najmanje 180 ECTS bodova, odnosno, koji je na drugi način propisan posebnim propisom stekao odgovarajući stupanj obrazovanja građevinske struke i ima položen stručni ispit ili je upisan u imenik inženjera gradilišta Komore, u skladu sa zakonom kojim se uređuje udruživanje u Komoru, s najmanje 8 godina radnog iskustva u izvođenju radova u struci i s iskustvom u vođenju najmanje jednog projekta kao voditelj građenja/inženjer gradilišta na radovima obnove i/ili modernizacije i/ili rekonstrukcije i/ili nadogradnje i/ili izgradnje željezničkog pružnog gornjeg ustroja.“

Iz odabrane ponude, nastavlja žalitelj, vidljivo je da je za poziciju stručnjaka 2 - inženjer elektrotehničke struke imenovan Goran Denkov i da je za toga stručnjaka u sklopu ažuriranih popratnih dokumenata, između ostalog, dostavio i Potvrdu Hrvatske komore inženjera građevinarstva (dalje u tekstu: HKIG). Iz navedene Potvrde HGIK, dodaje žalitelj, proizlazi kako je nominirani stručnjak ovlašten obavljati poslove ovlaštenog voditelja građenja u svojstvu odgovorne osobe u Republici Hrvatskoj te mu je odobren upis u Evidenciju stranih ovlaštenih osoba građevinske struke za povremeno ili privremeno obavljanje poslova ovlašteni voditelj građenja u svojstvu odgovorne osobe na rok od 1 godine, odnosno od 8. srpnja 2019. do 8. srpnja 2020. Žalitelj dalje navodi da je provjerom na mrežnim stranicama HKIG (navodi poveznicu) utvrdio da Goran Denkov nije aktivni član HKIG pa da stoga ne može obavljati poslove ovlaštenog voditelja građenja na području Republike Hrvatske.

U nastavku žalitelj osporava i objektivu mogućnost angažiranja navedenog stručnjaka, a s obzirom na to da iz je dostavljenog životopisa razvidno da stručnjak 2 trenutno radi na projektu modernizacije željezničke pruge Elin Pelin - Kostenc LOT 3 u Republici Bugarskoj, koji projekt uključuje gradnju željezničkog dvocijevnog tunela, a predviđeno trajanje projekta je 66 mjeseci. U sklopu ažuriranih popratnih dokumenata, nastavlja žalitelj, odabrana zajednica dostavila je Izjavu o ustupanju resursa kojom gospodarski subjekt Strabag EAD, Bugarska daje stručnjaka Gorana Denkova na raspolaganje za provedbu ugovora te se obvezuje u Izjavi kako će navedeni stručnjak biti dostupan za izvršenje ugovora za cijelo vrijeme trajanja istog. Žalitelj ističe kako opisana Izjava ne sadrži izjavu javnog naručitelja projekta modernizacije željezničke pruge Elin Pelin - Kostenc LOT 3 radi utvrđenja na kojem projektu će stručnjak 2 raditi, a sve s obzirom na to da fizički nije moguće obavljati poslove na dva gradilišta i na dva podjednako zahtjevna projekta.

Na kraju žalitelj osporava točnost i potpunost dostavljenog životopisa za istoga stručnjaka, jer, ističe, sadrži pogrešno navedenu kvalifikaciju. Naime, nastavlja žalitelj, životopis predloženog stručnjaka je manjkav u dijelu u kojem isti navodi članstva u strukovnim tijelima, a sve s obzirom na to da je članstvo pri HGIK isteklo 8. srpnja 2020., a predmetni životopis je datiran sa 27. srpnja 2021.

Naručitelj u odgovoru na žalbu, vezano za istek članstva u HGIK, navodi da je odabrana zajednica za predloženog stručnjaka 2 Gorana Denkova dostavila životopis i presliku diplome sukladno traženome u točki 4.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi te da valjanost diplome žalitelj ne osporava. Nejasno je, navodi naručitelj, na osnovu čega žalitelj zaključuje da je uz navedena dva dokumenta (životopis i diploma) odabrana zajednica trebala dostaviti i važeće članstvo u HKIG, budući da je u dokumentaciji o nabavi članstvo u HKIG izričito propisano kao opcija, odnosno alternativa diplomi.

Naručitelj u odgovoru na žalbu, vezano za raspoloživost predmetnog stručnjaka, navodi kako je žalbeni navod neosnovan jer žalitelj ne uzima u obzir mogućnost zamijene stručnjaka tijekom provedbe projekata, što je vrlo čest slučaj u provedbi projekata, a osim toga, smatra da žalitelj ničime nije dokazao da bi zamjena stručnjaka na projektu modernizacije željezničke pruge Elin Pelin - Kostelec LOT 3 bila nedozvoljena.

Vezano za žaliteljev stav da je odabrana zajednica trebala dostaviti i dodatnu izjavu o ustupanju resursa od javnog naručitelja projekta modernizacije željezničke pruge Elin Pelin - Kostelec u Bugarskoj naručitelj u odgovoru na žalbu izjavljuje da je iz ponude očito da se odabrana zajednica u pogledu imenovanog stručnjaka 2 Gorana Denkova ne oslanja na sposobnost javnog naručitelja navedenog projekta modernizacije željezničke pruge, već na gospodarski subjekt Strabag EAD, Bugarska čiju je Izjavu o ustupanju resursa uredno priložio.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju, u bitnom, ističe da je za predmetnog stručnjaka 2 dostavila životopis i presliku diplome, čime je, smatra, udovoljila zahtjevima dokumentacije o nabavi. U odnosu na Potvrdu HIKG, kao alternativnog postavljenog dokaza, podsjeća na odredbe Zakona o komori arhitekata i komorama inženjera u graditeljstvu i prostornom uređenju koji je na snazi od 23. studenog 2019. i koji u članku 2. stavku 4. propisuje da inženjeri gradilišta i voditelji radova koji nisu članovi komore ne smiju biti stavljeni u nepovoljniji položaj u odnosu na inženjere gradilišta i voditelje radova koji su članovi Komore. Pojašnjava da Potvrda koja je toliko važna žalitelju samo dokazuje da je prilikom upisa u Komoru inženjera građevine kada je u vrijeme aplikacije 8. srpnja 2019. to bilo obvezno, Goran Denkov dokazao postojanje pretpostavki za upis u Komoru - stručne kvalifikacije te položen stručni ispit. Odabrana zajednica je stava da bi naručiteljevo inzistiranje na upisu u Komoru bilo protivno pozitivnim pravnim propisima jer je u trenutku isteka članstva predmetnog stručnjaka u Komori 8. srpnja 2020. prestala obveza obveznog upisa. U donosu na propitivanje objektivne mogućnosti sudjelovanja predmetnog stručnjaka na predmetnom projektu, odabrana zajednica navode smatra bespredmetnim i ističe da je za stručnjaka 2 dostavljena Izjava o stavljanju resursa na raspolaganje.

Ispitujući žalbeni navod utvrđene su sljedeće činjenice.

Točkom 4.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao minimalne uvjete vezane za obrazovne kvalifikacije stručnjaka koje će ponuditelj uključiti u izvršenje ugovora (za svakog od 6 profila stručnjaka). Tako je za

stručnjaka 2 naručitelj propisao sljedeće minimalne uvjete: „Inženjer građevinske struke koji je završio preddiplomski sveučilišni studij i stekao akademski naziv sveučilišni prvostupnik (baccalaureus) inženjer građevinske struke ili stručni studij i stekao stručni naziv stručni prvostupnik (baccalaureus) inženjer građevinske struke ako je tijekom cijelog svog studija stekao najmanje 180 ECTS bodova, odnosno, koji je na drugi način propisan posebnim propisom stekao odgovarajući stupanj obrazovanja građevinske struke i ima položen stručni ispit ili je upisan u imenik inženjera gradilišta Komore, u skladu sa zakonom kojim se uređuje udruživanje u Komoru, s najmanje 8 godina radnog iskustva u izvođenju radova u struci i s iskustvom u vođenju najmanje jednog projekta kao voditelj građenja/inženjer gradilišta na radovima obnove i/ili modernizacije i/ili rekonstrukcije i/ili nadogradnje i/ili izgradnje željezničkog pružnog gornjeg ustroja“.

Nadalje je u istoj točki propisano da je, kao preliminarni dokaz tehničke i stručne sposobnosti propisne točkom 4.3.e., gospodarski subjekt obvezan u ponudi dostaviti ESPD obrazac ispunjen u dijelu IV: Kriteriji za odabir gospodarskog subjekta, C: Tehnička i stručna sposobnost - točke 2. i 6. U trenutku provjere informacija navedenih u ESPD obrascu, ponuditelj čija ponuda bude odabrana kao najpovoljnija, uvjet sposobnosti propisan točkom 4.3.e. dokazuje: - životopisom tehničkih stručnjaka 1 - 6 (Obrazac 6) i - preslikom diplome, svjedodžbe ili drugog službenog dokumenta kojim se nedvojbeno dokazuje da pojedini stručnjak posjeduje traženi stupanj obrazovanja ili Rješenjem o upisu u Komoru (s ovlaštenjem za obavljanje poslova inženjera gradilišta ili voditelja građenja). Navedeni dokumenti dostavit će se kao ažurirani dokument. Izvođač može tijekom izvršenja Ugovora mijenjati stručnjaka uz uvjet da dobije prethodnu pisanu suglasnost naručitelja. Predloženi novi stručnjak mora ispunjavati minimalne uvjete propisane točkom 4.3.e. Uputa ponuditeljima. Naručitelj je u Svesku I_Obrasci objavio obrazac životopisa, u kojemu, između ostalog, traži podatak o članstvu u strukovnim tijelima.

Točkom 4.4. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao pravna pravila vezana za institut oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta.

Uvidom u odabranu ponudu utvrđeno je da je za stručnjaka 2 inženjera građevinske struke predložen Goran Denkov i da je za predloženog stručnjaka dostavljen: životopis stručnjaka Gorana Denkova, od 27. srpnja 2021., izrađen na Obrascu 6, u kojemu je navedeno da je stručnjak član, između ostalih, Hrvatske komore inženjera građevinarstva, zatim je dostavljena preslika diplome navedenog stručnjaka (ovjereni prijevod s makedonskog jezika) te Potvrda HKIG KLASA: 460-02/19-01/40, URBROJ: 500-03-19-2, od 8. srpnja 2019., kojom se potvrđuje da se navedeni stručnjak upisuje u Evidenciju stranih ovlaštenih osoba građevinske struke za povremeno ili privremeno obavljanje poslova ovlaštenog voditelja građenja u svojstvu odgovorne osobe na rok do 8. srpnja 2020.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., članka 291., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 19. stavka 1. Pravilnika.

Iz spisa predmeta proizlazi da žalitelj ne osporava da je odabrana zajednica za predloženog stručnjaka 2 Gorana Denkova priložila životopis i presliku diplome, a što je sukladno dikciji citirane odredbe točke 4.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi bilo dostatno za dokazivanje obrazovnih kvalifikacija za stručnjaka 2. Žalitelj točno navodi da je prema traženim kvalifikacijama bilo potrebno da stručnjak ima

položen stručni ispit ili je upisan u imenik inženjera gradilišta Komore, no naručitelj je procijenio da je za dokazivanje tih uvjeta dovoljno dostaviti (uz životopis) diplomu stručnjaka, ako stručnjak ne može priložiti Rješenje o upisu u Komoru. Nastavno na navedeno, neosnovan je i navod žalitelja o manjkavosti dostavljenog životopisa budući da upis u Komoru u konkretnom slučaju nije *condicio sine qua non*, nego je naručitelj propisao da se obrazovne kvalifikacije predloženih stručnjaka (1-6) mogu dokazivati i na druge načine, konkretno dostavom životopisa i preslike diplome, što je u ovome slučaju odabrana zajednica dostavila za predloženog stručnjaka 2 Gorana Denkova. Naime, iako je naručitelj propisao obrazac životopisa u kojemu se traži podatak o članstvu u strukovnim tijelima, prema dikciji točke 4.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, u slučaju da je ponuditelj dostavio životopis i presliku diplome imenovanog stručnjaka, članstvo u strukovnim tijelima irelevantno je za zadovoljavanje traženih uvjeta, kao što je i ovdje slučaj.

Vežano za pitanje fizičke raspoloživosti predmetnog stručnjaka ističe se da je naručiteljeva argumentacija u cijelosti osnovana i ima uporište u odredbama dokumentacije o nabavi. Žalitelj pogrešno zaključuje da je u konkretnom slučaju odabrana zajednica bila dužna priložiti izjavu javnog naručitelja projekta modernizacije bugarske željeznice kao svojevrsan dokaz da su se „dogovorile“ o fizičkoj prisutnosti predloženog stručnjaka na obje lokacije, jer sukladno odredbama dokumentacije o nabavi (točka 4.4. Uputa ponuditeljima), koje su sadržajno prate odredbe ZJN 2016, okolnost da će ponuditelj stručnjaka imati na raspolaganju kao resurs nužan za izvršenje ugovora ponuditelj dokazuje ugovorom ili sporazumom između njega i drugog subjekta ili izjavom drugog subjekta kojom drugi subjekt prihvaća obvezu stavljanja ponuditelju na raspolaganje resursa nužnih za izvršenje ugovora o javnoj nabavi, koji uvjet je u konkretnom slučaju ispunjen dostavom Izjave gospodarskog subjekta Strabag EAD, Bugarska, ovdje podugovaratelja, o ustupanju resursa stručnjaka 2 Gorana Denkova za izvršenje predmetnog ugovora o javnoj nabavi, što žalitelj ne osporava. Slijedom svega navedenog, žalbeni navod ocijenjen je neosnovanim.

Žalitelj dalje u žalbi osporava naručiteljevo utvrđenje da ne postoji obvezna osnova za isključenje (Kažnjavanje) u odnosu na gospodarski subjekt Elektrokem d.o.o. koji je podugovaratelj odabrane zajednice. Pojašnjava da je naručitelj dopisom od 9. studenog 2021. pozvao odabranu zajednicu da dostavi ažuriranu popratnu dokumentaciju za, između ostalih, i gospodarski subjekt Elektrokem d.o.o. i citira naručiteljev zahtjev:

„Zbog mogućnosti posjedovanja drugog ili drugih državljanstava molimo da za svaku osobu koja je član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili ima ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskih subjekata za, između ostalih, gospodarski subjekt Elektrokem d.o.o. ispunite sljedeću tablicu i za svaku od zemalja državljanstva dostavite: a) dostavite izvadak iz kaznene evidencije ili drugog odgovarajućeg registra, ili b) ako nije moguće dostaviti izvadak pod a) dostavite jednakovrijedan dokument nadležne sudske ili upravne vlasti u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin, ili c) ako se u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin ne izdaju dokumenti navedeni pod a) i b), ili ako ne obuhvaćaju sve okolnosti navedene u točki 3.1. Kažnjavanje, dostavite izjavu pod prisegom ili d) ako izjava pod prisegom prema pravu dotične države ne postoji, dostavite izjavu davatelja s potpisom ovjerenim kod nadležne sudske ili upravne vlasti, javnog bilježnika ili

strukovnog ili trgovinskog tijela u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin. Izjavu može dati osoba po zakonu ovlaštena za zastupanje gospodarskog subjekta i za sve osobe koji su članovi upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili imaju ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskog subjekta“.

Žalitelj tvrdi da je odabrana zajednica propustila naručitelju dostaviti izvratke iz kaznene evidencije ili drugog odgovarajućeg registra, kako za pravnu osobu Elektrokem d.o.o., tako i za osobe ovlaštene za zastupanje društva direktoricu Biserku Domenkuš i prokuristu Vladu Domenkuša, kao i predloženu tablicu s podacima o tome kojeg su državljanstva osobe ovlaštene za zastupanje toga društva pa su te okolnosti ostale neutvrđene.

Naručitelj u odgovoru na žalbu ističe kako žalitelj neosnovano tvrdi da je u Republici Hrvatskoj omogućeno pribavljanje izvratka iz kaznene evidencije za fizičke i pravne osobe za potrebe provedbe postupaka javne nabave te da u Republici Hrvatskoj to nije moguće vidljivo je iz informacije Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske (navodi poveznicu na mrežne stranice). Sukladno Zakonu o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji stranka (Narodne novine, broj 143/12, 105/15 i 32/17), nastavlja naručitelj, ne može fizička i pravna osoba sama za sebe tražiti izdavanje predmetnog uvjerenja, već će to po službenoj dužnosti učiniti nadležno tijelo.

Nadalje navodi da je 9. studenog 2021. odabranoj zajednici uputio Zahtjev za dopunom ažuriranih popratnih dokumenata i da je odabrana zajednica 17. studenog 2021. traženo i dostavila pa tako i Izjavu o nekažnjavanju te Popis ovlaštenih osoba za zastupanje s naznakom njihova državljanstva. Posebno se napominje da je gospodarski subjekt Elektrokem d.o.o. u odabranoj ponudi u ulozi podugovaratelja, a da u EOJN RH nema tehničke mogućnosti za dohvat informacija iz registara za podugovaratelje. Na kraju naručitelj skreće pozornost da su svi navedeni dokumenti objavljeni kao prilog Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, kao i to da su predani na uvid žalitelju kada je bio na uvidu u ponude 26. siječnja 2022.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju navodi da je dostavila sve traženo dokumentacijom o nabavi: Izjavu o nekažnjavanju za gospodarski subjekt (koji ima poslovni nastan u Republici Hrvatskoj) i sve osobe koje su član upravnog, upravljačkog, ili nadzornog tijela ili ima ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora tog gospodarskog subjekta (koji su svi državljanji Republike Hrvatske), potpisanu od Biserke Domenkuš, direktorice društva te Popis s podacima o državljanstvu relevantnih osoba. Također ukazuje na članak 14. Zakona o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji.

Ispitujući žalbeni navod utvrđeno je sljedeće činjenično stanje.

Točkom 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao obveznu osnovu za isključenje u vezi s kažnjavanjem i način dokazivanja nepostojanja navedene osnove. Tako je propisao da će u bilo kojem trenutku tijekom postupka nabave isključiti gospodarski subjekt: 1. ako utvrdi da je gospodarski subjekt koji ima poslovni nastan u Republici Hrvatskoj ili osoba koja je član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili ima ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora tog gospodarskog subjekta i koja je državljanin Republike Hrvatske, pravomoćnom presudom osuđena za djela navedena u članku 251. stavku 1. točki 1. ZJN 2016; 2. ako je gospodarski subjekt koji nema poslovni nastan u Republici Hrvatskoj ili osoba

koja je član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili ima ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora toga gospodarskog subjekta i koja nije državljanin Republike Hrvatske pravomoćnom presudom osuđena za kaznena djela iz točke 3.1. od a) do f) ove Dokumentacije o nabavi i za odgovarajuća kaznena djela koja, prema nacionalnim propisima države poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno države čiji je osoba državljanin, obuhvaćaju razloge za isključenje iz članka 57. stavka 1. točaka od (a) do (f) Direktive 2014/24/EU.

U nastavku iste točke naručitelj je propisao da je gospodarski subjekt obvezan u ponudi kao preliminarni dokaz da ne postoje osnove za isključenje temeljem točke 3.1. dostaviti ESPD obrazac ispunjen u dijelu III: Osnove za isključenje - A: Osnove povezane s kaznenim presudama. U trenutku provjere informacija navedenih u ESPD obrascu, naručitelj će kao dostatan dokaz da ne postoje osnove za isključenje temeljem točke 3.1. prihvatiti: izvadak iz kaznene evidencije ili drugog odgovarajućeg registra ili, ako to nije moguće, jednakovrijedni dokument nadležne sudske ili upravne vlasti u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin. Ako se u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin, ne izdaju navedeni dokumenti ili ako ne obuhvaćaju sve tražene okolnosti, oni mogu biti zamijenjeni izjavom pod prisegom ili, ako izjava pod prisegom prema pravu dotične države ne postoji, izjavom davatelja s ovjerenim potpisom kod nadležne sudske ili upravne vlasti, javnog bilježnika, ili strukovnog ili trgovinskog tijela u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin. Dokument ne smije biti stariji više od 6 mjeseci od dana početka postupka javne nabave. Izjavu može dati osoba po zakonu ovlaštena za zastupanje gospodarskog subjekta za gospodarski subjekt i za sve osobe koje su članovi upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili imaju ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskog subjekta. Također je propisano da ponuditelji mogu koristiti Obrazac 1.

U sklopu Sveska I_Obrasci naručitelj je objavio Obrazac 1 - Izjava o nekažnjavanju.

Iz EOJN RH razvidno je da je odabrana zajednica naručitelju dostavila Izjavu o nekažnjavanju, od 10. studenog 2021., Broj: OV-12180/2021, na Obrascu 1, kojom Biserka Domenkuš, kao osoba ovlaštena za zastupanje gospodarskog subjekta Elektrokem d.o.o. Sesvete za sebe, za gospodarski subjekt i sve osobe koje su članovi upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili imaju ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskog subjekta izjavljuje da protiv nje osobno, protiv gospodarskog subjekta i protiv bilo koje osobe ... nije izrečena pravomoćna osuđujuća presuda niti za jedno od kaznenih djela koja su propisana u točki 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Iz EOJN RH također je razvidno da je odabrana zajednica naručitelju dostavila „Popis ovlaštenih osoba iz Sudskog registra“ u kojem su navedene osobe Vlado Domenkuš, Biserka Domenkuš i Branko Ferak, od 14. srpnja 2021., koji popis nije u formi tablice kakvu je sačinio naručitelj, ali nedvojbeno sadrži ime, prezime, OIB, adresu, funkciju u društvu te naznaku da su osobe hrvatskog državljanstva, odnosno sadrži sve tražene podatke. Obje izjave su ovjerene potpisom Biserke Domenkuš i pečatom gospodarskog subjekta.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., članka 291., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, odredba članka 19. stavka 1. Pravilnika te odredbe Zakona o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji (Narodne novine, broj 143/12, 105/15 i 32/17) koji se u nastavku citiraju.

Prema odredbi članka 4. stavka 1. Zakona o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji za fizičke i pravne osobe (u daljnjem tekstu: osobe) koje su osuđene za kaznena djela u Republici Hrvatskoj vodi se kaznena evidencija. Stavku 2. toga članka toga članka kaznena evidencija vodi se kako za državljane Republike Hrvatske, tako i za pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj koje su osuđene za kaznena djela izvan Republike Hrvatske, ako su ti podaci dostavljeni Državnom organu - ministarstvu.

Prema članku 10. stavku 1. toga Zakona Ministarstvo dostavlja podatke iz kaznene evidencije izdavanjem potvrde o podacima iz kaznene evidencije. Prema stavku 2. toga članka uvjerenje iz stavka 1. toga članka sadrži potpune podatke iz kaznene evidencije za određenu osobu (opća svjedodžba) ili djelomične podatke iz kaznene evidencije za određenu osobu (posebna potvrda). Prema stavku 4. toga stavka podaci iz kaznene evidencije mogu se koristiti samo u svrhu za koju su izdani.

Člankom 11. toga Zakona propisana su tijela na čiji zahtjev Ministarstvo izdaje opću potvrdu.

Prema članku 13. stavku 1. toga Zakona posebna potvrda sadržava ograničene podatke iz kaznene evidencije izdane za posebnu namjenu ili kada je to posebnim zakonom propisano. Ograničeni podaci su samo oni podaci koji su nužni za ispunjenje svrhe za koju su traženi ili koji su predviđeni posebnim zakonom.

Primjenom mjerodavnog prava na utvrđeno činjenično stanje utvrđeno je da je žalbeni navod neosnovan. Iz spisa predmeta razvidno je da je odabrana zajednica za svojeg podugovaratelja Elektrokem d.o.o. Sesvete dostavila dokaze o nepostojanju obvezne osnove za isključenje sukladno točki 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Naime, prema Zakonu o pravnim posljedicama osude, kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji kaznena evidencija se vodi za fizičke i pravne osobe koje su za kaznena djela pravomoćno osuđene u Republici Hrvatskoj, kao i za državljane Republike Hrvatske i za pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj koje su za kaznena djela pravomoćno osuđene izvan Republike Hrvatske, ako su ti podaci dostavljeni Ministarstvu. Pravni temelj za traženje predmetnog uvjerenja o nekažnjavanju iz kaznene evidencije pruža članak 13. stavak 1. toga Zakona, koji izriekom navodi da se posebno uvjerenje izdaje za posebnu svrhu ili kada je to predviđeno posebnim Zakonom. Posebna uvjerenja u svrhe propisane posebnim zakonima (npr. izdavanja licencije za obavljanje prijevoza tereta u međunarodnom cestovnom prometu) zatražit će za pravnu/fizičku nadležno tijelo po službenoj dužnosti. Sukladno naprijed navedenome pisani zahtjev za podacima u kaznenoj evidenciji mora sadržavati svrhu i pravnu osnovu traženja podataka, a podnosi se na propisanim obrascima. Iz navedenog slijedi da, s obzirom da takve pravne osnove nema u ZJN 2016, da fizička/pravna osoba ne može sama za sebe zatražiti izdavanje predmetnog uvjerenja za potrebe provedbe postupaka javne nabave, već će to po službenoj dužnosti učiniti nadležno tijelo, ovdje naručitelj. Međutim, kako naručitelji nemaju tehničku mogućnost zatražiti predmetna uvjerenja kroz modul Dohvat dokaza u EOJN RH za podugovaratelje ponuditelja u postupcima javne nabave, tako tuzemni podugovaratelji nepostojanje obvezne osnove za isključenje (Nekažnjavanje) dokazuju izjavom s potpisom ovjerenim kod javnog bilježnika koja je u konkretnom slučaju dostavljena i žalitelj to ne spori. Slijedom navedenog, nije u pravu žalitelj kada navodi da je odabrana zajednica za podugovaratelja Elektrokem d.o.o. Sesvete trebala dostaviti izvod iz registra kaznene evidencije. U konkretnom slučaju, odabrana zajednica je za svojeg podugovaratelja Elektrokem d.o.o. Sesvete dostavila dokaze o nepostojanju obvezne osnove za isključenje sukladno točki 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Slijedom svega navedenog, u postupanju naručitelja Državna komisija nije utvrdila nezakonitosti na koje upućuje žalitelj.

Žalitelj tvrdi da jamstva za ozbiljnost ponude dostavljena u odabranoj ponudi nisu sukladna uvjetima iz dokumentacije o nabavi i da ne ispunjavaju svrhu radi koje se naručitelju u postupku javne nabave dostavljaju.

Citira točku 6.7. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi i tvrdi da dostavljena jamstva za ozbiljnost ponude br. GA3120-07193 od 24. ožujka 2021. te br. GA3121-10203 od 16. veljače 2022. *ne glase na cijelu zajednicu*, već isključivo na člana zajednice Strabag AG, Austrija. U Jamstvu br. GA3120-07193 od 24. ožujka 2021., navodi žalitelj, je određeno da se jamstva „izdaju po nalogu gospodarskog subjekta Strabag AG, Austrija, 9800 Spittal an der Drau, Ortenburgerstrasse 27, evidentiranog u registru Pokrajinskog suda u Klagenfurtu pod brojem FN 61689w, (u daljnjem tekstu: nalogodavac)“. Nadalje, navodi žalitelj, u tome Jamstvu se navodi da se *jamstvo izdaje za račun zajednice gospodarskih subjekata*, međutim iz uvjeta pod kojim korisnik jamstva HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb može aktivirati jamstvo, vidljivo je, da se jamstvo za ozbiljnost ponude može aktivirati samo ako nalogodavac, dakle isključivo Strabag AG, Austrija: odustane od svoje ponude u roku njezine valjanosti, ne dostavi ažurirane popratne dokumente sukladno članku 263. ZJN 2016, ne prihvati ispravak računске greške, ili odbije potpisati ugovor o javnoj nabavi. Navedeno znači, stav je žalitelja, da naručitelj ne može aktivirati jamstvo ako neki od preostala dva člana odabrane zajednice odustane od svoje ponude u roku njezine valjanosti, ne dostavi ažurirane popratne dokumente, ne prihvati ispravku računске greške ili odbije potpisati ugovor o javnoj nabavi, odnosno sporna jamstva mogu se aktivirati samo ako nalogodavac Strabag AG, Austrija ne ispuni uvjete propisane jamstvom. Žalitelj smatra da dostavljeno jamstvo nije valjano i iz razloga jer je naručitelj u dokumentaciji o nabavi propisao da u slučaju kada jamstvo dostavlja zajednica gospodarskih subjekata, tada zajednica gospodarskih subjekata mora biti određena kao nalogodavac.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da je 15. veljače 2021. objavio Novi Obrazac 8 - Jamstvo za ozbiljnost ponude. Dalje navodi da je odabrana zajednica dostavila Jamstvo za ozbiljnost ponude br. GA3120-07193 od 24. ožujka 2021. izdano od Reiffeisen Bank International AG, Austrija, koje je sadržajno u potpunosti u skladu s objavljenim obrascem jamstva za ozbiljnost ponude. Naručitelj napominje da je dokumentacijom o nabavi izričito navedeno da ukoliko ponuditelj dostavlja bankovno jamstvo, ono se dostavlja u izvorniku sukladno Obrascu 8 dokumentacije o nabavi ili u nekom drugom obliku koji je prihvatljiv za naručitelja, odnosno koji sadržajno odgovara navedenom obrascu. Također napominje da je dokumentacijom o nabavi izričito navedeno da se jamstvo traži za osigurane slučajeve u odnosu na ponuditelja, a ponuditelj je u konkretnom slučaju zajednica gospodarskih subjekata Strabag AG, Austrija, Strabag d.o.o. Zagreb i Strabag Rail a. s. Češka te ističe da je ta činjenica izričito navedena u dostavljenom Jamstvu. Dakle, zaključuje naručitelj, dostavljeno jamstvo je izdano bezuvjetno, neopozivo, na prvi pisani poziv i bez prava prigovora, što mu jamči naplativost jamstva ukoliko se ostvare osigurani slučajevi u odnose na članove zajednice gospodarskih subjekata koji u jamstvu nisu navedeni kao nalogodavci.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju navodi da je iz dostavljenog jamstva razvidno kako je izdano od strane zajednice dok se u odnosu prema banci kao

nalogodavac pojavljuje Strabag AG, Austrija kao vodeći član. S obzirom na to da je dokumentacijom o nabavi dozvoljeno da garanciju izda jedan član u ime i za račun ostalih članova zajednice, nastavlja, iz dostavljenog Jamstva je vidljivo kako jamstvo nema nikakvih nedostataka koje bi priječilo naručitelja u aktivaciji jamstva u slučaju ispunjenja bilo koje od okolnosti koje su navedene u samom jamstvu. Odabrana zajednica dalje navodi da, bez obzira što smatra da je jamstvo za ozbiljnost ponude dostavljano sukladno zahtjevima iz dokumentacije o nabavi, u prilogu svoga očitovanja dostavlja Potvrdu banke kojom ista potvrđuje da se predmetno jamstvo ne odnosi samo na gospodarski subjekt Strabag AG, Austrija nego na cijelu zajednicu gospodarskih subjekata, da je izdano u ime i za račun zajednice gospodarskih subjekata te da svaki član zajednice ima ista prava kao Strabag AG, Austrija. Istom Potvrdom, nastavlja dalje odabrana zajednica, banka jamči da poziv za plaćanje prema dostavljenom jamstvu može biti podnijet od strane korisnika jamstva u slučaju da bilo koji član zajednice gospodarskih subjekata ne ispunjava uvjete propisane dokumentacijom o nabavi, a ne samo Strabag AG, Austrija. Očitovanju je priložena opisana Potvrda br. GA3121-10203 od 16. veljače 2022.

Ispitujući osnovanost žalbenog navoda utvrđene su sljedeće činjenice.

Točkom 6.7. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao pravna pravila vezana za dostavu jamstva za ozbiljnost ponude. Tako je propisao da je ponuditelj obvezan u ponudi dostaviti jamstvo za ozbiljnost ponude na iznos od 40.000.000,00 HRK i to u jednom od važećih oblika osiguranja plaćanja: 1. bankovno jamstvo koje mora biti „bezuovjetno“, na „prvi poziv“ i „bez prigovora“ ili 2. novčani polog. Ukoliko ponuditelj dostavlja bankovno jamstvo, ono se dostavlja u izvorniku sukladno Obrascu 8 dokumentacije o nabavi ili u nekom drugom obliku koji je prihvatljiv za naručitelja, odnosno koji sadržajno odgovara navedenom obrascu, i to odvojeno od elektroničke ponude, na način kako je propisano u točki 7.1. Uputa ponuditeljima.

Dalje je istoj točki naručitelj propisao da u slučaju dostave bankovnog jamstva, u dokumentu mora biti navedeno sljedeće: - da je korisnik jamstva HŽ Infrastruktura d.o.o.; - da se garant obvezuje bezuvjetno, neopozivo i na prvi pisani poziv korisnika jamstva, bez prigovora isplatiti iznos od 40.000.000,00 HRK u slučaju: - odustajanja ponuditelja od svoje ponude u roku njezine valjanosti; - nedostavljanja ažuriranih popratnih dokumenata sukladno članku 263. ZJN 2016; - neprihvatanja ispravka računске greške; - odbijanja potpisivanja ugovora o javnoj nabavi; - nedostavljanja jamstva za uredno ispunjenje ugovora. U slučaju zajednice gospodarskih subjekata jamstvo za ozbiljnost ponude mora glasiti na cijelu zajednicu, odnosno jamstvo za ozbiljnost ponude mora sadržavati navod da je riječ o zajednici gospodarskih subjekata. Jamstvo može dostaviti: - jedan član zajednice gospodarskih subjekata na puni iznos propisan dokumentacijom o nabavi (40.000.000,00 HRK); ili - više članova zajednice gospodarskih subjekata može dostaviti pojedinačna jamstva čija ukupna vrijednost mora zadovoljiti uvjet propisan dokumentacijom o nabavi (40.000.000,00 HRK).

Iz EOJN RH razvidno je da je naručitelj 15. veljače 2021. objavio Novi Obrazac 8 - Jamstvo za ozbiljnost ponude. Navedeni obrazac naručitelj je sastavio na način da se u uvodu upisuje naziv i sjedište banke koja izdaje jamstvo po nalogu i za račun nalogodavca (upisuje se naziv, adresa i OIB gospodarskog subjekta koji je nalogodavac), koji je član zajednice gospodarskih subjekata (pa se upisuju podaci svih članova zajednice), a u korist naručitelja. Naručitelj je točku 3. Obrasca jamstva propisao na sljedeći način:

„3. Ovim Jamstvom Banka se obvezuje da će Korisniku jamstva neopozivo, bezuvjetno, na prvi pisani poziv i bez prava prigovora isplatiti jamčeni iznos od 40.000.000,00 HRK (slovima: četrdesetmilijuna kuna) na temelju pisanog zahtjeva Korisnika jamstva ako Nalogodavac <upisati naziv gospodarskog subjekta>, koji je član zajednice gospodarskih subjekata <navesti sve članove zajednice gospodarskih subjekata, ako je primjenjivo>: • odustane od svoje ponude u roku njezine valjanosti, • ne dostavi ažurirane popratne dokumente sukladno članku 263. ZJN 2016, • ne prihvati ispravak računске greške, • odbije potpisati ugovor o javnoj nabavi, • ne dostavi jamstvo za uredno ispunjenje ugovora.“

Uvidom u odabranu ponudu utvrđeno je da sadrži Jamstvo za ozbiljnost ponude br. GA3120-07193, izdano 24. ožujka 2021. u Beču, od strane Raiffeisen Bank International AG, Austrija. Iz toga Jamstva vidljivo je da navedena banka po nalogu gospodarskog subjekta Strabag AG, Austrija (nalogodavac) za račun zajednice gospodarskih subjekata Strabag AG, Austrija, kao vodećeg partnera, zatim Strabag d.o.o. Zagreb, kao partnera, i Strabag Rail a.s., Češka, kao partnera, a u korist naručitelja (korisnika jamstva) izdaje Jamstvo za ozbiljnost ponude br. GA3120-07193. U točki 3. toga Jamstva navodi se da se tim jamstvom banka obvezuje da će korisniku jamstva neopozivo, bezuvjetno, na prvi pisani poziv i bez prava prigovora isplatiti jamčeni iznos od 40.000.000,00 kuna na temelju pisanog zahtjeva korisnika jamstva ako nalogodavac Strabag AG, Austrija, koji je član zajednice gospodarskih subjekata Strabag AG, Austrija, kao vodeći partner, Strabag d.o.o. Zagreb, kao partner, i Strabag Rail a.s., Češka, kao partner: odustane od svoje ponude u roku njezine valjanosti; ne dostavi ažurirane popratne dokumente sukladno članku 263. ZJN 2016; ne prihvati ispravak računске greške; odbije potpisati ugovor o javnoj nabavi; ne dostavi jamstvo za uredno ispunjenje ugovora.

Odabrana zajednica ponuditelja uz svoje je očitovanje u žalbenom postupku dostavila dokument naslovljen „Jamstvo za ozbiljnost ponude br. GA3121-10203“, izdan 16. veljače 2022., od Raiffeisen Bank International, Beč, Austrija, u kojemu navedena banka obavještava naručitelja HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb da se predmetno Jamstvo ne odnosi samo na gospodarski subjekt Strabag AG, Austriji, nego na cijelu zajednicu gospodarskih subjekata i izdano je u ime i za račun zajednice gospodarskih subjekata Strabag AG, Austrija, Strabag d.o.o. Zagreb i Strabag Rail a.s., Češka te da svaki član zajednice ima ista prava i obveze kao Strabag AG, Austrija. Nadalje, u istome dokumentu ista banka potvrđuje i to da poziv za plaćanje prema ovom jamstvu može biti ponijet od strane korisnika jamstva u slučaju da bilo koji član zajednice gospodarskih subjekata ne ispunjava uvjete propisane dokumentacijom o nabavi, a ne samo Strabag AG, Austrija.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., članka 291., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 19. stavka 1. Pravilnika.

Iz opisanog činjeničnog stanja slijedi da je odabrana zajednica naručitelju dostavila jamstvo za ozbiljnost ponude koje nije sačinjeno na obrascu 8 kojeg je sastavio naručitelj. Naručitelj je izričito propisao da jamstvo može biti dostavljeno u nekom drugom obliku koji je prihvatljiv za naručitelja. Žalitelj nije u pravu kada tvrdi da je iz dostavljenog jamstva za ozbiljnost ponude odabrane zajednice vidljivo da to jamstvo ne glasi na cijelu zajednicu, već isključivo na nalogodavca Strabag AG, Austrija, a uostalom to u žalbi i sam naknadno navodi. Nadalje, u dostavljenom Jamstvu banka je jasno i precizno navela da ukoliko bilo koji od tri člana zajednice

gospodarskih subjekata ne ispuni koji od uvjeta navedenih u jamstvu (odbije/propusti što učiniti), korisnik jamstva ima pravo aktivirati/naplatiti jamstvo. Upravo suprotno navodima žalitelja, dostavljeno jamstvo u svakom pogledu ispunjava svrhu radi koje je dostavljeno. Navedene činjenice dodatno je potvrdila banka koja je izdavatelj predmetnog Jamstva u svojoj obavijesti od 16. veljače 2022. naslovljenoj kao „Jamstvo za ozbiljnost ponude br. GA3121-10203“, koju je odabrana zajednica dostavila uz svoje očitovanje u žalbenom postupku. Žalitelj nije u pravu niti kada tvrdi da je naručitelj u dokumentaciji o nabavi propisao uvjet da ako je ponuditelj zajednica gospodarskih subjekata, tada zajednica mora biti određena kao nalogodavac, budući da to nije propisano dokumentacijom o nabavi niti je relevantno kod izdavanja jamstva za ozbiljnost ponude tko je nalogodavac banci. Slijedom svega navedenog, žalbeni navod, da jamstvo za ozbiljnost ponude dostavljeno u odabranoj ponudi nije sukladno uvjetima iz točke 6.7. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, ocijenjen je neosnovanim.

Sljedeća dva žalbena navoda međusobno su povezani te ih na taj način treba razmatrati.

Žalitelj osporava naručiteljevo utvrđenje da na strani odabrane zajednice ne postoje ostale osnove za isključenje propisane točkom 3.3.e. i 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Navodi da je naručitelj je točkom 3.3.e. Uputa ponuditeljima propisao da će isključiti gospodarski subjekt iz postupka javne nabave: „ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, ako je prikrio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente u skladu s odredbama ZJN 2016 vezanih uz Europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi (ESPD - članci 260. - 263.)“. Žalitelj tvrdi da je član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija pogrešno, ako ne i maliciozno, ispunio svoj ESPD obrazac. Naime, na stranici 20. i 21. dostavljenog ESPD obrasca Strabag AG, Austrija je na pitanje: „Je li gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj?“, odgovorio „Ne.“, a na pitanje „Ako je odgovor da, je li gospodarski subjekt poduzeo mjere samokorigiranja?“ nije odgovorio ništa, jer je na prethodno pitanje odgovorio s „Ne.“. Žalitelj skreće pozornost da je poslovni prekršaj (odnosno profesionalni propust) definiran u članku 3. stavku 1. točki 24. ZJN 2016 kao postupanje gospodarskog subjekta protivno propisima iz područja prava koje uređuje obavljanje njegove djelatnosti, prava okoliša, socijalnog i radnog prava, uključujući kolektivne ugovore, a osobito obvezu isplate ugovorene plaće, prava tržišnog natjecanja, prava intelektualnog vlasništva te postupanje protivno pravilima struke.

Međutim, nastavlja dalje žalitelj, odgovori u dostavljenom ESPD obrascu člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija nisu točni. Uvidom u objavljene dokumente koji su sastavni dio Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda vidljivo je, navodi dalje žalitelj, da je naručitelj dopisom od 6. listopada 2021. od odabrane zajednice zatražio pojašnjenje „vezano za odluku Savezne agencije za tržišno natjecanje Republike Austrije od 14. srpnja 2021., kojom je član zajednice gospodarskih subjekata Strabag AG, Austrija kažnjen radi povrede tržišnog natjecanja (udruživanje u kartel) iznosom od 45.37 milijuna eura“ te istom prilikom zatražio i očitovanje o tome koje su konkretno mjere poduzete u smislu samokorigiranja određenih člankom 255. ZJN 2016, kao i ažurirane popratne dokumente vezane za nekažnjavanje.

Žalitelj dalje opisuje da je 15. listopada 2021. odabrana zajednica naručitelju dostavila pojašnjenje u kojem je navedeno da su u smislu članka 255. ZJN 2016,

surađivali s kontrolnim tijelima Republike Austrije, da su donijeli novi Sustav upravljanja poslovnom usklađenošću te da su uveli novu vrstu monitoringa. Žalitelj je stava da je odabrana zajednica navođenjem mjera samokorigiranja koje su poduzete prije podnošenja ponude i ispunjavanja ESPD obrasca člana Strabag AG, Austrija priznao i dostavio dokaze kako je u dostavljenom ESPD obrascu toga člana dala lažne i netočne odgovore na postavljana pitanja. Da je tome tako proizlazi i iz priopćenja Savezne agencije za tržišno natjecanje Republike Austrije-Bundeswettbewerbsbehörde (dalje u tekstu: Savezna agencija), koje je objavljeno na službenim mrežnim stranicama tog tijela 21. listopada 2021., u kojem stoji da je u okviru istraga u austrijskoj građevinskoj struci 14. srpnja 2021. Savezna agencija podnijela zahtjev za izricanje novčane kazne u visini 45,37 milijuna EUR protiv dvaju društava koncerna Strabag SE, i to protiv ovdje člana zajednice Strabag AG te društva F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft G.m.b.H. & Co. KG. Žalitelj dalje navodi da je istim priopćenjem objavljeno da je Kartelni sud Republike Austrije odlukom od 21. listopada 2021. izrekao zatraženu novčanu kaznu zbog kršenja članka 1. stavka 1. Kartelnog zakona Republike Austrije i članka 101. stavka 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, jer je utvrđeno da je Strabag AG, Austrija počinio jedinstveni i kontinuirani prekršaj u obliku dogovora o cijenama te podjele tržišta i razmjene informacija s konkurentima na javnim i privatnim natjecanjima na području visoko i niskogradnje u Austriji u razdoblju od srpnja 2002. do listopada 2017. (žalitelj u prilogu žalbe dostavlja priopćenje Savezne agencije od 21. listopada 2021.).

Nadalje, nastavlja žalitelj, iz priopćenja Savezne agencije od 14. srpnja 2021. proizlazi kako je Savezna agencija zahtjev za izricanjem novčane kazne podnijela 14. srpnja 2021., ali da su prvi zahtjevi podneseni već u listopadu 2020. i travnju 2021. Dakle, zaključuje žalitelj, razvidno je kako je član zajednice i prije samog podnošenja zahtjeva za izricanje kazne od strane Savezne agencije priznao krivnju (dostavlja priopćenje Savezne agencije 14. srpnja 2021.).

Žalitelj dalje iznosi kronologiju i navodi da je naručitelj 26. listopada 2021., znači pet dana nakon što je Kartelni sud donio finalnu odluku, ponovno od odabrane zajednice tražio dostavu ažuriranih dokumenata, konkretno traženo je da član zajednice Strabag AG, Austrija dostavi ažuriranu potvrdu o nekažnjavanju za pravnu osobu. Žalitelj dalje navodi kako je odabrana zajednica naručitelju dostavila Izjavu o nekažnjavanju od 30. srpnja 2021. te Potvrdu o nekažnjavanju od 1. listopada 2021. Slijedom navedenog, proizlazi da je odabrana zajednica morala biti upoznata sa činjenicom da se protiv njezinog člana vodi postupak te da je svjesno dostavljala dokumente koji su izdani prije 21. listopada 2021. kako bi prikrila činjenicu da je Kartelni sud donio konačnu odluku i kaznio Strabag AG, Austrija za sudjelovanje u kartelu.

Žalitelj nastavno ističe da je odabrana zajednica tijekom postupka javne nabave i na druge načine postupala s ciljem prikrivanja informacija, što se ogleda u činjenici da je u odgovoru naručitelju od 15. listopada 2021. navela kako se protiv člana Strabag AG, Austrija vodi (samo) jedan kazneni postupak koji je pokrenuo Ured državnog odvjetništva za suzbijanje gospodarskog kriminala i korupcije Republike Austrije koji se vodi pod brojem 29 St 33/16f, a nije navela postojanje i drugog postupka koji se vodi pred Državnim odvjetništvom u Grazu pod brojem 21 St 234/20w, a koja činjenica proizlazi iz Obavijesti Centralnog državnog odvjetništva za suzbijanje gospodarskog kriminaliteta i korupcije od 1. listopada 2021. koja je dostavljena naručitelju.

Žalitelj ukazuje i da je po osnovi težine i trajanja počinjenog teškog poslovnog prekršaja naručitelj trebao isključiti odabranu zajednicu i na temelju odredbe točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, kojom je propisano da će naručitelj

isključiti iz postupka javne nabave gospodarski subjekt ako može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet. Žalitelj smatra da je naručitelj propustom neutvrđivanja osnove za isključenje na temelju činjenice počinjenja poslovnog prekršaja postupio protivno Direktivi 2014/24/EU Europskog parlamenta i vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, koja je preuzeta u hrvatsko zakonodavstvo, jer naručitelj očito nije primijenio načelo proporcionalnosti niti se vodio činjenicama trajanja i težine utvrđenog poslovnog prekršaja.

Žalitelj na kraju sumira da je pobijana Odluka o odabiru donesena unatoč saznanjima da je član odabrane zajednice priznao krivnju za teški gospodarski prekršaj i da se za isto nagodio za novčanu kaznu u iznosu od čak 45,37 milijuna EUR te da se radi o kontinuiranim prekršajima u razdoblju od 2002.-2017. Zaključno ističe da, s obzirom na to da odluka Kartelnog suda nosi datum 21. listopada 2021., a Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda 25. siječnja 2022., je razvidno da naručitelj nije ispravno utvrdio sve činjenice koje je morao utvrditi prije donošenja Odluke o odabiru. Žalitelj se poziva pravna stajališta iznesena u Rješenju Državne komisije KLASA: UP/II-034-02/19-01/753, jer se, kako tvrdi, radi o činjenično istovjetnoj situaciji.

Naručitelj u odgovoru na žalbu vezano uz dio žalbenog navoda u kojem žalitelj tvrdi kako je odabrana zajednica krivo navela podatke u ESPD obrascu člana Strabag AG, Austrija navodi da je u predmetnom postupku javne nabave rok za dostavu ponuda bio 19. travnja 2021. pa da je stoga član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija podatke u svojem ESPD obrascu fizički morao ispuniti prije navedenog roka za dostavu ponuda. Dakle, u trenutku ispunjavanja ESPD obrasca toga člana ova okolnost nije bila nastupila te je stoga član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija ispravno popunio svoj ESPD obrazac.

Nadalje, vezano uz dio žalbenog navoda da je odabrana zajednica morala biti upoznata s činjenicom da se protiv člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija vodi postupak te da je svjesno dostavljao dokumente koji su izdani prije 21. listopada 2021. kako bi prikrio da je Kartelni sud donio konačnu odluku te kaznio toga člana za sudjelovanje u kartelu, naručitelj navodi da je nakon roka za predaju ponuda saznao za okolnost da je navedeni član odabrane zajednice kažnjen radi povrede tržišnog natjecanja i da je predmetnu informaciju saznao na službenoj mrežnoj stranici Savezne Agencije (navodi poveznicu na mrežne stranice). Dalje navodi da je od odabrane zajednice zatražio dokaze o poduzetim korektivnim mjerama u odnosu na razloge isključenja iz članka 57. stavka 1. točke od a) do f) Direktive 2014/24/EU, odnosno članka 251. stavka 1. ZJN 2016, a sukladno članku 255. stavak 1. toga Zakona. Naručitelj dalje opisuje da je odabrana zajednica 15. listopada dostavila odgovor u kojem, između ostalog, navodi da je član Strabag AG, Austrija pred Saveznom agencijom priznao krivnju za nedozvoljeno udruživanje i podnio pismeni prijedlog za sklapanje nagodbe te kako je tome članu zbog uske suradnje sa Saveznom agencijom i priznavanja krivnje, a posebice uvođenja novog sustava monitoringa unutar koncerna izrečeno umanjeње novčane kazne u iznosu od 45,37 milijuna EUR. Naručitelj dalje navodi da je odabrana zajednica u nastavku dopisa iscrpno navela poduzete korektivne mjere te u prilogu dopisa priložila dokaze za iste. Ponuditelj je također kao napomenu naveo i to da na dan 15. listopada 2021., kada je sastavljao odgovor na zahtjev, još uvijek u predmetnom postupku nije bila donesena pravomoćna sudska presuda. Također ističe da ga odabrana zajednica svojim postupanjem nije dovela u zabludu te da je na temelju dostavljenog priznanja i obrazloženja mjera te priloženih

dokaza o poduzetim korektivnim mjerama ocijenio da odabrana zajednica nije u razlozima isključenja iz točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Na kraju, vezano uz dio žalbenog navoda da odabrana zajednica nije u danom očitovanju navela i postojanje drugog postupka koji se vodi pred Državnim odvjetništvom u Grazu naručitelj navodi da činjenica da se protiv nekog gospodarskog subjekta vodi postupak nije dovoljan razlog za primjenu ostalih razloga za isključenje iz točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju smatra odlučnom činjenicom datum odvijanja predmetnog postupka javne nabave, datum izrade i predaje ponuda te datum kada je navedena odluka objavljena. Iz dokaza koje je dostavila vidljivo je da je Savezna agencija predmetu odluku donijela tek 21. listopada 2021., a s obzirom na to da je predaja ponuda bila 19. travnja 2021. sasvim je logično, mišljenje je odabrane zajednice, da nije mogla navesti da je član Strabag AG, Austrija kriv za određeni prekršaj prije nego to utvrdi nadležno tijelo. U navodima žalitelja da je istraga počela nekoliko godina ranije i da je Savezna agencija od Kartelnog suda i ranije tražila donošenje mjere, prema stavu odabrane zajednice, nema nikakve pravne logike koja bi upućivala na obvezu odabrane zajednice da u predmetnom postupku javne nabave po tom pitanju nešto navede.

Dodatno, odabrana zajednica ističe da ni s današnjim danom ne postoji nikakva kaznena odgovornost člana Strabag AG, Austrija te u prilog tome dostavlja najnoviju Potvrdu o nekažnjavanju nadležnog tijela u Republici Austriji (u prilogu dostavlja Potvrdu Glavnog državnog odvjetništva u Beču od 4. siječnja 2022.)

Odabrana zajednica dalje ističe da je žalitelj u žalbi iznio više nagađanja i neistina jer je po saznanju da se protiv člana zajednice Strabag AG, Austrija provodi istraga odmah i bez ikakve zadržke koncern Strabag SE pružio potpunu suradnju nadležnim tijelima; da je koncern cijelo vrijeme surađivao s nadležnim tijelima oko otkrivanja svih činjenica; da je isti dan nakon zaprimanja odluke Kartelnog suda predmetnu informaciju o tome objavio na svojim mrežnim stranicama i koja je od tada do danas javno dostupna (dostavlja ispis svoje mrežne stanice i objave na dan 21. listopada 2021. i navodi poveznicu).

Odabrana zajednica posebno naglašava da protiv člana Strabag AG, Austrija nije izrečena kaznena presuda jer taj postupak nije još okončan, nego je Savezna agencija izrekla upravnu mjeru - novčanu kaznu.

U odnosu na „drugi kazneni postupak“ pokrenut pred Državnim odvjetništvom u Grazu odabrana zajednica ističe da nije ni u kakvoj vezi sa predmetnim postupkom javne nabave, a radi se o tome da se na gradilištu u Grazu dogodila nezgoda u kojoj je zaposlenik podizvođača smrtno stradao. Također, radi potpune transparentnosti, a što je vidljivo i ovdje dostavljene Potvrde Glavnog državnog odvjetništva Republike Austrije, navodi da je u odnosu na člana zajednice Strabag AG, Austrija pokrenut još jedan postupak pred nadležnim sudom u Beču koji također nije ni u kakvoj vezi s predmetnim postupkom javne nabave, a radi se o tome da je podizvođač dizalicom istovarivao fasadne izolacijske ploče na gradilištu kada je dio ploča olabavio i pao te da je postojanje toga postupka vidljivo iz dostavljene Potvrde. Također se poziva na članak 57. EU direktive 2014/24/EU od 26. veljače 2014.

Odabrana zajednica je uz svoje očitovanje Državnoj komisiji u žalbenom postupku dostavila: Potvrdu Glavnog državnog odvjetništva od 4. siječnja 2022.; ispis priopćenja koncerna Strabag SE od 21. listopada 2021.; Izjavu odvjetnice da je istraga u kaznenom postupku još u tijeku; Potvrdu o plaćanju u ime društva Strabag AG, Austrija za račun Višeg pokrajinskog suda u Beču (izvršena 11. studenog 2021.);

Certifikat društva Austrian Standards plus GmbH izdan Strabag AG, Austrija da je implementirao sustav upravljanja za suzbijanje podmićivanja prema ISO 37001:2016-10-15, izdan 27. rujna 2021.

Ispitujući žalbeni navod izvršen je uvid u dokazni materijal kojim su utvrđene sljedeće činjenice.

Točkom 3.3. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao ostale (fakultativne) osnove za isključenje. Tako je propisao da je gospodarski subjekt obvezan u ponudi kao preliminarni dokaz da ne postoje osnove za isključenje temeljem točaka 3.3.a. - 3.3.g. dostaviti ESPD obrazac ispunjen u dijelu III: Osnove za isključenje - C: Osnove povezane s insolventnošću, sukobima interesa ili poslovnim prekršajem u dijelu koji je primjenjiv. Tako je u točki 3.3.c. propisano da će naručitelj isključiti gospodarski subjekt iz postupka javne nabave ako može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet. Točkom 3.3.e. Uputa ponuditeljima propisano je da će naručitelj iz postupka javne nabave isključiti gospodarski subjekt ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, ako je prikrio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente u skladu s odredbama ZJN 2016 vezanih uz Europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi (ESPD - članci 260. - 263.).

Nadalje je u sklopu iste točke dokumentacije o nabavi propisao sljedeće: „Gospodarski subjekt kod kojeg su ostvarene osnove za isključenje iz točaka 3.1. i 3.3. dokumentacije o nabavi može naručitelju dostaviti dokaze o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje. Ukoliko je primjenjivo, gospodarski subjekt obvezan je u ponudi kao preliminarni dokaz o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje temeljem točke 3.3., dostaviti ESPD obrazac ispunjen Osnove za isključenje - C: Osnove povezane s insolventnošću, sukobima interesa ili poslovnim prekršajem u dijelu koji je primjenjiv. Poduzimanje mjera gospodarski subjekt dokazuje: - plaćanjem naknade štete ili poduzimanjem drugih odgovarajućih mjera u cilju plaćanja naknade štete prouzročene kaznenim djelom ili propustom, - aktivnom suradnjom s nadležnim istražnim tijelima radi potpunog razjašnjenja činjenica i okolnosti u vezi s kaznenim djelom ili propustom, - odgovarajućim tehničkim, organizacijskim i kadrovskim mjerama radi sprečavanja daljnjih kaznenih djela ili propusta. Mjere koje je poduzeo gospodarski subjekt ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti kaznenog djela ili propusta. Naručitelj će obrazložiti razloge prihvaćanja ili neprihvaćanja mjera te neće isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave ako ocijeni da su poduzete mjere primjerene. Gospodarski subjekt kojem je pravomoćnom presudom određena zabrana sudjelovanja u postupcima javne nabave na određeno vremensko razdoblje ne može koristiti mogućnost dostave dokaza o poduzetim mjerama do isteka roka zabrane u državi u kojoj je presuda na snazi.“

Uvidom u odabranu ponudu utvrđeno je da je žalitelj u žalbi vjerno prenio činjenice u pogledu popunjavanja ESPD obrasca člana zajednice Strabag AG, Austrija.

Uvidom u EOJN RH utvrđeno je da je naručitelj odabranoj zajednici 6. listopada 2021., na temelju članka 293. ZJN 2016, uputio Zahtjev za dopunom / razjašnjenjem / dostavom nužne informacije u kojoj navodi da je Odlukom Saveze agencije od 14. srpnja 2021. član zajednice Strabag AG, Austrija kažnjen radi povrede tržišnog natjecanja i da, s obzirom da je odluka pravomoćna, moli dostaviti dokaze o

poduzetnim korektivnim mjerama u odnosu na razloge isključenja iz članka 57. stavka 1. točke a) do f) Direktive 2014/24/EU, odnosno sukladno članku 251. stavku 1. ZJN 2016, a sukladno članku 255. stavku 1. ZJN 2016 i primjerice navodi što dokazi mogu uključivati. Pored toga, naručitelj je istim Zahtjevom pozvao odabranu zajednicu da za člana Strabag AG, Austrija dostavi dokaze iz točke 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (Kažnjavanje) za gospodarski subjekt te tablicu s podacima o imenu i prezimenu te državljanstvu svake osobe koja je član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili ima ovlast zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskih subjekata.

Nadalje je utvrđeno da je odabrana zajednica 15. listopada 2021. naručitelju dostavila iscrpno objašnjenje u kojemu navodi da su u svibnju 2017. provedeni policijski pretresi i izvidi na raznim lokacijama društva Strabag AG u Austriji kojom prilikom se saznalo da je Ured državnog odvjetništva za suzbijanje gospodarskog kriminala i korupcije Republike Austrije protiv Strabag AG, Austrija pokrenulo istražni posutpak koji je obuhvaćao projekte realizirane od 2006. do 2017. s fokusom na izgradnju prometnica, a što je kasnije prošireno i na područje visokogradnje, da je neposredno nakon pokretanja kaznenog postupka koncern Strabag SE uveo organizacijske i kadrovske promjene na način da su osobe obuhvaćene istragom ogovarajuće sankcionirane, da je koncern usko surađivao s nadležnim tijelima, posebice Saveznom agencijom, da je društvo Strabag AG prizalo krivnju za nedozvoljeno udruživanje i podnijelo prijedlog za sklapanje nagodbe pa mu je kazna u konačnici i umanjena, da koncern Strabag AG još od 2008. ima implementiran Sustav upravljanja poslovnom usklađenošću (Business Compilace), da koncern Strabag SE kontinuirano već godinama primjenjuje modul e-školovanje, koje edukacije se odnose i na izbjegavanje korupcije i kartelnih prijestupa, da je u ljeto 2020. objavljena nova verzija „Smjernice koncerna 03. Strabag Ethik Business Compilace System“, da je društvo Strabag AG 2019. svoj sustav upravljanja usklađenošću povrgnulo ispitivanju od strane Austrian Standards plus GmbH te da je to društvo u ljeto 2020. na vlastitu inicijativu dodano uspostavilo eksterni monitoring usklađenosti. Svojem očitovanju odabrana zajednica je priložila dokaze za poduzete mjere samokorigiranja (o čemu se detaljnije obrazlaže u sljedećem žalbenom navodu) koje je naručitelj prihvatio i u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda konstatirao da ne postoje osnove za isključenje iz točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (teški profesionalni prekršaj). Tom prilikom odabrana zajednica je za člana Strabag AG, Austrija naručitelju dostavila ovjerenu Izjavu o nekažnjavanju od 30. srpnja 2021., izrađenu na Obrascu 1, kojom Hebert Krutina, iz Breitenfurt bei Wien i Moritz Freyborn iz Beča, kao osobe ovlaštene za zastupanje gospodarskog subjekta Strabag AG, Austrija, pod materijalnim i kaznenom odgovornošću, izjavljuju za sebe, gospodarski subjekt i za sve osobe koje su članovi upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili imaju ovlasti zastupanja, donošenja odluke ili nadzora gospodarskog subjekta da nikome od njih nije izrečena pravomoćna osuđujuća presuda niti za jedno od kaznenih djela navedenih u članku 251. stavku 1. točki 2. ZJN 2016. te Potvrdu glavnog državnog odvjetništva za suzbijanje gospodarskog kriminaliteta i korupcije iz Beča, od 1. listopada 2021., kojom se potvrđuje da Strabag AG, Austrija u Austriji do sada nije bio kazneno osuđivan te da se protiv njega vodi kazneni postupak pod poslovnim brojem 29 St 33/16f, a kod Državnog odvjetništva u Grazu kazneni postupak pod poslovnim brojem 21 St 234/20w.

Iz EOJN RH je također razvidno da je naručitelj 26. listopada 2021. od odabrane zajednice tražio nadopunu ažuriranih popratnih dokumenata u vidu ažurirane potvrde

o nekažnjavanju za gospodarski subjekt Strabag AG, Austrija i dopune tablice s podacima o državljanstvu za jednu osobu.

Razvidno je, nadalje, da je odabrana zajednica 2. studenog 2021. naručitelju dostavila istu Izjavu o nekažnjavanju od 30. srpnja 2021. i istu Potvrdu glavnog državnog odvjetništva u Beču od 1. listopada 2021.

Uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je, u bitnom, da je naručitelj konstatirao da je prihvatio obrazloženje odabrane zajednice o poduzetim korektivnim mjerama, da odabrana zajednica nije u razlozima isključenja te da zbog poduzetih mjera samokorekcije nema primjene ostalih razloga za isključenje iz točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (teški profesionalni propust; o svemu detaljnije uz sljedeći žalbeni navod).

Za ocjenu žalbenih navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 254. stavka 1., članka 255., članka 280. stavka 4., članka 290. stavka 1., članka 293., članka 301. stavaka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 19. stavka 1. te odredbe članka 20. Pravilnika.

Člankom 3. točkom 24. ZJN 2016 zakonodavac je definirao profesionalni propust kao postupanje gospodarskog subjekta protivno propisima iz područja prava koje uređuje obavljanje njegove djelatnosti, prava okoliša, socijalnog i radnog prava, uključujući kolektivne ugovore, a osobito obvezu isplate ugovorene plaće, prava tržišnog natjecanja, prava intelektualnog vlasništva te postupanje protivno pravilima struke.

Članak 254. stavak 1. točka 3. ZJN 2016 propisuje da naručitelj može isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave ako može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet, a točkom 8. istoga članka propisano je da naručitelj može isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, ako je prikrivio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente u skladu s pododjeljkom 1. odjeljkom C toga poglavlja.

Žalitelj smatra da je naručitelj nepravilno utvrdio nepostojanje fakultativne osnove za isključenje propisane točkom 3.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (prikriivanje informacija), koja sadržajno odgovara odredbi članka 254. stavka 1. točke 3. ZJN 2016 i fakultativne osnove za isključenje propisane točkom 3.3.c. istih Uputa (teški profesionalni propust), koja sadržajno odgovara odredbi članka 254. stavka 1. točke 8. ZJN 2016.

U pogledu prve navedene osnove (ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje) žalitelj smatra da je dokazima dostavljenim uz žalbu dokazao da je odabrana zajednica ponuditelja svjesno pogrešno ispunila ESPD obrazac člana zajednice Strabag AG, Austrija i dostavila ažurirane popratne dokumente koji su izdani prije 21. listopada 2021. kako bi prikriila da je Kartelni sud donio odluku o izricanju novčane kazne članu zajednice Strabag AG, Austrija zbog počinjenja prekršaja iz područja zaštite tržišnog natjecanja.

U prvom redu valja razjasniti da iz svih dostavljenih dokaza evidentno da je Savezna agencija za zaštitu tržišnog natjecanja Republike Austrije 14. srpnja 2021. podnijela zahtjev Kartelnom sudu Republike Austrije za izricanje novčane kazne za dva društva iz koncerna Strabag SE, među kojima je i član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija, a da je tek 21. listopada 2021. Kartelni sud donio odluku o izricanju

novčane kazne tim društvima. Dakle, naručitelj je u Zahtjevu od 6. listopada 2021. pogrešno naveo da je odluka o novčanoj kazni već izrečena, no činjenica je da je već tim Zahtjevom od odabrane zajednice tražio dostavu dokaza o poduzetim korektivnim mjerama.

Iz spisa predmeta je razvidno da je krajnji rok za dostavu ponuda bio 19. travnja 2021. u 15:00 sati, kada su prema Zapisniku o otvaranju ponuda sve pristigle ponude i otvorene, a da je odluka o izricanju novčane kazne članu odabrane zajednice Strabag AG, Austrija donesena 21. listopada 2021.

Dakle, slijedom navedenog budući da odgovornost i krivnja ne nastaje tijekom provođenja postupka, ni istražnih radnji niti postavljanjem zahtjeva nekog tijela za kažnjavanjem, nego konačnom odlukom nadležnog tijela ili nekog suda, prema ocjeni Državne komisije, u konkretnom slučaju odabrana zajednica nije bila dužna navesti podatke o svom postupanju za koje u tom trenutku nije ni donesena odluka Kartelnog suda pa prema tome član odabrane zajednice nije ni bio odgovoran za navedeni prekršaj. S druge strane gledajući, unatoč tome što je odabrana zajednica znala da je protiv njezinog člana zatraženo izricanje novčane kazne u upravnom postupku, da je pokrenuta istraga u kaznenom postupku te što je već tada započela s provođenjem mjera samokorekcije, ne može se reći da je ne navođenjem takvog podatka kao počinjenog teškog profesionalnog propusta odabrane zajednice ponuditelja došlo do ozbiljnog pogrešnog prikazivanja činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti odnosva za isključenje, odnosno da je odabrana zajednica ponuditelj bila dužna već i prije donošenja odluke 21. listopada 2021. u spornom ESPD obrascu navesti da je kriva za neko djelo za koje nije donesena odluka Kartelnog suda. Samim time ne može se odabranoj zajednici staviti na teret da je imala bilo kakvu namjeru skrivati navedene okolnosti jer iz spisa predmeta proizlazi da je surađivala s nadležnim tijelima i doprinijela utvrđivanju svih odlučnih činjenica, što je u konačnici, također proizlazi iz spisa, imalo za posljedicu umanjenje novčane kazne. Usko vezano za navedeno, činjenica da se protiv člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija vode kazneni postupci nema nikakvog utjecaja na ocjenu ovoga žalbenog navoda, jer niti iz jednog citiranog izvora mjerodavnog prava ne proistječe obaveza odabrane zajednice da navede kaznene postupke koji se vode protiv njezinih članova.

Žalitelj nadalje tvrdi da je odabrana zajednica namjerno dostavila ažurirane popratne dokumente u vezi s nepostojanjem obvezne osnove za isključenje iz točke 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (kažnjavanje) koji su izdani prije donošenja odluke Kartelnog suda, a sve kako bi prikrila činjenicu da je član zajednice kažnjen za počinjene prekršaja iz područja zaštite tržišnog natjecanja. Primjenom mjerodavnog prava na utvrđeno činjenično stanje, ova tvrdnja ocijenjena je neosnovanom. Naime, sukladno članku 20. stavak 2. Pravilnika ažurirani popratni dokument je svaki dokument u kojem su sadržani podaci važeći, odgovaraju stvarnom činjeničnom stanju u trenutku dostave naručitelju te dokazuju ono što je ponuditelj naveo u e-ESPD-u. Sukladno članku 20. stavak 9. Pravilnika, smatra se da su dokumenti iz članka 265. stavak 1. točke 1. ZJN 2016 (izvadak iz kaznene evidencije) ažurirani ako nisu stariji više od šest mjeseci od dana početka postupka javne nabave. Prema stavku 10. toga članka smatra se da su dokumenti iz članka 265. stavka 1. točke 2. i 3. i stavka 2. ZJN 2016 ažurirani ako nisu stariji od dana početka postupka javne nabave. Sukladno članku 20. stavku 12. Pravilnika izjavu iz članka 265. stavka 2. u vezi s člankom 251. stavkom 1. ZJN 2016 može dati osoba po zakonu ovlaštena za zastupanje gospodarskog subjekta za gospodarski subjekt i za sve osobe koje su članovi upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili imaju ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskog subjekta. Iz spisa predmeta proizlazi da je

odabrana zajednica naručitelju dostavila ažurirane popratne dokumente u svrhu dokazivanja nepostojanja obvezne osnove za isključenje iz točke 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (Nekažnjavanje). Činjenica da je protiv člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija izrečena novčana kazna zbog sudjelovanja u počinjenju prekršaja nema utjecaja na utvrđivanje nepostojanja obvezne osnove za isključenje toga člana iz točke 3.1. Uputa ponuditeljima (kažnjavanje) jer iz dikcije članka 251. ZJN 2016 proizlazi da osnova za isključenje postoji ako je gospodarski subjekt ili osoba koja je član... pravomoćnom presudom osuđena za koje od djela navedenih u tome članku, što ovdje nikako nije slučaj.

Nadalje, u pogledu druge fakultativne osnove za isključenje na koju ukazuje žalitelj valja podsjetiti da su osnove za isključenje prema članku 254. stavka 1. ZJN 2016 propisane kao fakultativni, a ne obvezni kriterij za kvalitativni odabir gospodarskog subjekta, dakle, naručitelj ih može, ali i ne mora propisati u dokumentaciji po nabavi. No, u situaciji kada ih naručitelj odluči propisati u svojoj dokumentaciji o nabavi tada navedeni kriterij postaje obvezni kriterij (osnova za isključenje), što znači da je naručitelj tada dužan u postupku javne nabave utvrđivati ne/postojanje propisanih osnova za isključenje i u odnosu na utvrđeno ocijeniti ponudu.

Nadalje, iz dikcije odredbi članka 254. stavka 1. točke 3. i točke 8. ZJN 2016 proizlazi da je ocjena treba li iz postupka javne nabave isključiti gospodarskog subjekta povjerena javnom naručitelju koji slobodnom ocjenom, na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno te na temelju rezultata cjelokupnog postupka utvrđuje postoji li na strani gospodarskog subjekta koji od navedenih razloga za isključenje. Dakle, naručitelj je taj koji je odgovoran za posljedice svojih mogućih pogrešnih odluka te isti ima slobodu, ali i odgovornost, ocijeniti pouzdanost svakog ponuditelja.

U konkretnom slučaju to znači da je naručitelj ovlašten i dužan ocijeniti je li činjenica da je član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija kažnjen za sudjelovanje u prekršaju iz područja zaštite prava tržišnog natjecanja od utjecaja na odnos povjerenja između njega i odabrane zajednice ili nije. Navedeni stav Državne komisije potvrđuje i Presuda Suda Europske unije C-41/18 od 19. lipnja 2019.

Iz Presude Visokog upravnog suda Republike Hrvatske Poslovni broj: UsII-101/19-10, od 14. ožujka 2019., razvidan je stav Suda da „kod ocjene postojanja osnova za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 3. (teški profesionalni propust) i točke 7. (značajni ili opetovani nedostaci) treba imati na umu i mjerodavnu Direktivu 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva), čiji mjerodavni članak 57. stavak 4. treba sagledavati zajedno sa uvodnom izjavom br. 101, sadržanoj u Preambuli Direktive, u kojoj je navedeno sljedeće: "Javnim naručiteljima također bi se trebala pružiti mogućnost isključenja gospodarskih subjekata koji su dokazano nepouzdana jer su, primjerice, prekršili okolišne ili društvene obveze, uključujući pravila o dostupnosti osobe s invaliditetom, ili su počinili ostale oblike teških poslovnih prekršaja, poput kršenja pravila o tržišnom natjecanju ili prava intelektualnog vlasništva. Trebalo bi razjasniti da teški poslovni prekršaji mogu dovesti u pitanje integritet gospodarskog subjekta i tako ga isključiti iz dodjele javnog ugovora neovisno o tome bi li inače imao tehničke i ekonomske sposobnosti za izvršenje ugovora. Uzimajući u obzir činjenicu da će javni naručitelj biti odgovoran za posljedice svojih mogućih pogrešnih odluka, javni naručitelji također bi trebali biti slobodni razmotriti slučaj postojanja teškog poslovnog prekršaja, u kojem, prije donošenja konačne i obvezujuće odluke o postojanju obvezujućih osnova za isključenje, mogu na bilo koji način dokazati da je gospodarski subjekt prekršio svoje obveze, uključujući obveze vezane uz plaćanje

poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje, osim ako je drugačije predviđeno nacionalnim pravom. Također bi trebali biti u mogućnosti isključiti natjecatelje ili ponuditelje čija je izvedba u prethodnim javnim ugovorima imala velike nedostatke vezane uz bitne zahtjeve, primjerice, ako natjecatelji ili ponuditelji nisu izvršili isporuku ili svoje obveze, ako su isporučeni proizvod ili pružena usluga imali znatne nedostatke zbog kojih su bili neiskoristivi za potrebe kojima su namijenjeni ili ako su se natjecatelji ili ponuditelji ponašali na neprimjeren način koji dovodi u pitanje pouzdanost gospodarskog subjekta. U nacionalnom pravu trebalo bi predvidjeti maksimalno trajanje takvog isključenja. Pri primjeni fakultativnih osnova za isključenje, javni naručitelji bi trebali posvetiti osobitu pozornost načelu proporcionalnosti. Manje nepravilnosti bi samo u iznimnim okolnostima trebale dovesti do isključenja gospodarskog subjekta. Ipak, ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost gospodarskog subjekta koja može opravdati njegovo isključenje“.

Dakle, iz navedenog stava Visokog upravnog suda, koji se naslanja na mjerodavnu Direktivu, proizlazi da pri ocjeni odlučnih činjenica na osnovu kojih ocjenjuje jesu li se ostvarile osnove za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 3. ZJN 2016 (teški profesionalni propust), naručitelj mora uzeti u obzir je li počinjenje prekršaja iz područja zaštite tržišnog natjecanja od strane jednog člana odbrane zajednice, u tolikoj mjeri narušava odnos povjerenja između njega i odabrane zajednice da ga naručitelj može kvalificirati kao teški profesionalni propust ili teški poslovni prekršaj (prema nominaciji iz ESPD obrasca) u poslovanju odabrane zajednice, a poglavito stoga jer se radi o fakultativnoj osnovi za isključenje ponuditelja. Osim toga, prije odluke o isključenju odabrane zajednice iz postupka nabave, kao krajnje i najstrože mjere zbog koje zajednica apsolutno gubi mogućnost sklapanja ugovora, naručitelj je morao omogućiti odabranoj zajednici dostavljanje dokaza o poduzetim mjerama samokorigiranja sukladno članku 255. ZJN 2016, na način da dostavi dokaze o mjerama koje je poduzela kako bi dokazala svoju pouzdanost, bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje, a što je u predmetnom postupku naručitelj i učinio. Iz spisa predmeta evidentno je, a što žalitelj ne osporava, da je naručitelj odabranoj zajednici pružio mogućnost dostave dokaza o mjerama koje je poduzela kako bi dokazala svoju pouzdanost, a koje je dokaze prema Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda naručitelj prihvatio (detaljnije uz sljedeći žalbeni navod) i utvrdio da ne postoje ostale osnove za isključenje iz točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (teški profesionalni propust). Slijedom svega navedenog, žalbeni navodi ocjenjeni su neosnovanima.

Neosnovano se žalitelj poziva na pravna stajališta Državne komisije iznesena u Rješenju KLASA:UP/II-034-02/19-01/753, od 11. rujna 2019., jer se, suprotno tvrdnjama žalitelja, ne radi o „činjenično istovjetnoj situaciji“. Naime, u tom postupku odabrani ponuditelj u ESPD obrascu nije naveo postojanje odluke o utvrđenom profesionalnom propustu, a koja odluka je postala pravomoćna i izvršna prije podnošenja ponude u tom postupku javne nabave, što ovdje nije slučaj.

Nastavno za prethodni navod, žalitelj u žalbi navodi da je naručitelj u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda vezano za provedene mjere samokorigiranja člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija naveo sljedeće: „Naručitelj je prihvatio obrazloženje ponuditelja o poduzetim korektivnim mjerama te je sukladno ZJN 2016 članka 251. stavka 1. i članka 255. stavak 1. ZJN 2016 utvrdio da ponuditelj nije u razlozima isključenja te da zbog poduzetih mjera samokorekcije nema primjene ostalih razloga za isključenje iz točke 3.3.c. Ostale osnove za isključenje.“ Žalitelj prvenstveno

ističe kako odabrana zajednica nije objasnila je li novčana kazna plaćena te ukoliko nije kada će biti plaćena te odakle će se alocirati potrebna sredstva za podmirenje kazne. Nadalje, navodi da je odabrana zajednica u svojem očitovanju priznala počinjenje povreda, da je surađivala s pravosudnim tijelima Republike Austrije te da je cijeli koncern nakon utvrđenih povreda uveo novi sustav monitoringa koji omogućava poštivanje vanjskih i unutarnjih pravila. Također navodi da je odabrana zajednica u tome očitovanju navela da je svoj sustav upravljanja podvrgnula ispitivanju od strane društva Austrian Standards plus GmbH, koje je potvrdilo da član Strabag AG, Austrija ima učinkovit sustav upravljanja u pogledu rizičnog područja kartelnog prava i da je naručitelju priložio Certifikat o sukladnosti izdan od Austrian Standards plus GmbH. Žalitelj navodi kako u pogledu navedenog iznosi sljedeću nelogičnost: društvo Austrian Standards plus GmbH u svojim Općim uvjetima poslovanja navodi da nudi certificiranje po tri međunarodno priznata standarda, a to su: ISO 196000:2014, ONR 192050:2013 te ISO 37001:2016. Uvidom u Certifikat sukladnosti dostavljen naručitelju vidljivo je, tvrdi žalitelj, da je član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija certificiran u pogledu prva dva standarda, dok je treći izostavljen (prilaže Opće uvjete društva Austrian Standards plus GmbH).

Žalitelj smatra da je naručitelj obrazloženjem u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda postupio nezakonito i protivno odredbi članka 255. stavka 3. ZJN 2016 kojom je popisano da se mjere koje je poduzeo gospodarski subjekt ocjenjuju uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti kaznenog djela ili propusta te da je naručitelj obavezan obrazložiti razloge prihvatanja ili neprihvatanja mjera. Također ukazuje da je i Državna komisija u Rješenju Klasa: UP/II-034-02-21-01/648, od 25. kolovoza 2021., zauzela stav „kako je na svakome naručitelju da u svakom pojedinom slučaju ocjenjuje jesu li poduzete mjere primjerene odnosno takve prirode da je njima gospodarski subjekt dokazao svoju pouzdanost te je naručitelj dužan obrazložiti razloge njihovog (ne)prihvatanja“. Iz predmetnog Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda vidljivo je, smatra žalitelj, da naručitelj nije napravio vlastitu ocjenu je li svaka mjera poduzeta u svrhu samokorigiranja navedena u očitovanju odabrane zajednice zadovoljavajuća, već je samo naveo da je „prihvatio obrazloženje“ i „utvrdio“ da ponuditelj nije u razlozima isključenja.

Naručitelj u odgovoru na žalbu smatra neosnovanim navod žalitelja da nije ocijenio poduzete mjere samokorigiranja sukladno odredbama ZJN 2016. Opisuje da je odabrana zajednica, postupajući po zahtjevu, u dopisu od 15. listopada 2021. navela niz mjera i aktivnosti poduzetih u smjeru sprječavanja budućih nedozvoljenih postupanja (mjere samokorigiranja). Naručitelj dalje navodi da je iz dostavljenih dokaza od strane odabrane zajednice uzeo u obzir sljedeće činjenice: - iz priopćenja Savezne agencije od 14. srpnja 2021. razvidno je da je član Strabag AG, Austrija u potpunosti i kontinuirano surađivao s nadležnim tijelima, implementirao novi sustav usklađenosti i novi sustav nadzora u cilju sprečavanja novih kršenja pravila tržišnog natjecanja, priznao krivnju te zatražio smanjenje kazne; te da je u svojim pojašnjenjima i nadopunama pojašnjenja odabrana zajednica detaljno navela korektivne mjere i priložila dokumente koji potvrđuju njihovo provođenje. Nastavlja da je slijedom svega navedenog prihvatio navedene korektivne mjere jer je odabrana zajednica u smislu ZJN 2016 zadovoljila zakonske uvjete koji propisuju poduzimanje korektivnih mjera, konkretno članak 255. stavka 2. ZJN 2016. Naručitelj navodi dalje da poduzimanje mjera iz člana 255. stavka 1. ZJN 2016 gospodarski subjekt dokazuje: 1. plaćanjem naknade štete ili poduzimanjem drugih odgovarajućih mjera u cilju plaćanja naknade štete prouzročene kaznenim djelom ili propustom, koji uvjet je ovdje zadovoljen; 2.

aktivnom suradnjom s nadležnim istražnim tijelima radi potpunog razjašnjenja činjenica i okolnosti u vezi s kaznenim djelom ili propustom, koji uvjet je ovdje također zadovoljen te 3. odgovarajućim tehničkim, organizacijskim i kadrovskim mjerama radi sprječavanja daljnjih kaznenih djela ili propusta, koji uvjet je također zadovoljen. Smatra da je prihvaćanje mjera obrazložio i postupio sukladno članku 255. stavku 3. i 4. ZJN 2016.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju u žalbenom postupku navodi da je u svrhu dokazivanja poduzetih mjera samokorigiranja, po pozivu naručitelja, dostavila sve relevantne dokaze i obrazložila sve mjere koje je poduzela. Dalje navodi da plaćanje izrečene kazne nije bilo moguće prije nego je nadležno tijelo dostavilo poziv na plaćanje, što je onda učinjeno 11. studenog 2021., znači gotovo mjesec nakon pojašnjenja koje je dostavljeno naručitelju 15. listopada 2021., a o čemu dostavlja Potvrdu o izvršenoj uplati (prilaže Potvrdu o izvršenom plaćanju izrečene kazne). U odnosu na navode o dostavljenim Certifikatima i „izostavljenom“ normativnom standardu ISO 37001:2016, odabrana zajednica navodi da u prilogu dostavlja „navodno izostavljeni certifikat“ koji potvrđuje da je član Strabag AG, Austrija implementirao učinkovit sustav upravljanja u području rizika u vezi s kartelnim pravom.

Ispitujući žalbeni navod izvršen je uvid u dokazni materijal žalbenog spisa kojim je utvrđeno da je žalitelj u žalbi vjerno prenio činjenično stanje, a zbog pravilnog i potpunog utvrđenja činjeničnog stanja neke se činjenice dodatno ističu.

Uvidom u EOJN RH utvrđeno je da je naručitelj odabranoj zajednici 6. listopada 2021., na temelju članka 293. ZJN 2016, uputio Zahtjev za dopunom / razjašnjenjem / dostavom nužne informacije u kojoj navodi da je Odlukom Saveze agencije od 14. srpnja 2021. član zajednice Strabag AG, Austrija kažnjen radi povrede tržišnog natjecanja i da, s obzirom da je odluka pravomoćna, moli dostaviti dokaze o poduzetim korektivnim mjerama u odnosu na razloge isključenja iz članka 57. stavka 1. točke a) do f) Direktive 2014/24/EU, odnosno sukladno članku 251. stavku 1. ZJN 2016, a sukladno članku 255. stavku 1. ZJN 2016 i primjerice navodi što dokazi mogu uključivati. Tako navodi da dokazi o korektivnim mjerama mogu uključivati npr. plaćanje naknade štete, dokaze o aktivnoj suradnji s nadležnim istražnim tijelima, poduzete odgovarajuće tehničke, organizacijske i kadrovske mjere i sl.

Nadalje je utvrđeno da je odabrana zajednica 15. listopada 2021. naručitelju dostavila iscrpno objašnjenje, u bitnom: da je podnijet zahtjev od strane Savezne agencije prema Kartelnom sudu za izricanjem novčane kazne; da su izvršene organizacijske i kadrovske promjene na način da su osobe obuhvaćene istragom sankcionirane; da je koncern Strabag SE od početka usko surađivao s upravnim tijelima koja su provodila istragu; da je Strabag AG, Austrija priznao krivnju te podnio prijedlog za sklapanje nagodbe; da mu je kazna u konačnici umanjena na 45,37 milijuna EUR; da je u koncern uveden novi sustav monitoringa; da je uvedena kontinuirana edukacija zaposlenika na temu antikorupcije; da je Strabag AG, Austrija 2019. uveo sustav upravljanja usklađenošću prema ISO/IEC 17021 u pogledu rizičnog kartelnog prava (dostavlja Certifikat) te da je Strabag AG, Austrija svoj sustav upravljanja podvrgao dodatnom eksternom ispitivanju. Odabrana zajednica je svojem očitovanju naručitelju priložila: Certifikat o sukladnosti da je implementiran sustav upravljanja iz područja kartelnog prava sukladno ISO 19600:2014-12-15, od 15. srpnja 2019.; Potvrdu Centralnog državnog odvjetništva od 1. listopada 2021.; Izjavu o nekažnjavanju od 30. srpnja 2021.; Popis osoba i njihovog državljanstva te Izvadak iz sudskog registra.

Uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj konstatirao da je nakon otvaranja ponuda došlo do nove okolnosti, odnosno da je tijekom predmetnog postupka javne nabave saznao da je odlukom Savezne agencije od 14. srpnja 2021., član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija kažnjen radi povrede tržišnog natjecanja (udruživanje u kartel), da je stoga u sklopu Zahtjeva za pojašnjenjem/nadopunom od 6. listopada 2021. i od 26. listopada 2021. zatražio dokaze o: a) poduzetim korektivnim mjerama i b) dokazima o nekažnjavanju za člana zajednice Strabag AG, Austrija - za pravnu osobu (gospodarski subjekt), kao i za sve osobe koje su članovi upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili imaju ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora; da je odabrana zajednica tražene dokumente i dokaze dostavila 15. listopada 2021. i 2. studenog 2021. u vidu:

1. informacije o poduzetim korektivnim mjerama koje se sastoje od sljedećega:

- radi sprječavanja daljnjih kaznenih djela ili propusta, izvršene su organizacijske i kadrovske promjene na način da su osobe koje su bile obuhvaćene istragom odgovarajuće sankcionirane

- uveden je Business Compliance model društva Strabag koji se sadržajno oslanja na „Kodeks ponašanja“, „Priručnik upravljanja“, „Naputke o usklađenosti poslovanja“, „Naputke o usklađenosti poslovanja za poslovne partnere“ te na odgovarajuću compliance strukturu osoblja, a koja se sastoji od Business Compliance koordinatora na razini koncerna, regionalnih ovlaštenika za business compliance, internih pravobranitelja i eksternog pravobranitelja,

- kontinuirano se obavljaju ciljane edukacije zaposlenika i managementa u pogledu ispravnog poslovnog ponašanja,

- društvo Strabag AG, Austrija je 2019. svoj sustav upravljanja podvrgnulo ispitivanju od strane Austrian Standards plus GmbH (služba za certificiranje prema ISO/IEC 17021) kojim je potvrđeno da Strabag AG, Austrija ima uveden učinkovit sustav upravljanja u pogledu rizičnog područja kartelnog prava,

- slučaj kartela u Austriji je društvu Strabag AG poslužio kao povod da svoj sustav upravljanja usklađenošću podvrgne dodatnom eksternom ispitivanju. Nakon certificiranja sustav upravljanja usklađen je u ljeto 2020. od strane Austrian Standards, a društvo Strabag AG je na vlastitu inicijativu dodatno uspostavilo eksterni monitoring usklađenosti.

Naručitelj je u nastavku Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda konstatirao da su dostavljeni dokazi: Certifikat o sukladnosti; Potvrda Centralnog državnog odvjetništva; Izjava o nekažnjavanju; Popis i državljanstvo svih osoba koje su član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili ima ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskih subjekata za Strabag AG; Potvrda o nekažnjavanju za sve osobe iz sudskog registra; Izvadak iz sudskog registra. Naručitelj je nadalje konstatirao da je prihvatio obrazloženje ponuditelja o poduzetim korektivnim mjerama te je sukladno ZJN 2016 članku 251. stavku 1. i članku 255. stavku 1. ZJN 2016 utvrdio da odabrana zajednica nije u razlozima isključenja te da zbog poduzetih mjera samokorekcije nema primjene ostalih razloga za isključenje iz točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (teški profesionalni propust).

U Rješenju je već prethodno navedeno da je odabrana zajednica uz svoje očitovanje Državnoj komisiji u žalbenom postupku dostavila: Potvrdu Glavnog državnog odvjetništva od 4. siječnja 2022.; ispis priopćenja koncerna Strabag SE od 21. listopada 2021.; Izjava odvjetnice da je istraga u kaznenom postupku još u tijeku; Potvrdu o plaćanju u ime društva Strabag AG, Austrija za račun Višeg pokrajinskog suda u Beču (izvršena 11. studenog 2021.); Certifikat društva Austrian Standards plus

GmbH izdan Strabag AG, Austrija da je implementirao sustav upravljanja za suzbijanje podmićivanja prema ISO 37001:2016-10-15, izdan 27. rujna 2021.

Za ocjenu žalbenih navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 254. stavka 1., članka 255., članka 280. stavka 4., članka 290. stavka 1., članka 301. stavaka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 19. stavka 1. te odredbe članka 20. Pravilnika.

Primjenom mjerodavnog prava na utvrđeno činjenično stanje, Državna komisija je u žalbenom postupku utvrdila da je žalbeni navod neosnovan. Već je u obrazloženju prethodnog žalbenog navoda ukazano na to da je *ratio* uvodne izjave br. 101, sadržane u Preambuli Direktive 2014/24/EU da se naručitelju daje mogućnost isključenja gospodarskog subjekta koji je dokazano nepouzdan, odnosno čiji je integritet doveden u pitanje, jer će u konačnici javni naručitelj biti taj koji je odgovoran za posljedice svojih mogućih pogrešnih odluka, pa slijedom toga naručitelj ima pravo i na diskrecijsku ocjenu poduzetih mjera samokorigiranja, odnosno jesu li poduzete mjere, prema njegovom sudu u konkretnim okolnostima, primjerene kako bi ocijenio pouzdanost gospodarskog subjekta za izvršenje konkretnog ugovora, naravno uz vođenje računa o načelu proporcionalnosti.

Iz spisa predmeta je razvidno da je naručitelj svoju ocjenu nepostojanja pravne osnove iz točke 3.3.c. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (teški profesionalni propust) u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda obrazložio u dovoljnoj mjeri da je ta ocjena podobna za ispitivanje u žalbenom postupku. Prama ocjeni Državne komisije, žalitelj nije upravu kada naručitelju stavlja na teret da je morao u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda napraviti ocjenu svake radnje zasebno koju je odabrana zajednica poduzela u svrhu mjera samokorigiranja i ocijeniti je li svaka mjera zasebno dovoljna da se ispravi „pogreška“ koju je član odabrane zajednice počinio, jer takva obveza ne proizlazi niti jedne odredbe citiranih izvora mjerodavnog prava.

Žalitelj nadalje dovodi u pitanje adekvatnost i učinkovitost mjera samokorigiranja koje je odabrana zajednica navela i naručitelju dostavila dokaze za njih. Tako u prvom redu tvrdi da odabrana zajednica nije ponudila objašnjenje je li novčana kazna plaćena i kada će biti plaćena te odakle će se alocirati sredstva za podmirenje kazne. Iz spisa predmeta razvidno je da je odabrana zajednica, u trenutku objašnjavanja poduzetnih mjera samokorekcije, u kom trenutku još ni odluka Kartelnog suda nije donesena, nije imao mogućnost platiti novčanu kaznu koja još nije izrečena. Inače bitno je za skrenuti pozornost da okolnost odakle će se alocirati sredstva za plaćanje naknade štete ili izrečene kazne nije relevantno za ocjenu učinkovitosti i adekvatnosti mjera samokorigiranja. Iz očitovanja odabrane zajednice i dokaza dostavljenih u žalbenom postupku evidentno je da je novčana kazna od 45.370.008,00 EUR uplaćena od strane Strabag BRVZ GMBH, u ime Strabag AG, na račun Višeg pokrajinskog suda u Beču 11. studenog 2021., tako da i taj argument žalitelja otpada kao neosnovan.

Žalitelj dalje tvrdi da se nadogradnja sustava monitoringa ne može okarakterizirati kao „pozitivan smjer kretanja društva kojim bi potvrdilo svoju pouzdanost i ne predstavlja novost u poslovanju zbog koje bi se gospodarski subjekt ekskulpirao“, međutim za svoju tvrdnju ne daje uvjerljive argumente niti dostavlja kakve dokaze koji bi mu išli u prilog, no osim toga, podsjećamo da je ocjena poduzetnih mjera samokorekcije diskrecijska ocjena naručitelja pa ako je predmetnog naručitelja nadogradnja sustava monitoringa uvjerila, pored ostalih mjera, u pouzdanost odabrane zajednice, možda kod nekog drugog naručitelja u nekom drugom postupku nabave takva nadogradnja monitoringa ne bi doprinijela povećanju pouzdanosti ponuditelja.

Žalitelj također tvrdi da je odabrana zajednica naručitelju dostavila Certifikat o sukladnosti, koji ne potvrđuje da ima implementiran učinkovit sustav upravljanja antikorupcijom sukladno standardu ISO 37000:2016. U vezi s tim potrebno je skrenuti pozornost da je odabrana zajednica naručitelju već 15. listopada 2021. u prvom odgovoru vezano za poduzete mjere samokorekcije dostavila Certifikat izdan od Austrian Standards plus GmbH, koji potvrđuje da je Strabag AG, Austrija implementirao učinkovit sustav upravljanja koji ispunjava zahtjeve ISO 19600:2014-12-152, za područje rizika kartelno pravo, izdan 15. srpnja 2019. i rokom valjanosti do 15. srpnja 2022. Točno je, dakle, da dostavljeni Certifikat ne dokazuje sustav upravljanja sukladno standardu ISO 37001:2016, no taj standard ničim nije uvjetovan niti zadan kao relevantan, budući da je točkom 3.3. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (ostale osnove za isključenje) naručitelj propisao da ponuditelji mjere samokorekcije dokazuju, između ostalog, odgovarajućim tehničkim, organizacijskim i kadrovskim mjerama radi sprečavanja daljnjih kaznenih djela ili propusta, a isti izričaj ponavlja i naručitelj u Zahtjevu od 6. listopada 2021. Pored toga, bitno je za istaknuti da je odabrana zajednica uz očitovanje u žalbenom postupku dostavila Certifikat izdan od Austrian Standards plus GmbH, koji potvrđuje da je Strabag AG, Austrija implementirao učinkovit sustav upravljanja za suzbijanje podmićivanja koji ispunjava zahtjeve ISO 37001:2016-10-15, izdan 27. srpnja 2021. i rokom valjanosti do 31. kolovoza 2023.

Slijedom navedenog, Državna komisija prihvaća argumentaciju naručitelja iznesenu u odgovoru na žalbu, budući da je naručitelj jasno obrazložio na temelju kojih činjenica i okolnosti je ocijenio poduzete mjere samokorigiranja koje je poduzela odabrana zajednica, a to su: da izrečena novčana kazna plaćena; da je član zajednice Strabag AG, Austrija aktivno surađivao s nadležnim tijelima za vrijeme postupka te da je taj član implementirao mjere kojima je cilj sprečavanje daljnjeg nedozvoljenog ponašanja. Slijedom svega navedenog, primjenom mjerodavnog prava na utvrđeno činjenično stanje te brižljivom i savjesnom ocjenom svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, Državna komisija je u žalbenom postupku utvrdila da nema osnove za zaključak da je naručitelj u konkretnom slučaju povrijedio odredbu članka 255. stavka 3. ZJN 2016, odnosno da poduzete mjere samokorigiranja koje je odabrana zajednica poduzela nije zakonito ocijenio i obrazložio pa je slijedom navedenog žalbeni navod ocijenjen neosnovanim. Osim toga, naručitelj nije postupio niti protivno pravnom shvaćanju iznesenom u Rješenju KLASA: UP/-034-02/21-01/648 budući da je naručitelj obrazložio razloge prihvaćanja poduzetih mjera samokorigiranja koje je odabrana zajednica u konkretnom slučaju poduzela.

Žalitelj na kraju navodi da u postupku javne nabave postoji pretpostavka da svaki ponuditelj izrađuje ponudu bez da raspolaže informacijama koliki je iznos ponude drugih ponuditelja te da na temelju objektivnih kriterija, kao što su cijena materijala i cijena rada te zakonodavnih okvira, izradi ponudu s izračunom cijena koje su objektivno točne i tržišno moguće. Žalitelj dalje navodi da razlika u cijeni između njegove i odabrane ponude iznosi 0.64 boda, odnosno 12.228.357,28 HRK, dok razlika između cijene odabrane ponude i treće najpovoljnije ponude iznosi 2.00 boda, odnosno 38.856.858,48 HRK. Navedeno, nastavlja žalitelj, u svemu korespondira s pretpostavkom o izradi cijene ponude, pa bi se shodno tome moglo očekivati da su cijene za pojedine stavke koje se odnose na objektivne okolnosti slične ili da odstupaju u manjoj mjeri jer se radi o objektivnom elementu tržišnih cijena materijala i cijene

radova koji se na jednak način izvršavaju od strane svakog ponuditelja i nisu predmet disponiranja u izradi ponude.

Međutim, nastavlja dalje žalitelj, detaljno analizirajući dostavljene ponude kao i odabranu ponudu može se jasno utvrditi enormna diskrepancija u pojedinim stavkama Troškovnika. Tvrdi da je odabrana zajednica u pojedinim stavkama Troškovnika, koje je detaljno naveo u Tablici koju prilaže žalbi, ponudila neuobičajeno niske cijene, što dovodi u sumnju mogućnost izvršenja navedenih radova, odnosno stvara objektivnu prepreku izvršenja radova (u prilogu dostavlja Tablicu analiziranih stavki). Žalitelj smatra da je navedenim stavkama odabrana zajednica ostvarila neosnovanu prednost u odnosu na prosječnu cijenu ostalih prihvaćenih ponuditelja u vrijednosti od 120.188.046,45 HRK, a u odnosu na njega u vrijednosti od 111.201.272,54 HRK. Žalitelj je stava da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda bio obavezan, a osobito iz dodatnog razloga što je projekt sufinanciran fondom Europske unije, obratiti pozornost na navedene propuste odabrane zajednice i odabranu ponudu odbiti.

U nastavku žalitelj daje analizu 9 stavaka Troškovnika. Primjerice, navodi kako je odabrana zajednica ponudila neuobičajeno nisku cijenu na Etapi 10 stavka 1.1.1.1. točka 10. i Etapi 11 stavka 4.1.1.1. točka 11. (Polaganje novog kolosijeka tipa 60E1 na novim betonskim pragovima) u iznosu od 138,48 kn/m; da su ostali ponuditelji prosječno ponudili cijenu u iznosu od 483,19 kn/m što je 348,92% više u odnosu na cijenu odabrane ponude; a da je on ponudio cijenu od 491.52 kn/m što u odnosu na prosječnu cijenu čini neznatno odstupanje. Budući da se radi o fizičkom poslu, nastavlja žalitelj, navedena cijena odnosi se na cijenu radnika pa je shodno tome naručitelj morao od odabrane zajednice tražiti objašnjenje cijene, a odabrana zajednica je morala dokazati da postoji objektivna mogućnost da, unatoč odredbama nacionalnog zakonodavstva, opravda tako nisku cijenu.

Nadalje, žalitelj navodi da je odabrana zajednica ponudila neuobičajeno nisku cijenu na Etapi 10 stavka 1.1.1.1. točka 14. i Etapi 11 stavka 4.1.1.1. točka 15. (Zavarivanje tračnica tip 60E1 u dugi trak tračnica) u iznosu od 10,41 kn/m; da su ostali ponuditelji prosječno ponudili cijenu u iznosu od 53,25 kn/m, što je 511,53 % više u odnosu na cijenu odabrane zajednice, a da je on ponudio cijenu od 71.16 kn/m.

Po istome ključu žalitelj u nastavku analizira i ostalih 7 stavaka Troškovnika, koje sve stavke se odnose na etapu 10 i etapu 11 - građevinske radove.

Žalitelj dalje navodi da naručitelj nije na jednak tretirao odabranu zajednicu i zajednicu gospodarskih subjekata China Railway Eryuan Engineering Group Co. Ltd. China Railway No. 4 Engineering Group Co. Ltd., od koje je tražio da sukladno članku 289. stavku 1. ZJN 2016, objasni pojedine stavke Troškovnika na način da je tražio da svaka stavka bude objašnjena na jasan i nedvojbjen način, a uvažavajući trajanje ugovora odnosno rok završetka izvođenja radova.

Zaključno navodi da je prihvaćanjem odabrane ponude naručitelj *de facto* pristao na to da se ugovoreni radovi neće biti izvedeni na vrijeme ili neće uopće biti izvedeni.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da je na temelju propisanog kriterija za odabir ponude odabrao ponudu koja je ostvarila najveći broj bodova, što žalitelj ne spori. Smatra da se žalitelj u žalbi upušta u paušalne analize i da se u slučaju odabrane ponude, sukladno svim parametrima, ne radi o neuobičajeno niskoj cijeni ponude. Također ukazuje na razliku između odabrane i žaliteljeve ponude koja je cca 12.000.000 HRK, odnosno da je odabrana ponuda u odnosu na žaliteljevu jeftinija samo 0,71%, čime je, smatra naručitelj, žalbeni navod još apsurdniji.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju citira i tumači odredbu članka 289. stavka 1. ZJN 2016 pa naglašava da je za postojanje naručiteljeve obveze da traži objašnjenje cijene odabrane ponude potrebna prethodna sumnja naručitelja da je ponuda izuzeto niska, što ovdje nije slučaj. Poziva se Presudu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske Poslovni broj UsII-71/19. Ističe da u konkretnom slučaju nisu ispunjene ni pretpostavke iz članka 22. stavka 1. Pravilnika. Također ukazuje na to da su ponuditelji imali diskrecijsko pravo formiranja cijena u svojoj ponudi, a da su navodi žalitelja paušalni i bez konkretnih dokaza.

Ispitujući žalbeni navod utvrđene su sljedeće činjenice.

Naručitelj je u točki 6.2. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi propisao da pouda mora sadržavati, između ostalog, popunjeni obrazac 17 - Analiza cijena (excel tablica, listovi 1-12), koji je obrazac je također objavio u sklopu Sveska I_Obrasci.

Uvidom u EOJN RH utvrđeno je da je 9. lipnja 2021. naručitelj zajednicu gospodarskih subjekata China Railway Eryuan Engineering Group Co. Ltd. China Railway No. 4 Engineering Group Co. Ltd., zatražio objašnjenje pojedinih stavaka Troškovnika u kojemu navodi da je „izvršio detaljnu analizu svih Troškovnika u dostavljenim ponudama uspoređujući jedinične cijene i tržišne vrijednosti istih, te je utvrdio da su pojedine ponuđene cijene u dostavljenom Troškovniku iz predmetne ponude značajno niže od ponuđenih cijena ostalih ponuditelja, što dovodi u sumnju mogućnost izvršenih radova koji su predmet ove nabave“. U nastavku daje analizu glavnih poglavlja Troškovnika i usporedbu cijena navedenih u ponudi navedene zajednice i u ostalim ponudama. U tome Zahtjevu naručitelj poziva navedenu zajednicu da objasni stavke Troškovnika, koje navodi u Tablici koja je priložena zahtjevu, na način da sve stavke budu objašnjene na jasan i nedvojben način s prikazom svih elemenata troškova koji čine ukupnu vrijednost ponuđene jedinične cijene (svi direktni i indirektni troškovi), a uvažavajući previđeno trajanje ugovora, odnosno rok završetka izvođenja radova. U prilogu opisanog Zahtjeva nalazi se Tablica stavaka i cijena koje treba objasniti.

Također je utvrđeno da je zajednica gospodarskih subjekata China Railway Eryuan Engineering Group Co. Ltd. China Railway No. 4 Engineering Group Co. Ltd., 6. srpnja 2021. naručitelju dostavila svoje objašnjenje.

Uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj, vezano za ponudu zajednice gospodarskih subjekata China Railway Eryuan Engineering Group Co. Ltd. China Railway No. 4 Engineering Group Co. Ltd., konstatira da je ponuda za 37,08% niža u odnosu na procijenjenu vrijednost predmeta nabave, za 24/98% niža od drugorangirane (žaliteljeve) te za 36,82% niža od prosjeka preostalih ponuda. Nadalje, naručitelj je konstatirao da je proveo detaljnu analizu; da je tražio objašnjenje cijene sukladno članku 289. stavku 1. ZJN 2016 po stavkama; da je potom analizirao odgovor zajednice gospodarskih subjekata po svakoj stavci; da nije prihvatio njegovo objašnjenje i da je u konačnici odbio ponudu zajednice jer nije dokazala da radove koji su predmet nabave može uspješno izvršiti po ponuđenim neuobičajeno niskim cijenama.

Za ocjenu ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 4. stavka 1., članka 289., članka 301., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredbe članka 22. Pravilnika.

Člankom 289. ZJN 2016 uređen je pravni institut izuzetno niske ponude. Tako je u stavku 1. toga članka propisano da je javni naručitelj obavezan zahtijevati od

gospodarskog subjekta da, u primjerenom roku ne kraćem od pet dana, objasni cijenu ili trošak naveden u ponudi ako se čini da je ponuda izuzetno niska u odnosu na radove, robu ili usluge.

Pravilnik je podzakonski akt donesen na temelju, između ostalih, članka 290. stavka 3. ZJN 2016 te se njime pobliže propisuju bitna pitanja u vezi s pregledom i ocjenom ponuda. Pravilnik u članku 22. uređuje pravni institut objašnjenja izuzetno niske ponude. Tako prema odredbi članka 22. stavka 1. Pravilnika naručitelj može od ponuditelja zahtijevati objašnjenje ponude ako su ispunjeni svi sljedeći uvjeti: 1. zaprimljene su najmanje tri valjane ponude, 2. cijena ili trošak ponude su više od 20% niži od cijene ili troška drugorangirane valjane ponude i 3. cijena ili trošak ponude su više od 50% niži od prosječne cijene ili troška preostalih valjanih ponuda. Prema odredbi stavka 2. istog članka, naručitelj može od ponuditelja zahtijevati objašnjenje ponude, ako se čini da je ona izuzetno niska i iz drugih razloga osim onih navedenih u stavku 1. tog članka.

Članak 289. ZJN 2016 je usklađen s člankom 69. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, a koji valja sagledati zajedno s uvodnom izjavom br.103, sadržanoj u uvodnoj izjavi Direktive gdje se navodi: "Ponude koje su izuzetno jeftine s obzirom na radove, robu ili usluge mogle bi biti utemeljene na tehnički, ekonomski ili pravno nevjerodostojnim pretpostavkama ili praksama. Ako ponuditelj ne može pružiti zadovoljavajuće objašnjenje, javni naručitelj trebao bi biti ovlašten odbiti ponudu. Odbijanje ponude trebalo bi biti obvezujuće u slučajevima u kojima je javni naručitelj ustanovio da izuzetno niska ponuđena cijena ili troškovi proizlaze iz nesukladnosti s obvezujućim pravom Unije ili nacionalnim pravom koje je usklađeno sa njime u području socijalnog prava, radnog prava ili prava okoliša ili s odredbama međunarodnog radnog prava".

Polazeći od članka 289. ZJN 2016 i članka 69. Direktive, a imajući na umu i uvodnu izjavu br. 103 iz Direktive, može se zaključiti da ZJN 2016, odnosno pravo Europske unije, nalaže naručitelju da zahtijeva od gospodarskog subjekta objašnjenje cijene samo u slučaju ako se čini da je ponuda izuzetno niska s obzirom na radove, robu ili usluge, pri čemu odredba članka 289. stavka 1. ZJN 2016 ne definira pojam izuzetno niske ponude niti kriterije na osnovu kojih bi naručitelj procijenio radi li se u konkretnom slučaju o izuzetno niskoj ponudi. Pravilnik u svom članku 22. stavku 1. propisuje uvjete/razloge u slučaju kumulativnog postojanja kojih naručitelj može od ponuditelja zahtijevati objašnjenje, međutim navedeni razlozi nisu zatvoren popis, nego naručitelj može sukladno stavku 2. toga članka, ako mu se i iz nekih drugih razloga čini da je cijena neke ponude izuzetno niska, zatražiti od ponuditelja objašnjenje cijene te ponude. Dakle, naručitelj je taj koji u odnosu na sve okolnosti konkretnog postupka nabave i konkretnu ponudu procjenjuje da li je cijena neke ponude izuzetno niska u odnosu na radove, robu ili usluge koji se nabavljaju te ako mu se čini da je istaknuta izuzetno niska cijena ponude, mora ponuditelja tražiti pojašnjenje cijene. Drugim riječima, diskrecijsko je pravo naručitelja da procjeni je li ukupna cijena ponude ili nekog njegovog dijela izuzetno niska ili ne. Pravilnost ovakvog pravnog shvaćanja je potvrđena u Presudi Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 7. ožujka 2019., Poslovni broj UsII-71/19.

Iz opisanog činjeničnog stanja predmetnog slučaja razvidno je da naručitelj od odabrana zajednice nije tražio objašnjenje izuzetno niske ponude (kako za ukupnu cijenu, tako ni za pojedine stavke). Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da predmetno objašnjenje nije tražio jer nije imao nikakvih sumnji u mogućnost odabrane zajednice da izvede radove koji su predmet nabave te da odabrana ponuda ni po kojem

kriteriju nije izuzetno niska. Žalitelj u žalbi dovodi u pitanje mogućnost izvođenja predmetnih radova, odnosno izvršenja kompletnog ugovora zbog, prema njegovom mišljenju, izuzetno niske cijene iskazane u 9 stavaka Troškovnika odabrane ponude, zanemarujući činjenicu da je njegova ponuda svega 0,71% niža u odnosu na odabranu ponudu pa ostaje od žalitelja neargumentirano kako bi ta razlika u 0,71% cijene ponude na niže doprinijela naručiteljevoj sigurnosti u mogućnost izvršenja ugovora, drugačije rečeno kako cijena žaliteljeve ponude ne stvara objektivu prepreku urednom izvršenju radova, a cijena odabrane ponude stvara. Slijedom navedenog, žalbeni navod da je naručitelj počinio propust u postupku pregleda i ocjene ponuda kada odabranu zajednicu nije tražio objašnjenje izuzetno niske ponude prema članku 289. stavku 1. ZJN 2016, ocijenjen je neosnovanim.

U odnosu na žaliteljev prigovor o nejednakom tretmanu odabrane ponude i ponude zajednice gospodarskih subjekata China Railway Eryuan Engineering Group Co. Ltd. China Railway No. 4 Engineering Group Co. Ltd., Državna komisija ističe da povreda načela jednakog tretmana ponuditelja može postojati samo u slučaju kada se ponuditelji nalaze u usporedivim situacijama, što ovdje nije slučaj. Dakle, naručitelj je u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda precizno naveo odnos ukupne cijene ponude i ostalih ponuda u postupku iz kojega je uočljiva značajna razlika u ukupnoj cijeni ponude te zajednice (dakle, radi se o cijeni koja je za 37,08% niža od procijene vrijednosti nabave, za 24,98% niža od (žaliteljeve) drugorangirane ponude te za 36,82% niža od prosjeka preostalih predanih ponuda). U odnosu na cijenu ponude navedene zajednice ostvarena su dva od tri uvjeta koja propisuje članak 22. stavak 1. Pravilnika, a mogu poslužiti naručiteljima kao orijentir kada mogu zahtijevati objašnjenje cijene ponude. Žalitelj smatra da je naručitelj, na način kako je zajednicu gospodarskih subjekata tražio objašnjenje pojedinih stavaka Troškovnika, isto morao tražiti i od odabrane zajednice, međutim Državna komisija, uvažavajući sve okolnosti konkretnog slučaja, prije svega ukupnu cijenu odabrane ponude, ukupnu žaliteljeve ponude kao drugorangirane te ukupnu cijenu ponude zajednice gospodarskih subjekata China Railway Eryuan Engineering Group Co. Ltd. China Railway No. 4 Engineering Group Co. Ltd., žalbeni navod cijeni neosnovanim. Naime, cijena ponude je rezultat poslovne politike ponuditelja, a životno je i logično da ponuditelj pri kalkulaciji cijena ulazi u rizik da ne ostvari profit u baš svakom segmentu pojedinog ugovora, odnosno okolnost da cijena po kojoj ponuditelj nudi određenu stavku Troškovnika eventualno ne pokriva troškove te iste stavke ne znači sama po sebi da ponuditelj neće moći izvršiti ugovor po ponuđenoj cijeni. Slijedom navedenog, žalbeni navod koji se tiče nejednakog tretmana odabrane zajednice i zajednice China Railway Eryuan Engineering Group Co. Ltd. China Railway No. 4 Engineering Group Co. Ltd. u postupku pregleda i ocjene ponude a vezano za pravni institut izuzetno niske ponude ocijenjen je neosnovanim.

Postupajući po službenoj dužnosti temeljem članka 404. stavka 1. ZJN 2016, a u odnosu na osobito bitne povrede iz članka 404. stavka 2. toga Zakona, nisu utvrđene osobito bitne povrede postupka.

Slijedom navedenog, na temelju odredbe članka 425. stavka 1. točke 4. ZJN 2016, a iz prethodno navedenih razloga poništava se Odluka o odabiru, kako je i odlučeno u točki 1. izreke ovog Rješenja te se predmet vraća naručitelju na ponovno postupanje.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 225.000,00 kuna, koji iznos se odnosi na trošak naknade za pokretanje žalbenog postupka pred Državnom komisijom u iznosu od 100.000,00 kuna, trošak sastava žalbe putem opunomoćenika u iznosu od 100.000,00 kuna te pripadajući PDV u iznosu od 25.000,00 kuna.

Za ocjenu osnovanosti predmetnog zahtjeva mjerodavno pravo čine odredbe članka 431. stavka 2. i 3. ZJN 2016 te članka 3. stavka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave.

Kako je žalba osnovana, sukladno odredbi članka 431. stavak 3. ZJN 2016, osnovan je i žaliteljev zahtjev za naknadu troškova žalbenog postupka u iznosu od 100.781,25 kuna, koji opravdani troškovi se sastoje od uplaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka i naknade troška odvjetnika za sastav žalbe u iznosu od 781,25 kuna, sukladno Tbr. 20. t. 1. i Tbr. 22. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika (Narodne novine, broj 142/12, 103/14, 118/14 i 107/15) sa PDV-om. U preostalom dijelu zahtjev žalitelja ocijenjen je neosnovanim. Slijedom navedenog, odlučeno kao u točki 2. izreke ovog Rješenja.

Naručitelj je sukladno odredbi članka 425. stavka 6. ZJN 2016 obavezan 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 ovoga 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 Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske neposredno u pisanom obliku, usmeno na zapisnik ili se šalje poštom, odnosno dostavlja u elektroničkom obliku putem informacijskog sustava.

Stranke žalbenog postupka:

1. Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.,
Horasan Sok., No. 14, G.O.P. 06700
Ankara, Republika Turska
2. HŽ Infrastruktura d.o.o.,
Zagreb, Mihanovićeve 12
3. Zajednica gospodarskih subjekata
Strabag AG, Orertenburgerstrasse 27,
Spittal na der Drau, Republika Austrija,
Strabag d.o.o.,
Zagreb, Ulica Petra Hektorovića 2 i
Strabag Rail a.s.,
Železničarska 138/29, Sterkov
Usti nad Labem, Češka Republika

