



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

KLASA: UP/II-034-02/22-01/569

URBROJ: 354-02/5-22-11

Zagreb, 28. rujna 2022.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članica Nelice Vidić, zamjenice predsjednice te Alice Brandt i Danijele Antolković, članica, u žalbenom postupku pokrenutom po žalbi žalitelja Forscope a.s. Brno, Češka Republika, OIB: CZ04885414, zastupan po opunomoćeniku Maksu Skendžiću, odvjetniku iz Zagreba, u odnosu na sadržaj dokumentacije o nabavi u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2022/S 0F2-0030880, predmet nabave: nabava Microsoft produkata za centralne servere, naručitelja Hrvatska lutrija d.o.o., Zagreb, OIB: 27905228158, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13, 74/14, 98/20 i 41/21) i članka 398. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16, dalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Žalba žalitelja Forscope a.s. Brno, Češka Republika odbija se kao neosnovana.
2. Zahtjev žalitelja Forscope a.s. Brno, Češka Republika za naknadom troškova žalbenog postupka odbija se kao neosnovan.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj Hrvatska lutrija d.o.o., Zagreb objavio je 1. kolovoza 2022. godine 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: 2022/S 0F2-0030880, predmet nabave: nabava Microsoft produkata za centralne servere. Kriterij odabira ponude je ekonomski najpovoljnija ponuda temeljem kriterija 1. cijene relativnog značaja 90%, odnosno 90 bodova te kriterija 2. rok isporuke relativnog značaja 10%, odnosno maksimalno 10 bodova.

U odnosu na sadržaj dokumentacije o nabavi žalbu je 11. kolovoza 2022.godine putem sustava e-Žalba Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio

žalitelj Forscope a.s. Brno, Češka Republika, zastupan po opunomoćeniku Maksu Skendžiću, odvjetniku iz Zagreba.

Žalitelj osporava zakonitost sadržaja dokumentacije o nabavi te predlaže poništiti dokumentaciju o nabavi u dijelu zahvaćenom nezakonitošću. Također traži naknadu troškova žalbenog postupka u iznosu od 5.000,00 kuna na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka.

Naručitelj u odgovoru na žalbu osporava osnovanost žalbenih navoda te predlaže odbiti žalbu kao neosnovanu.

Tijekom žalbenog postupka pred ovim tijelom izvedeni su dokazi pregledom i analizom dokaznog materijala koji se sastoji od obavijesti o nadmetanju, dokumentacije o nabavi objavljene u EOJN RH te ostalih dokaza.

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

Žalba nije osnovana.

Osporavajući zakonitost točke 4. i točke 13. dokumentacije o nabavi žalitelj navodi u bitnom kako se traženjem naručitelja da se jedino putem modela MPSA mogu nabaviti traženi produkti (Microsoftove licence za centralne servere), neopravdano isključuju svi gospodarski subjekti koji nude iste produkte i to iste kvalitete i kvantitete, ali bez mogućnosti nuđenja sklapanja Ugovora o Microsoftovim proizvodima i uslugama (MPSA). Navodi da je Model MPSA (Microsoft Products and Services Agreement - skraćeno eng. MPSA) Ugovor o Microsoftovim proizvodima i uslugama odnosno posebni uvjeti trgovačkog društva Microsoft pod kojima se nude usluge odnosno proizvodi samog Microsofta. Dakle, MPSA može ponuditi samo nekoliko ovlaštenih Microsoft partnera. Takav zahtjev isključuje bilo koji drugi kanal distribucije (novog ili korištenog odnosno rabljenog softvera). Žalitelj ističe kako mu je ovakvim odredbama dokumentacije o nabavi onemogućeno slobodno i na jednak način sudjelovati u predmetnom postupku iz razloga što žalitelj nudi potpuno jednake proizvode odnosno usluge (koji su u pravilu jeftiniji) s jednom razlikom - što su isti ranije „korišteni“ od strane drugih korisnika. Naime, budući da je riječ o softveru, a ne o hardveru (npr. zaslon računala i sl.), isti su sukladno pozitivnoj zakonskoj regulativi slobodni za „ponovno korištenje“. Dakle, žalitelj ne prodaje korišteni proizvod, nego pravo na korištenje određenog softvera i sam softver. Dalje navodi kako je njegov navedeni poslovni model potpuno legalan i priznat u cijeloj Europskoj uniji odnosno u Europskom gospodarskom prostoru (države članice EU-a i tri države EFTA-e (Island, Lihtenštajn i Norvešku) te da za prodaju i kupnju rabljenih softverskih proizvoda nije potrebno nikakvo službeno odobrenje proizvođača softvera unutar Europskog gospodarskog prostora. Zakonitost takvih radnji osigurana je odgovarajućim europskim pravnim aktima i to Direktivom 2009/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o pravnoj zaštiti računalnih programa i potvrđena Presudom Suda Europske unije (veliko vijeće), 3. srpnja 2012. UsedSoft GmbH protiv Oracle International Corp., predmet pod posl.br. C-128/11. Dalje ističe da je za ispunjavanje uvjeta za legalno stavljanje u promet rabljenog softvera potrebno pribaviti: Izjavu prvog kupca sa podacima koje navodi u nastavku

žalbenog navoda i Popis cijelog lanca vlasnika, zajedno s izjavom svih prethodnih vlasnika da su deinstalirali i odrekli se prava korištenja. Slijedom gore navedenog, žalitelj ističe kako je njegov način poslovanja strogo reguliran te isti na taj način dokazuje da posjeduje pravo na prodaju softvera odnosno u ovom konkretnom slučaju traženih Microsoft licenci potrebnih za centralne servere naručitelja sukladno predmetnom Troškovniku. Žalitelj također ističe kako budući da iz predmeta nabave ne proizlazi obveza da predmet ugovora u javnoj nabavi moraju biti „novi” proizvodi, predmet isporuke stoga mogu biti i "korištene" licence, za koje je iscrpljeno pravo distribucije unutar Europske unije. Iz navedenog nesporno proizlazi da su navedene odredbe DON-a suprotne članku 4., članku 206. i članku 210. ZJN 2016.

U odgovoru na žalbu naručitelj navodi da s Microsoftom dugi niz godina ima već potpisan MPSA ugovor (Ugovor o proizvodima i uslugama Microsofta) koji je svojevremeno od samog Microsofta preporučan kao model kupnje. Po tome modelu naručitelj već dugi niz godina i kupuje Microsoft proizvode, a svaka kupnja doprinosi s određenim brojem bodova za koje ostvaruje beneficije kod Microsofta te iz tog razloga ovim postupkom nabave želi nabaviti nove, nekorisćene licence. Od strane Microsofta je u razdoblju prosinac 2021. - travanj 2022. izvršena provjera usklađenosti proizvoda koje naručitelj koristi temeljem MPSA ugovora budući da isti propisuje uvjete glede nabavljenih licenci. Budući da je provjera usklađenosti utvrdila određene nesukladnosti naručitelj ističe da je u obvezi nabaviti određene nedostajuće licence i to upravo licence koje su predmet ove nabave po preporučenom MPSA modelu od strane Microsofta. Kao rezultat poslovne odluke naručitelj ovim postupkom nabave nabavlja nove a ne rabljene nedostajuće licence upravo po MPSA modelu, čime će i sve novokupljene Microsoft licence biti vidljive i dostupne na jedinstvenom portalu s korisničkim stranicama kojeg već koristi. Putem tog web portala, Naručitelj ostvaruje pogodnost uniformnog uvida u svoje korisničke stranice s pregledom svih dosadašnjih kupnji, verzija produkata, broja licenci, prava na preuzimanje produkata i pripadajućih softverskih ključeva. Smatra da je omogućio tržišno natjecanje za sve gospodarske subjekte koji mogu ponuditi MPSA model kupnje. Svaki gospodarski subjekt koji je ovlašten partner Microsofta (naručitelj ističe da na tržištu ima više takvih gospodarskih subjekata) ima mogućnost sudjelovanja u postupku nabave uz uvjet dokazivanja takvog ovlaštenja. Nadalje, Naručitelj smatra kako za kupnju Microsoft licenci putem MPSA modela (Microsoft Products and Services Agreement) ne postoji jednakovrijedan model kupnje te iz tog razloga nije propisao jednakovrijednost u dokumentaciji o nabavi.

Ocjenjujući osnovanost ovih žalbenih navoda, izvršen je uvid u dokumentaciju o nabavi, pa je utvrđeno da je točkom 4. Opis predmeta nabave propisano da je predmet nabave nabava Microsoft produkata za centralne servere, sukladno detaljnom opisu i količinama određenim u Troškovniku koji se nalazi u prilogu dokumentacije o nabavi. Predmet ovog nadmetanja su Microsoft licence kroz model MPSA (Microsoft Products and Services Agreement) kojeg naručitelj ima već u primjeni za postojeće Microsoft licence. Dalje, točkom 13. Ostali uvjeti propisano je da gospodarski subjekt moraju dostaviti dokaz da posjeduje pravo prodaje Microsoft licenci po MPSA modelu u Republici Hrvatskoj. Naručitelj će prihvatiti i potvrdu/izjavu izdanu od ovlaštenog zastupnika u Republici Hrvatskoj. U tom slučaju gospodarski subjekt je dužan dostaviti važeći dokument izdan od proizvođača kojim se dokazuje da je zastupnik ovlašten od strane proizvođača.

Kada je riječ o opisu predmeta nabave i tehničkim specifikacijama predmeta nabave, nesporno je da naručitelj u definiranju istih mora voditi brigu o temeljnim načelima javne nabave iz članka 4. ZJN 2016, kao i odredbama iz Glave III., odjeljka D, pododjeljka 1. i 2. ZJN 2016 (člancima 205. do 211.). Prema odredbi članka 205. ZJN 2016 predmet nabave mora se opisati na jasan, nedvojbjen, potpun i neutralan način koji osigurava usporedivost ponuda u pogledu uvjeta i zahtjeva koje je javni naručitelj postavio, a opis predmeta nabave ne smije pogodovati određenom gospodarskom subjektu. Isto tako valja reći da odredbe ZJN 2016 dozvoljavaju naručitelju da pri opisu predmeta nabave i propisivanju tehničkih specifikacija individualizira svoje traženje, potrebe i mogućnosti, te nabavi upravo potrebni predmet nabave, a to su u konkretnom slučaju Microsoft licence kroz model MPSA (Microsoft Products and Services Agreement) kojeg naručitelj ima već u primjeni za postojeće Microsoft licence, a koje potrebe potencijalni ponuditelji nemaju pravo nametati naručitelju. U tom smislu naručitelj u odgovoru na žalbu argumentira razloge iz kojih je predmet nabave opisao na navedeni način (nabavlja nedostajuće licence temeljem izvršene provjere usklađenosti proizvoda koje već naručitelj koristi temeljem MPSA ugovora, već primjenjuje traženi model odnosno kanal isporuke za postojeće licence, radi ostvarenja dodatnih beneficija i dr.). Naime, kako je prethodno rečeno naručitelj tehničkom specifikacijom nije dužan osigurati sudjelovanje u nadmetanju svim gospodarskim subjektima koji stavljaju na tržište računalne programe odnosno licence za iste, već opisom predmeta nabave ne smije pogodovati određenom gospodarskom subjektu, a tehničke specifikacije ne smiju imati učinak stvaranja neopravdanih prepreka za otvaranje javne nabave tržišnom natjecanju. I sam žalitelj u žalbi navodi da MPSA model može ponuditi nekoliko ovlaštenih Microsoft partnera. Isto potvrđuje i naručitelj jer ističe da na tržištu ima više gospodarskih subjekata koji su ovlašteni partner Microsofta stoga smatra da je omogućio tržišno natjecanje za sve gospodarske subjekte koji mogu ponuditi MPSA model kupnje.

S tim u svezi potrebno je navesti kako je za ocjenu žalbenog navoda irelevantno žaliteljevo isticanje legalnosti njegovog načina poslovanja koji se odnosi na prodaju korištenih licenci pri čemu se poziva na odredbe predmetne Direktive o pravnoj zaštiti računalnih programa i navedene presude Suda Europske unije. Navedeno iz razloga jer naručitelj autonomno određuje predmet nabave koji mu je potreban uz ograničenja koja mu postavlja ZJN 2016, a u konkretnom slučaju postoji potreba za nadopunom originalnih, novih licenci. S druge strane, žalitelj nudi korištene licence te činjenica da on ne može ponuditi traženi model poslovanja odnosno originalne licence, ne znači sama po sebi povredu odredbi članka 4. ZJN 2016.

Ovo tijelo je, s obzirom na mjerodavne zakonske odredbe i argumentaciju stranaka u žalbenom postupku ocijenilo da žalitelj nije sukladno članku 403. stavku 1. i 2. ZJN 2016 dokazao da se tehničkim specifikacijama u navedenom dijelu pogoduje jednom gospodarskom subjektu, niti je dokazao da zahtijevani model poslovanja putem MPSA (zaključen Ugovor o proizvodima i uslugama Microsofta) predstavlja neopravdanu prepreku za otvaranje javne nabave tržišnom natjecanju. Slijedom navedenog ovo je tijelo ocijenilo da naručitelj nije postupio protivno ZJN 2016 te ne nalazi osnovanim povredu materijalnog prava na koje ukazuje žalitelj, pa je žalbeni navod ocijenjen neosnovanim.

Žalitelj navodi da je pogrešno označen predmet nabave, jer je naručitelj u točki 1. propisao da je predmet nabave roba, dok je uvidom u točku 4. dokumentacije o nabavi razvidno da su predmet nabave Microsoft licence, koje služe za održavanje već postojećih programa odnosno centralnih servera naručitelja odnosno predmetne licence daju pravo daljnjeg korištenja intelektualnog vlasništva i kao takve se ne mogu smatrati robom, stoga je naručitelj postupio suprotno odredbama iz članka 200. stavka 1. i članka 205. stavka 1. ZJN 2016. Navedeno označavanje je bitno, ističe žalitelj, i zbog toga što posebni predmeti nabave (roba, radovi, usluge) zahtijevaju propisivanje posebnih dokaza sposobnosti. Gore naveden stav je sukladan sa Direktivom vijeća 2006/112/EZ od 28. studenoga 2006. o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost- Glava IV., Poglavlje 1., članak 14., točka 1. gdje je propisano: „Isporuka robe” znači prijenos prava raspolaganja materijalnom imovinom kao vlasnik. Kako predmetni softver nije opipljiv odnosno isti nije materijalno dobro, isti ne može biti roba. Nadalje, u gore navedenoj Direktivi, u Glava IV., Poglavlje 3., članak 24., točka 1. gdje je propisano: "Isporuka usluga" znači svaka transakcija koja ne čini isporuku robe." Iz navedenog slijedi zaključak da ako softver nije roba, softver je usluga, zaključuje žalitelj.

U odgovoru na žalbu naručitelj navodi da je ispravno odredio vrstu ugovora o javnoj nabavi odnosno da je predmet nabave roba, a ne usluga kako ističe žalitelj. Navodi da je u točki 1. dokumentacije o nabavi naveo da je za ovaj postupak nabave CPV oznaka: 48620000-0. Ističe da je uvidom u "Jedinstveni rječnik javne nabave (CPV)" vidljivo da se radi o robi iz razloga što osnovni CPV-kod predmeta nabave mora počinjati: za robe-00 do 44 i 48 (npr. 03311210-7, 44167111-9 ili 48150000-4), za radove - 45 (npr. 45232431-2), za usluge - 49 do 98 (npr. 66520000-1).

Kako bi se ocijenila osnovanost žalbenog navoda, u žalbenom je postupku uvidom u dokumentaciju o nabavi utvrđeno da je naručitelj u točki 1. Upute gospodarskom subjektu (ponuditelju) definirao predmet nabave kao nabava Microsoft produkata za centralne servere, vrsta ugovora o javnoj nabavi: ugovor o javnoj nabavi robe i CPV: 48620000-0.

Člankom 3. točkom 33. ZJN 2016 propisana je definicija ugovora o javnoj nabavi radova kao ugovora čiji je predmet: a. izvođenje ili projektiranje i izvođenje radova vezanih uz jednu ili više djelatnosti u smislu Priloga II. tog Zakona ili b. izvođenje ili projektiranje i izvođenje posla ili c. realizacija posla u skladu sa zahtjevima koje je odredio javni naručitelj koji ima odlučan utjecaj na vrstu ili projektiranje posla. Točkom 34. tog članka propisano je da je ugovor o javnoj nabavi robe ugovor čiji je predmet kupnja, leasing, najam, zakup ili kupnja na otplatu, s mogućnošću ili bez mogućnosti kupnje robe, a koji može obuhvaćati postavljanje i instalaciju robe kao sporedni predmet, točkom 35. ugovor o javnoj nabavi usluga definiran je kao ugovor čiji je predmet pružanje usluga osim onih iz točke 33. ovoga članka.

Odredbom članka 200. stavka 1. ZJN 2016 propisano je da dokumentacija o nabavi mora biti jasna, precizna, razumljiva i nedvojbena te izrađena na način da omogući podnošenje usporedivih ponuda. Članak 205. stavak 1. ZJN 2016 prethodno je naveden u rješenju, pa se ovdje neće ponavljati.

Kako je razvidno iz citiranih odredaba dokumentacije o nabavi, naručitelj je odredio da je u pitanju ugovor o nabavi robe jer nabavlja Microsoft produkte za centralne servere, sukladno troškovniku (Win Server Datcr Core 2 SL, 25 komada, Win Server User CAL 172 kom., Win Server Svr ECL 7 kom., Win Server Dev CAL 423 kom. i

Exchnng Svr Std Dev CAL 250 kom.), pri čemu se po ocjeni ovog tijela pridržao odredbi članka 200. stavka 1. ZJN 2016 jer je dokumentacija o nabavi u tom dijelu jasna, precizna, razumljiva i nedvojbena. Osim toga, iz opisanog žalbenog navoda proizlazi da žalitelj ne osporava zakonitost dokumentacije o nabavi u odnosu na kriterije za odabir gospodarskog subjekta (uvjeti sposobnosti), već žalitelj zapravo iznosi konstataciju kako različiti predmeti nabave (roba, radovi, usluge) zahtijevaju propisivanje posebnih dokaza sposobnosti.

Postupajući u okviru izjavljenog žalbenog navoda utvrđeno je činjenično stanje iz kojeg proizlazi da se naručitelj pridržavao odredbi ZJN 2016, a na čiju povredu upućuje žalitelj, te ovo tijelo prihvaća argumentaciju naručitelja o CPV oznakama predmeta nabave prema Jedinstvenom rječniku javne nabave, pa se žalbeni navod ocjenjuje neosnovanim.

Postupajući po službenoj dužnosti temeljem članka 404. ZJN 2016, a u odnosu na osobito bitne povrede postupka javne nabave iz članka 404. stavka 2. toga Zakona, ovo državno tijelo nije utvrdilo postojanje osobito bitnih povreda.

Sukladno svemu navedenom, a temeljem članka 425. stavak 1. točke 3. ZJN 2016, žalba se odbija kao neosnovana, slijedom čega je odlučeno kao u točki 1. izreke ovog rješenja.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 5.000,00 kuna. Sukladno članku 431. stavku 4. ZJN 2016, u slučaju odbijanja žalbe žalitelj nema pravo na naknadu troškova žalbenog postupka, te je stoga odlučeno kao u točki 2. izreke ovog rješenja.

UPUTA O PRAVNOM LIJEKU

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

ZAMJENICA PREDsjednice