



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

KLASA: UP/II-034-02/24-01/533

URBROJ: 354-02/11-25-10

Zagreb, 13. siječnja 2025.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članova Maje Kuhar, v.d. predsjednice, Danijele Antolković, v.d. zamjenice predsjednice, Karmele Dešković i Jasnice Lozo, članica te Zvonimira Jukića, v.d. člana, u žalbenom postupku pokrenutom po žalbi žalitelja Strabag d.o.o. Zagreb, OIB: 74971361430, u odnosu na Odluku o Odabiru u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2023/S 0F2-0053394, predmet nabave: izgradnja obilaznice Orebića, naručitelja Hrvatske ceste d.o.o. Zagreb, OIB: 55545787885, 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 i 114/22, nadalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Poništava se Odluka o odabiru KLASA: 340-02/23-06/15, URBROJ:345-800-830/675-24-09, od 12. rujna 2024., u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2023/S 0F2-0053394, predmet nabave: izgradnja obilaznice Orebića, naručitelja Hrvatske ceste d.o.o. Zagreb.

2. Nalaže se naručitelju Hrvatske ceste 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 Strabag d.o.o. Zagreb troškove žalbenog postupka u iznosu od 66.360,00 eura.

O b r a z l o Ź e n j e

Naručitelj Hrvatske ceste d.o.o. Zagreb objavio je 22. prosinca 2023. u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2023/S 0F2-0053394, predmet nabave: izgradnja obilaznice Orebića. Kriterij odabira je ekonomski najpovoljnija ponuda koja se određuje na temelju pondera cijena ponude 80 bodova i duljina trajanja jamstvenog roka 20 bodova.

U predmetnom postupku javne nabave dostavljene su tri ponude koje je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda ocijenio valjanima te je 12. rujna 2024. donio Odluku o odabiru KLASA: 340-02/23-06/15, URBROJ:345-800-830/675-24-09 kojom je odabrao ponudu zajednice gospodarskih subjekata Texo molior d.o.o. Cavtat i Yapi merkezi insaat ve sanayi A.S., Istanbul, Republika Turska. Odluka je 2. listopada 2024. objavljena u EOJN RH.

Na navedenu Odluku o odabiru žalbu je 11. listopada 2024. izjavio ponuditelj Strabag d.o.o. Zagreb.

Žalitelj osporava zakonitost pregleda i ocjene odabrane ponude. Predlaže poništiti Odluku o odabiru i naknaditi mu troškove žalbenog postupka.

U odgovoru na žalbu naručitelj se protivi žalbenom zahtjevu i predlaže odbiti žalbu kao neosnovanu.

Odabrana zajednica u očitovanju na žalbu i odgovor na žalbu ističe prigovor neurednosti žalbe te osporava žalbene navode u cijelosti. Predlaže odbaciti žalbu ako neurednu te podredno odbiti žalbu kao neosnovanu.

Odabrana zajednica ističe prigovor neurednosti žalbe s obrazloženjem da žalitelj nigdje u žalbi nije naveo podatke o zastupniku ili opunomoćeniku kao obvezan sadržaj žalbe prema članku 420. stavku 1. točki 2. ZJN 2016.

Navedenom odredbom propisano je da žalba obavezno sadržava, između ostalog, podatke o zastupniku ili opunomoćeniku, s priloženom punomoći.

Ispitujući prigovor o nepostojanju postupovne pretpostavke urednosti žalbe Državna komisija je utvrdila da je prigovor neosnovan. Naime, uvidom u žalbu i priloge utvrđeno je da je žalbu po punomoći potpisao Toni Babić. Također je utvrđeno da je žalbi priložena punomoć, od 18. siječnja 2024., kojom Strabag d.o.o. Zagreb, ovdje žalitelj, opunomoćuje Tonija Babića iz Splita, predstavnika društva Strabag d.o.o. Zagreb (potpis prikazan) da potpiše i dostavi za i u ime društva Strabag d.o.o. Zagreb ponudu i ostalu ponudbenu dokumentaciju, odnosno da može davati izjave, potpisivati ponudbeni list, sastavljati ponudu, potpisati prijedlog ugovora, potpisivati isprave u svrhu dokazivanja sposobnosti, potpisati naprednim elektroničkim potpisom ponudu te žalbu i dokumentaciju vezanu za projekt: izgradnja obilaznice Orebića, u svrhu sudjelovanja na predmetnom javnom nadmetanju. Opisano punomoć potpisao je Veljko Nižetić, za kojega je uvidom u Izvadak iz Sudskog registra utvrđeno da je direktor koji društvo zastupa zajedno s još jednim direktorom ili prokuristom te Daniel Stepinac, za kojega je utvrđeno da je također direktor koji društvo zastupa zajedno s još jednim direktorom ili prokuristom. Slijedom utvrđenih činjenica ocijenjeno je da su u konkretnom slučaju ispunjeni svi uvjeti iz članka 420. stavka 1. točke 2. ZJN 2016.

U tijeku postupka pred Državnom komisijom 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 s 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 u žalbi navodi da je naručitelj točkom 29.3. dokumentacije o nabavi propisao da ponuditelj za uredno ispunjenje ugovora mora imati najmanje jedno asfaltno

postrojene kapaciteta minimalno 60 t/h te da za asfaltno postrojenje mora dokazati: - da za izvršenje predmetne nabave ima u vlasništvu ili da posjeduje Ugovor o najmu postrojenja ili neki drugi dokaz iz kojega će biti vidljivo da gospodarski subjekt raspolaže sa postrojenjem/ima kapaciteta minimalno 60 t/h; - usklađenost kontrole tvorničke proizvodnje asfaltnih mješavina s normama HRN EN 13108-1 i HRN 13108-5 za asfaltnu mješavinu (asfaltbeton, SMA) ili jednakovrijednim; - legalnost asfaltnog postrojenja. Naručitelj je, nastavlja žalitelj, propisao i kojim dokazima su ponuditelji dužni dokazati navedeni uvjet tehničke sposobnosti odnosno da će kao ažurirane popratne dokumente tražiti: dokaz vlasništva (ZK uložak ili račun ukoliko je postrojenje mobilno) ili ugovor o najmu postrojenja ili neki drugi dokaz iz kojega će biti vidljivo da gospodarski subjekt raspolaže sa postrojenjem/ima kapacitet minimalno 60 t/h; - certifikat o sukladnosti kontrole tvorničke proizvodnje sukladno propisanim normama; te - pravomoćnu uporabnu dozvolu postrojenja.

Žalitelj u nastavku citra Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda te navodi da je naručitelj konstatirao da je odabrana zajednica, iako je dostavila dokaze za dva asfaltna postrojenja, dokazala uvjete iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi za asfaltnu bazu Rudar d.o.o. iz Tounja. Navodi da je već na prvi pogled vidljivo da je naručitelj propustio uočiti da odabrana zajednica ni na koji način nije dokazala traženi uvjet da posjeduje ili ima u najmu najmanje jedno asfaltno postrojenje kapaciteta minimalno 60 t/h.

U odnosu na tehnička svojstva asfaltna baze žalitelj navodi da je asfaltno postrojenje u Tounju pokraj Karlovca udaljeno 500 km i 10 sati vožnje od mjesta na kojem je predviđena ugradnja asfaltna, a da je Tehničkim propisom za asfaltnu kolniku, koji propis je u dokumentaciji o nabavi naveden kao tehnički propis, točnije Prilogom J. *Tehničko-tehnološki zahtjevi pri izvedbi asfaltnih kolnika* propisano: „Prijevoz bitumenskih mješavina bez termo-kontejnera od mjesta proizvodnje do mjesta ugradnje ne smije trajati više od dva sata odnosno duljina transporta ne smije biti veća od 120 km, pri čemu temperatura bitumenske mješavine ne smije pasti ispod minimalno dopuštene temperature deklarirane od strane proizvođača“. Samim time, naglašava žalitelj, je jasno da nominirano postrojenje na lokaciji u Tounju ni na koji način tehnički ne može udovoljiti uvjetu iz Tehničkog propisa za asfaltnu kolniku. Radi ilustracije, žalitelj navodi da je za predmetni projekt potrebno na mjestu izvođenja radova (Orebić) dovesti i ugraditi 19.000 tona asfaltna. Stoga je, smatra, jasno vidljivo kako je tehnički neizvedivo da se asfalt sa navedene lokacije dovozi na mjesto ugradnje.

Naručitelj u odgovoru na žalbu u pogledu uvjeta vlasništva/najma asfaltna baze navodi da je odabrana zajednica u sklopu ažuriranih popratnih dokumenata dostavila Ugovor o najmu asfaltnog postrojenja prema kojem najmodavac daje najmoćniju Texo molior d.o.o., ovdje žalitelju, na raspolaganje Asfaltno postrojenje Ammann global, 160 t/h, na lokaciji Pogon Tounj, Tounj 17, 47264 Tounj. Budući da nije mogao nedvojbeno utvrditi radi li se o postrojenju kapaciteta minimalno 60 t/h, nastavlja naručitelj, zatražio je od odabrane zajednice dostavu dodatnih dokaza iz kojih će biti vidljiv propisani uvjet kojom prilikom je odabrana zajednica dostavila Ugovor o isporuci asfaltnog postrojenja Ammann global 160, iz kojega je vidljivo da se radi o asfaltnom postrojenju učinkovitosti 160 t/h. Dakle, zaključuje naručitelj, iz navedenih dokaza vidljivo je da odabrana zajednica raspolaže sa postrojenjem kapaciteta 60 t/h na temelju Ugovora o najmu.

Vezano za uvjet tehničkih svojstava naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da su točkom 29.3. dokumentacije o nabavi propisani citirani uvjeti te da istom točkom dokumentacije o nabavi nije propisano da ponuditelj mora dokazati da asfaltno postrojenje ispunjava uvjete sukladno Tehničkom propisu za asfaltnu kolniku (Narodne novine, broj 48/21) pa da je zbog toga ispunjenje tih uvjeta morao provjeravati. Osim

toga, nastavlja naručitelj, točkom 29.3. dokumentacije o nabavi nije propisao da asfaltno postrojenje mora biti udaljeno 120 km od mjesta ugradnje odnosno na dva sata od mjesta ugradnje, a s obzirom na to da nije propisan uvjet udaljenosti asfaltnog postrojenja to nije bio ovlašten provjeravati postojanja navedenog uvjeta. Odredba Tehničkog propisa za asfaltne kolnike na koju se poziva žalitelj propisuje: „Prijevoz bitumenskih mješavina bez termo-kontejnera od mjesta proizvodnje do mjesta ugradnje ne smije trajati više od dva sata odnosno duljina transporta ne smije biti veća od 120 km, pri čemu temperatura bitumenske mješavine ne smije pasti ispod minimalno dopuštene temperature deklarirane od strane proizvođača.“ Međutim, ističe naručitelj, žalitelj propušta uočiti da prijevoz bez termo kontejnera ne smije trajati duže od dva sata odnosno 120 km, a ako se bitumenska mješavina prevozi termo kontejnerom, tada prijevoz bitumenske mješavine može biti i u dužem vremenskom razdoblju, kao i na dužim relacijama od 120 km. Zaključno ističe da je, uz upotrebu termo kontejnera, asfalt moguće prevesti od lokacije asfaltnog postrojenja do mjesta ugradnje asfalta, ali kako navedeni uvjet nije bio propisan točkom 29.3. dokumentacije o nabavi nije niti bio ovlašten niti dužan provjeravati udaljenost asfaltnog postrojenja. Isto tako, nastavlja naručitelj, navedenom točkom nije propisano da asfaltno postrojenje mora udovoljavati uvjetima Tehničkog propisa za asfaltne kolnike. Objašnjava da je točkom 18. dokumentacije o nabavi propisano: „Tehničke specifikacije imaju značenje cjelokupne tehničke dokumentacije koja se daje gospodarskim subjektima na raspolaganje za izradu ponude, uključivo Opći tehnički uvjeti za radove na cestama, Zagreb, 2001., dostupni na internetskim poveznicama koje su dane prethodno u točki 15. dokumentacije o nabavi i Tehnički propis za asfaltne kolnike (Narodne novine, broj 48/21).“, no da se to odnosi na tehničke specifikacije propisane troškovnikom, projektom, nacrtima i slično, a ne na uvjete sposobnosti propisane dokumentacijom o nabavi u okviru kriterija za kvalitativan odabir gospodarskog subjekta. Također ističe da ispunjavanje tehničkih specifikacija sukladno navedenom u točki 18. dokumentacije o nabavi predstavlja fazu izvršenja ugovora, koja se u fazi pregleda i ocjene ponuda, odnosno u postupku javne nabave ne provjerava.

Odabrana zajednica u očitovanju navodi da će se prilikom dobave bitumenske mješavine sa mjesta proizvodnje (Tounj), koje je na udaljenosti 487 km od mjesta ugradnje (Orebić), u cijelosti poštovati zakonska regulativa RH pa tako i odredba o prijevozu asfaltne mješavine definirana Tehničkim propisima za asfaltne kolnike koristeći za prijevoz asfaltne mješavine termo kontejnere odgovarajućeg kapaciteta spremnika (veći od 10 tona) sukladno usvojenoj tehnologiji izvođenja radova kao i Tehničkim propisima za asfaltne kolnike. Objašnjava da je prijevoz asfalta sa većih udaljenosti termo kontejnerima uobičajena praksa, kako u svijetu tako i u Republici Hrvatskoj (autocesta A1, Pelješki most), gdje prijevoz/uskladištenje asfaltne mješavine može potrajati i do 12 sati za termo kontejnere bez grijača te čak do 72 sata prilikom prijevoza sa termo kontejnerima (“hot box“) koji imaju ugrađene grijače uz kontinuirano miješanje asfaltne mješavine. Tako prevezena asfaltna mješavina zadržava potrebnu temperaturu te ostala fizikalno kemijska svojstva sukladno zahtjevima definiranim Tehničkim propisima za asfaltne kolnike. Također ističe da dobava asfaltne mješavine proizvedene u Kini sukladno recentnim tehnološkim dostignućima nije moguća niti je ekonomski održiva. Kao dokaz odabrana zajednica prilaže: Stručno mišljenje o mogućnosti ugradnje asfalta na projektu izgradnje obilaznice Orebića izrađeno od strane prof. dr.sc. Ivice Završkog, dipl. ing. građ., sa Građevinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Žalitelj u dodatnom očitovanju navodi da je iz mišljenja vještaka razvidno temeljno nerazumijevanje pojma kontinuirano asfaltiranje, da u RH ne postoje kapaciteti

za takav transfer asfalta, a da je na predmetnom projektu potrebno ugraditi 18.000 tona asfalta putem kontinuiranog asfaltiranja pa da bi odabrani ponuditelj trebao dnevno proizvesti 300/700 tona asfalta. Također navodi da je iz troškovnika vidljivo da je jedinična cijena stavke odabrane zajednice niža od njegove iako je njegova baza 69 km udaljena od Orebića (cijena odabrane zajednice 11,25, a cijena žalitelja 14,33 eura) te da je takav poduhvat odabrane zajednice ekonomski neodrživ i jednak nominiranju asfalte baze u Kini. Kao dokaz dostavlja usporedni prikaz jediničnih cijena prijevoza asfalta na relaciji Tounj-Orebić.

U dodatnom očitovanju odabrana zajednica elaborira cijene stavke prijevoza asfalta i zaključuje navod o neodrživosti cijene neutemeljenim.

Ispitujući osnovanost žalbenog navoda utvrđene su sljedeće činjenice.

Naručitelj je točkom 29.3. dokumentacije o nabavi propisao sljedeće: Tehnička oprema i mjere za osiguranje kvalitete - gospodarski subjekt mora dokazati da ima na raspolaganju minimalno sljedeću tehničku opremu i mjere za osiguranje kvalitete najmanje jedno asfaltno postrojene kapaciteta minimalno 60 t/h. Gospodarski subjekt za asfaltno postrojenje/a mora dokazati: da za izvršenje predmetne nabave ima u vlasništvu ili da posjeduje Ugovor o najmu postrojenja ili neki drugi dokaz iz kojega će biti vidljivo da gospodarski subjekt raspolaže sa postrojenjem/ima kapaciteta minimalno 60 t/h; usklađenost kontrole tvorničke proizvodnje asfaltnih mješavina s normama HRN EN 13108-1 i HRN 13108-5 za asfaltnu mješavinu (asfaltbeton, SMA) ili jednakovrijednim; legalnost asfaltnog postrojenja. Za potrebe utvrđivanja okolnosti propisanih točkom 29.3. gospodarski subjekt u ponudi dostavlja za sebe/članove zajednice gospodarskih subjekata te podugovaratelja/e (ako je primjenjivo) i za gospodarski/e subjekt/e na čiju sposobnost se oslanja (ako je primjenjivo), za svakoga od njih zasebno ispunjeni e-ESPD obrazac (Dio IV. Kriteriji za odabir, Odjeljak α).

Naručitelj će, prije donošenja odluke, od ponuditelja koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu, zatražiti u primjerenom roku (ne kraćem od pet dana) dostavu ažuriranih popratnih dokumenata: dokaz vlasništva (ZK uložak ili račun ukoliko je postrojenje mobilno) ili ugovor o najmu postrojenja ili neki drugi dokaz iz kojega će biti vidljivo da gospodarski subjekt raspolaže sa postrojenjem/ima kapaciteta minimalno 60 t/h; certifikat o sukladnosti kontrole tvorničke proizvodnje sukladno normama HRN EN 13108-1 i HRN 13108-5 za asfaltnu mješavinu (asfaltbeton, SMA). Naručitelj će priznati i jednakovrijedne potvrde/certifikate ako gospodarski subjekt u ponudi na zadovoljavajući način naručitelju dokaže, bilo kojim prikladnim sredstvom, da je kontrola tvorničke proizvodnje usklađena s normama HRN EN 13108-1 i HRN 13108-5; *pravomoćnu uporabnu dozvolu postrojenja*.

Točkom 15. *Opis predmeta nabave* dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao sljedeće: predmet nabave je izgradnja obilaznice Orebića. Detaljna tehnička specifikacija koja opisuje predmet nabave nalazi se u prilogu dokumentacije o nabavi (Tehnička specifikacija ima značenje cjelokupne tehničke dokumentacije koja se daje gospodarskim subjektima na raspolaganje za izradu ponude, uključivo - Prilog IV. Troškovnik, Prilog VI. Grafički prilozi (navodi poveznicu na svoje mrežne stranice) koji su dani na raspolaganje u prilogu dokumentacije i čine njen sastavni dio. Tehničke specifikacije također uključuju Tehnički propis za asfaltnu kolniku (Narodne novine, broj 48/21) i Opće tehničke uvjete za radove na cestama, Zagreb, 2001., koji su dostupni na adresama (navodi poveznice na svoje mrežne stranice).

Točkom 18. *Tehničke specifikacije* dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao da tehničke specifikacije imaju značenje cjelokupne tehničke dokumentacije koja se daje gospodarskim subjektima na raspolaganje za izradu ponude, uključivo Opći tehnički uvjeti za radove na cestama, Zagreb, 2001., dostupni na internetskim

poveznicama koje su dane prethodno u točki 15. dokumentacije o nabavi i Tehnički propis za asfaltne kolnike.

Uvidom u odabranu ponudu, točnije ESPD obrazac člana odabrane zajednice Texo molior d.o.o. Cavtat utvrđeno je da je u Dijelu IV.: Kriteriji za odabir gospodarskog subjekta u pogledu kriterija za odabir α : Opći navod za sve kriterije za odabir taj gospodarski subjekt izjavio da može ispuniti tražene kriterije za odabir. Također je utvrđeno da je odabrana zajednica kao ažurirani popratni dokument u svrhu ispunjenja uvjeta iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi naručitelju, između ostalog, dostavila Ugovor o najmu asfaltnog postrojenja, od 29. ožujka 2024., sklopljen između društva Rudar d.o.o. Rijeka, kao najmodavca, i člana odabrane zajednice Texo molior d.o.o. Cavtat, kao najmoprimca, u kojemu se u članku 1.3. navodi da najmodavac daje, a najmoprimac prima u najam asfaltno postrojenje Ammann global, 160 t/h, na lokaciji Pogon Tounj, Tounj 17.

Razvidno je iz EOJN RH da je naručitelj 2. srpnja 2024. od odabrane zajednice tražio pojašnjenje ažuriranih popratnih dokumenata vezanih za asfaltnu bazu Tounj u kojemu je, između ostalog, naveo da iz dostavljenih dokumenata nije vidljivo da se radi o asfaltnoj bazi kapaciteta minimalno 60 t/h te da poziva zajednicu da dostavi dokaze iz kojih će biti vidljivi traženi podatak. Također je pozvao zajednicu da pojasni iz kojeg razloga su dostavljeni dokazi za dvije asfaltne baze te s kojom od navedenih asfaltnih baza dokazuje uvjete iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi.

Iz EOJN RH je razvidno da je odabrana zajednica 10. srpnja 2024. naručitelju dostavila pojašnjenje u kojemu navodi da za asfaltnu bazu Tounj koja je kapaciteta 160 t/h dostavlja dodatno ugovor o isporuci iz kojeg je jasno razvidno da je asfaltna baza kapaciteta 160 t/h. Odabrana zajednica u pojašnjenju također navodi da s obzirom na odredbe točke 29.3. dokumentacije o nabavi kojom je propisano najmanje jedno asfaltno postrojenje kapaciteta minimalno 60 t/h te da za asfaltno postrojenje/a treba dostaviti dokaze, proizlazi da se može dostaviti dokaze za više postrojenja pa je shodno tome dostavila dokaze za oba asfaltna postrojenja koja ima na raspolaganju.

Pojašnjenju je priložen Ugovor o isporuci Broj: 1502-02 za asfaltno postrojenje Ammann global 160, iz kojeg je razvidna specifikacija postrojenja u kojemu je jasno naznačena učinkovitost 160 t/h.

Naručitelj je u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda na 37. stranici kao dokaz ranije navedenog uvjeta naveo da je u odnosu na traženi uvjet kod odabrane zajednice konstatirao: 1. Ugovor o najmu asfaltnog postrojenja (Rudar d.o.o.), certifikati, Rješenje o izvedenom stanju 2. Ugovor o raspolaganju asfaltnom bazom u svrhu isporuke asfalta (Hering d.d. Široki Brijeg); certifikati; uporabna dozvola. Naručitelj je izvršio uvid u zemljišne knjige te utvrdio da je na zemljišnoj čestici 3823 k.o. Tounj upisana asfaltna baza vlasnika Rudar d.o.o. Dostavljenim ugovorom o najmu, certifikatima asfaltnih mješavina usklađenih s normama HRN EN 13108-1 i HRN 13108-5, Rješenjem o izvedenom stanju (Rješenje o izvedenom stanju ima istu vrijednost kao Uporabna dozvola) i Ugovorom, zajednica ponuditelja je dokazala uvjet iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi u odnosu na asfaltno postrojenje gospodarskog subjekta Rudar d.o.o.

Za ocjenu osnovanosti žalbenih navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., 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 (Narodne novine, broj 65/07 i 75/20).

Uvidom u dokumentaciju o nabavi utvrđeno je da se ne može prihvatiti argumentacija naručitelja da je poštivanje odredbi Tehničkog propisa za asfaltne kolnike

rezervirano samo za fazu izvršenja ugovora budući je u točki 18. dokumentacije o nabavi propisano da se tehničke specifikacije stavljaju gospodarskim subjektima na raspolaganje za izradu ponude, te se između ostalog navodi i Tehnički propis za asfaltne kolnike. Nadalje, naručitelj dokumentacijom o nabavi nije propisao ograničenje maksimalne udaljenosti asfaltne baze od mjesta izvođenja radova, odnosno dokumentacija ne sadrži nikakve odredbe o udaljenosti asfaltne baze od mjesta izvođenja radova odnosno ugradnje asfalta. Naručitelj, pored toga, u dokumentaciji o nabavi nije propisao nikakva ograničenja u pogledu toga u kakvim kontejnerima se asfalt mora prevoziti do mjesta ugradnje, niti je propisano da je ponuditelj dužan dokazati na koji način će prevesti asfalt do mjesta izvođenja radova poštujući odredbe Tehničkog propisa za kolnike. Nadalje, odabrani ponuditelj je u žalbenom postupku kako bi dokazao sukladnost svoje ponude sa spornim uvjetom, dostavio Stručno mišljenje prof. dr.sc. Ivica Završkog, dipl. ing. građ., sa Građevinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, u kojemu se navodi da se asfaltna mješavina uz primjenu termo kontejnera može prevoziti i na velike udaljenosti, i od 500 km, vodeći računa da njegova temperatura, kao i sva ostala svojstva, neposredno prije ugradnje budu sukladna Tehničkom propisu za asfaltne kolnike. Dalje se navodi da, ovisno o vrsti i tipu termo kontejnera, protek vremena od proizvodnje asfalta do njegove ugradnje može biti 38 pa čak i do 72 sata. Žalitelj, upoznat sa sadržajem mišljenja stručnjaka, protudokaz u spis predmeta nije priložio. Slijedom navedenog, primjenom mjerodavnog prava na utvrđeno činjenično stanje, cijeneći svaki dokaz zasebno i sve dokaze zajedno, Državna komisija je u žalbenom postupku utvrdila da žalitelj svojim navodom nije doveo u sumnju mogućnost ispunjenja spornog uvjeta vezano za prijevoz asfalta do mjesta ugradnje sukladno Tehničkom propisu za asfaltne kolnike, te da je odabrani ponuditelj u svemu postupio sukladno odredbama dokumentacije o nabavi slijedom čega je žalbeni navod ocijenjen neosnovanim.

U odnosu na uvjet legalnosti asfaltne baze i postojanje uporabne dozvole za postrojenje žalitelj u žalbi navodi da je za asfaltno postrojenje iz Tounja dostavljeno Rješenje o izvedenom stanju u kojemu se kao predmet ozakonjenja navodi dovršena, slobodnostojeća, manje zahtjevna zgrada, poslovne namjene (skladište i laboratorij za ispitivanje materijala), izgrađena uz postojeću građevinu asfaltne baze, dvostrešnog krova, vanjske visine (visine sljemena krova) 8,34 m, vanjske tlocrtne dužine i širine 10,95 x 4,40 m + vanjsko stubište 3,66 x 5,70 m građevinske bruto površine 128,76 m³ koja se sastoji od suterena i prizemlja. Iz navedenog je vidljivo, smatra žalitelj, da je naručitelj kao dokaz postojanja uporabne dozvole asfaltne baze odabrane zajednice prihvatio Rješenje o izvedenom stanju koje se odnosi na objekt od 128 m² uz postojeću građevinu asfaltne baze, koje rješenje se ni na koji način ne odnosi na samu asfaltnu bazu, zaključuje žalitelj.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da je odabrana zajednica u sklopu ažuriranih popratnih dokumenata dostavila Rješenje o izvedenom stanju koje ima jednakovrijednu snagu pravomoćne uporabne dozvole. Dakle, nastavlja, odabrana zajednica je dostavom Rješenja o izvedenom stanju dokazala ispunjenje uvjeta legalnosti asfaltnog postrojenja. Naručitelj ističe da je odabrana zajednica dostavila Izvadak iz zemljišne knjige Općinskog suda u Karlovcu, Zemljišnoknjižnog odjela Ogulin, za katastarsku općinu Tounj, broj ZK uložka: 796, iz kojeg je vidljivo za k.č.br. 3822/2 da je upisana asfaltna baza i dvorište površine 3278 m². Naručitelj objašnjava da nadležni sud prilikom upisa građevine u zemljišne knjige po službenoj dužnosti u posjedovnici zemljišne knjige stavlja zabilježbu da za evidentiranje građevine u katastru nije priložena uporabna dozvola. Budući da je asfaltna baza upisana u zemljišne knjige, a da nije navedena zabilježba da za građevinu nije priložena uporabna dozvola, to je,

stav je naručitelja, legalnost asfaltnog postrojenja dokazana i zemljišnoknjižnim izvatom. Da asfaltno postrojenje nije legalno, nastavlja dalje naručitelj, isto se ne bi moglo upisati u zemljišne knjige, odnosno bilo bi navedeno u posjedovnici zemljišnoknjižnog uloška da nije priložena uporabna dozvola. Budući da je asfaltno postrojenje upisano u zemljišne knjige i da ne postoji zabilježba da za asfaltno postrojenje nije izdana uporabna dozvola, to je asfaltno postrojenje legalno, zaključno ističe naručitelj.

Odabrana zajednica u očitovanju navodi da je legalnost asfaltnog postrojenja dokazala s više isprava, između ostalog, s Rješenjem o izvedenom stanju KLASA:UP/1-361-03/13-07/4027, URBROJ:2133/1-07-05/09-17-09 od 25. travnja 2017., izdanim od strane Upravnog odjela za prostorno uređenje, građenje i zaštitu okoliša Karlovačke županije, kojim se ozakonilo asfaltno postrojenje, odnosno zgrada skladišta i zgrada laboratorija kao građevine za čije građenje je bila potrebna građevinska dozvola. Dalje navodi da nije točno što žalitelj ističe da se predmetno rješenje ne odnosi na samu asfaltnu bazu, jer se odnosi na sastavne dijelove asfaltna baze odnosno asfaltnog postrojenja, dakle na skladište i laboratorij koji su izgrađeni uz postojeći objekt kao dio asfaltna baze. Štoviše, nastavlja odabrana zajednica, uvidom u zemljišno knjižni izvadak Općinskog suda u Karlovcu, Zemljišnoknjižnog odjela Ogulin u ZK ulošku broj 796 k.o. Tounj koji je dostavila, razvidno je da je na kat. čestici 3822/2 evidentirana asfaltna baza, kao i na susjednoj kat. čestici 3823 koja jest predmet Rješenja o izvedenom stanju. Dakle, razvidno je da se asfaltna baza, odnosno asfaltno postrojenje proteže na više katastarskih čestica, međutim za gradnju dijelova postrojenja izgrađenih na kat. česticama 3822/1, 3823 i 3840, sve k.o. Tounj, je bila potrebna građevinska dozvola iz kojih razloga ih je trebalo ozakoniti (legalizirati) u skladu sa Zakonom o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama (Narodne novine, broj 86/12 i 143/13). Da bi zgrada bila evidentirana u zemljišnim knjigama, što u ovom slučaju jest, nastavlja odabrana zajednica, preduvjet je da je objekt legalan u prostorno-planskom smislu, tako da je primjenom načela povjerenja u zemljišne knjige legalnost objekta izgrađenog na kat. čestici 3822/2 k.o. Tounj nesporna i isti objekt se odnosi na „postojeću građevinu asfaltna baze“ koja se spominje u Rješenju o izvedenom stanju. Ističe i to da s obzirom na to da kat. čestica 3822/2 k.o. Tounj neposredno graniči s kat. česticama koje su predmet Rješenja o izvedenom stanju, razvidno je da se asfaltna baza, odnosno asfaltno postrojenje proteže na više katastarskih čestica te da su ozakonjeni samo oni dijelovi koji su morali biti prema Zakonu o gradnji i prema Zakonu o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama.

U nastavku odabrana zajednica ističe da vlasnik asfaltna baze Rudar d.o.o. aktivno sudjeluje u postupcima javne nabave, osobito ovdje naručitelja, stoga je izvjesno da se naručitelj kroz ranije postupke upoznao s legalnošću asfaltna baze Rudar d.o.o. Osim toga, nastavlja odabrana zajednica, legalnost asfaltna baze se vrlo lako može utvrditi i uvidom u popis asfaltnih baza koju vodi Hrvatsko asfaltno društvo (navodi poveznicu za mrežnu stranicu).

Žalitelj u dodatnom očitovanju navodi da se naručitelj propustio očitovati na očiti nedostatak navedenog dokumenta, a to je da se predmetno Rješenje odnosi na pomoćnu zgradu poslovne namjene (skladište i laboratorij). Znači, nastavlja, predmetno Rješenje na kojem naručitelj temelji svoj dokaz tražene legalnosti nema nikakve veze sa navedenom asfaltnom bazom niti se na nju odnosi niti daje bilo kakve druge provjerljive informacije u vezi sa predmetnim postrojenjem. Također navodi da naručitelj legalnost asfaltna baze temelji samo na predmnijevi da ako je baza upisana u ZK izvadak bez zabilježbe to znači da je legalna odnosno da ima uporabnu dozvolu, no pri tome ispušta iz vida činjenicu da je člankom 149. stavkom 3. Zakona o gradnji (Narodne novine, broj 153/13, 20/17, 39/19 i 125/19) propisano da zabilježba ne

predstavlja dokaz o zakonitosti i uporabljivosti građevine. K tome žalitelj citira i članak 99., 175. te 177. Zakona o gradnji. Žalitelj podsjeća i na to da je asfaltersko društvo neprofitna udruga u kojoj je članstvo dobrovoljno, a njihovi podaci nisu mjerodavni.

Ispitujući osnovanost žalbenog navoda, uz sve prethodno utvrđene činjenice, utvrđeno je da je odabrana zajednica naručitelju 10. srpnja 2024., postupajući po zahtjevu za pojašnjenje ponude - kojim je naručitelj tražio dodatan dokaz o kapacitetu asfaltne baze Tounj, dostavila pojašnjenje u kojemu je navela da, iako naručitelj nije tražio, dostavlja izvadak iz zemljišne knjige iz kojeg je razvidno da je asfaltna baza u vlasništvu tvrtke Rudar d.o.o. (čestice 3822/2 i 3823) za koju je prethodno dostavljen akt za uporabu građevine - Rješenje o izvedenom stanju, prema članku 175. Zakona o gradnji.

Primjenom mjerodavnog prava na nesporno činjenično stanje Državna komisija je u žalbenom postupku utvrdila sljedeće.

Odabrana zajednica je naručitelju, kao dokaz postojanja uvjeta legalnosti u ponudi nominirane asfaltne baze Tounj, priložila Rješenje o izvedenom stanju u kojemu se u točki 1. navodi da se ozakonjuje dovršena, slobodnostojeća, manje zahtjevna zgrada, poslovne namjene (skladište i laboratorij za ispitivanje materijala), *izgrađena uz postojeću građevinu asfaltne baze*, dvostrešnog krova, vanjske visine (Visine sljemena krova) 8,34 m, vanjske tlocrtne dužine i širine 10,95 x 4,40 m + vanjsko stubište 3,66 x 5,70 m građevinske bruto površine 128,76 m³ koja se sastoji od suterena i prizemlja, izgrađena na k.č.br. 3822/1, 3823 i 3840 k.o. Tounj, na adresi Tounj, Tounj 17.

Među strankama nije sporno da je odabrana zajednica, umjesto uporabne dozvole koja je kao uvjet legalnosti navedena u dokumentaciji o nabavi, dostavila opisano Rješenje o izvedenom stanju kojim se ozakonjuje manje zahtjevna zgrada izgrađena uz postojeću građevinu asfaltne baze, a koja je u naravi skladište i laboratorij za ispitivanje materijala. Pored toga, iz priloženog ZK izvatka iz zemljišne knjige koji je odabrana zajednica dostavila naručitelju jasno je razvidno da je asfaltna baza i dvorište površine 3278 m² izgrađena na kat. čestici 3822/2. Također je razvidno da se na kat. čestici 3823 nalazi oranica, voćnjak, industrijsko dvorište, asfaltna baza i dva gospodarska objekta, površine 4271 m².

Uvidom u Ugovor o najmu asfaltnog postrojenja utvrđeno je da se u članku 4.2. navodi da postrojenje posjeduje pravomoćnu Uporabnu dozvolu.

Budući da je dokumentacijom o nabavi jasno i nedvojbeno propisano da se legalnost asfaltne baze dokazuje uporabnom dozvolom, te obzirom na obvezu naručitelja da pregled i ocjenu ponuda izvrši sukladno uvjetima i zahtjevima iz dokumentacije o nabavi, Državna komisija u konkretnom slučaju ne može prihvatiti kao osnovanu argumentaciju naručitelja da je odabrana zajednica dokazala uvjet legalnosti u ponudi nominirane asfaltne baze. Naime, obzirom na sve gore izneseno, a osobito argumentaciju žalitelja, kao i okolnost da odabrani ponuditelj ni u žalbenom postupku nije dostavio traženi dokaz – pravomoćnu uporabnu dozvolu postrojenja, ne može se prihvatiti kao osnovano obrazloženje razloga iz kojih je naručitelj priloženo Rješenje o izvedenom stanju prihvatio kao valjan dokaz uvjeta iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi jer je obrazloženje utemeljeno na predmnjevi upisa u zemljišne knjige, a ne na odredbama dokumentacije o nabavi, što bi jedino bilo pravilno i zakonito, slijedom koje je ocjene ovaj žalbeni navod ocijenjen osnovanim.

Žalitelj dalje navodi da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda u potpunosti zanemario primjenu odredbe članka 84. ZJN 2016, kojim člankom je u hrvatsko pravo izravno implementiran članak 25. Direktive 2014/24/EU, budući da iz

dokumentacije postupka nije razvidno na koji način je naručitelj dokazao reciprocitet ponuditelja koji imaju sjedište u zemljama EU te ponuditelja sa sjedištem izvan EU. Žalitelj napominje da je člankom 84. ZJN 2016 propisana obveza naručitelja utvrditi imaju li gospodarski subjekti iz trećih zemalja sklopljen sporazum o otvaranju tržišta javne nabave EU-a ili ako ugovor o otvaranju tržišta javne nabave EU u svom sadržaju ne omogućuje gospodarskom subjektu pristup tržištu javne nabave EU, utvrditi ispunjavanje uvjeta uzajamnosti kako u nepovoljniji položaj ne bi doveo ponuditelje iz zemalja EU u odnosu na gospodarske subjekte iz „trećih zemalja“. Žalitelj dalje ističe da se ova okolnost u odnosu na turskog partnera mogla vrlo jednostavno utvrditi uvidom u javno dostupne dokumente (navodi poveznicu na mrežnu stranicu Access2Markets Barrier: Government procurement (Domestic preferences, off-sets) (europa.eu) iz koje je, objašnjava, u Turskoj vidljivo postojanje preferencijalnih bodova za domicilne tvrtke u odnosu na strane tvrtke, čime se krši načelo reciprociteta i onemogućuje hrvatskim kompanijama da posluju u Turskoj pod istim uvjetima čime su diskriminirane i u podređenom položaju.

Žalitelj u nastavku upućuje i na Mišljenje nezavisnog odvjetnika Collinsa od 7. ožujka 2024. izneseno u predmetu broj C-652/22 koji se vodi pred Sudom EU u kojemu mišljenju se, između ostalog, navodi sljedeće: „Komisija smatra da, osim gospodarskih subjekata na koje se odnosi članak 43. Direktive 2014/25, (u sadržaju istovjetan članku 25. Direktive 2024/24/EU) gospodarski subjekti iz trećih zemalja nemaju pravo sudjelovati u postupcima dodjele javnih ugovora u EU i mogu, prema tome, biti isključeni iz toga. Komisija izražava mišljenje da, iako niti jedan međunarodni sporazum između EU i Turske ne regulira postupke dodjele javnih ugovora, gospodarski subjekti s poslovnim nastanom u toj državi mogu tvrditi to pravo oslanjajući se na klauzulu mirovanja o uvođenju nova ograničenja slobode pružanja usluga sadržana u članku 41. Dodatnog protokola. Što se tiče gospodarskih subjekata iz trećih zemalja, članak 43. Direktive 2014/25 predviđa da se ta direktiva primjenjuje na gospodarske subjekte s poslovnim nastanom u zemlji koja je stranka GPA ili drugog međunarodnog sporazuma o dodjeli javnih ugovora od strane koji obvezuje Europsku uniju. Stoga se čini da tekst te odredbe sugerira da se Direktiva 2014/25 ne primjenjuje na gospodarske subjekte iz trećih zemalja koje nisu obuhvaćene.“ Žalitelj smatra da gospodarski subjekti iz trećih zemalja koji nisu sklopili Sporazum o javnoj nabavi (GPA) ili bilateralne sporazume o slobodnoj trgovini nemaju osiguran pristup postupcima javne nabave u EU te mogu biti isključeni, što je u predmetnom postupku javne nabave naručitelj propustio učiniti.

Naručitelj u odgovoru na žalbu uvodno citira članak 84. ZJN 2016 i skreće pozornost da je Direktivom 2014/24/EU: „U mjeri u kojoj su obuhvaćeni prilogima 1., 2., 4. i 5. te Općim napomenama u Dodatku I. Europske unije GPA te drugih međunarodnih sporazuma koji su obvezujući za Uniju, javni naručitelji ne smiju nepovoljnije postupati s radovima, robom, uslugama i gospodarskim subjektima potpisnika tih sporazuma u odnosu na radove, robu, usluge i gospodarske subjekte Unije.“ Direktiva o javnoj nabavi i ZJN 2016, koji na istovjetan način uređuju pitanje tretmana gospodarskih subjekata iz država članica i potpisnica GPA sporazuma, ističe naručitelj, ne sadrži kogentne odredbe koje se odnose na gospodarske subjekte iz trećih zemalja, a u smislu striktnog isključenja ponuda ponuditelja koji nemaju potpisan međunarodni ugovor o otvaranju tržišta javne nabave EU.

U nastavku naručitelj navodi da Smjernice za sudjelovanje ponuditelja i robe iz trećih zemalja na tržištu javne nabave sadržajno odgovaraju na pitanja javnih naručitelja i ukazuju na instrumente kojima se osigurava jednako postupanje prema ponuditeljima iz EU ili iz trećih zemalja i ne služe kao obvezujuća pravila, nego samo daju pojašnjenje određenih situacija u kojima se može naći javni naručitelj kod pregleda i ocjene ponuda

zaprimljenih iz trećih zemalja, odnosno ukazuju na okolnost da se od trećih zemalja treba zahtijevati jednaka razina kvalitete i održivosti kao iz gospodarskih subjekata iz EU. S tim u svezi, istaknuto je i da je potrebno osigurati pošteno tržišno natjecanje unutar jedinstvenog tržišta na globalnoj razini u skladu sa strateškim interesima Unije te da se na ponuditelje iz EU i iz trećih zemalja primjenjuju jednaki standardi i zahtjevi, pri čemu je ključno primjenjivati odredbe o izrazito niskim ponudama. Također je naglašeno da Smjernice ne zamjenjuju mjerodavno zakonodavstvo premda se u njima parafraziraju odredbe zakonodavstva EU te je istaknuto da je samo Sud Europske unije nadležan za konačno i obvezujuće tumačenje prava EU.

Naručitelj je stava da Direktivom (kao i spomenutim člankom 84. ZJN 2016) te opisanim Smjericama naručiteljima nije nametnuta obaveza provjere ponude od gospodarskog subjekta iz treće zemlje, nego im je sugerirano da provjere je li treća zemlja potpisnica međunarodnih sporazuma o javnoj nabavi koje je potpisala EU, kako bi se naručitelju olakšalo da utvrdi ima li taj ponuditelj osiguran pristup toj javnoj nabavi, a ne iz razloga da se ograniči prijava sposobnih ponuditelja iz trećih zemalja.

Naručitelj u nastavku objašnjava da je Uredbom o instrumentu međunarodne nabave (IMN) predviđena mogućnost da Komisija, na vlastitu inicijativu ili pritužbu zainteresirane strane EU ili države članice, odlučuje o mjeri ili praksi treće zemlje. Na temelju provedenog postupka, EK može uvesti mjere IMN ako iste takve postoje u trećoj zemlji za gospodarske subjekte iz EU. Odnosno, na ponuditelje iz trećih zemalja koji nisu obuhvaćeni GPA sporazumom, nema postupaka u kojima su nametnute mjere EK. U tom smislu, Uredbom je propisano da međunarodne obveze koje je Unija preuzela u odnosu na treće zemlje u pogledu pristupa tržištu u području javne nabave i koncesija zahtijevaju, među ostalim, ravnopravan tretman gospodarskih subjekata iz tih trećih zemalja te da gospodarski subjekti iz trećih zemalja koje nisu sklopile sporazum kojim se predviđa otvaranje tržišta javne nabave EU ili čija roba, usluge i radovi nisu obuhvaćeni takvim sporazumom, nemaju osiguran pristup postupcima javne nabave u EU i mogu biti isključeni. Ako se istragom potvrdi postojanje restriktivnih mjera ili praksi, Komisija bi na temelju ove Uredbe, ako smatra da je takvo donošenje u interesu Unije, trebala donijeti mjeru IMN u obliku prilagodbe bodova ili isključenja ponuda. Također, Uredbom je propisano da javni naručitelji ili naručitelji mogu, u bilo kojem trenutku tijekom postupka javne nabave, zahtijevati od gospodarskog subjekta da u odgovarajućem roku podnese, dopuni, razjasni ili upotpuni informacije ili dokumentaciju povezane s provjerom podrijetla gospodarskog subjekta, pod uvjetom da su takvi zahtjevi u skladu s načelima jednakog postupanja i transparentnosti. Ako gospodarski subjekt ne dostavi takve informacije ili dokumentaciju bez ikakvog razumnog objašnjenja i time spriječi javne naručitelje ili naručitelje da provedu provjeru podrijetla gospodarskog subjekta ili zbog toga takva provjera postane praktički nemoguća ili vrlo teška, taj se gospodarski subjekt isključuje iz sudjelovanja u dotičnom postupku javne nabave. Dakle, zaključuje naručitelj, nedvojbeno je da niti Uredba ne obvezuje javnog naručitelja na opisano postupanje, nego mu ostavlja mogućnost provjere ponuditelja za kojeg se pokaže potreba provjere podrijetla, opet u skladu s načelom jednakog tretmana.

Naručitelj skreće pozornost da Mišljenja nezavisnih odvjetnika nisu obvezujuća i da se ne može prejudicirati stav koji će Sud EU iznijeti u presudi. Naručitelj ukazuje i na to da se ovdje mora uzeti u obzir i vertikalni i horizontalni učinak direktiva u odnosu na države članice EU i nadređenost europskog prava nad internim pravima država članica, a koja nadređenost se utvrđuje kroz sudsku praksu u slučajevima kojima se ujednačava primjena europskog prava.

Naručitelj skreće pozornost i na to da je člancima 69. - 72. Zakona o poslovima i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje propisano sudjelovanje gospodarskih

subjekata iz drugih država u djelatnostima obuhvaćenih tim Zakonom. Dakle, navedeni Zakon koji uređuju obavljanje djelatnosti koja je upravo predmet ovog postupka javne nabave, dopušta stranim gospodarskim subjektima obavljanje djelatnosti u RH, kao i domaćim gospodarskim subjektima. U tom smislu, nastavlja, na mrežnoj stranici Svjetske trgovinske organizacije navedene su sve članice te organizacije, njih 164 (navodi poveznicu) u odnosu na koje u smislu članka 69. Zakona o poslovima i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje ne primjenjuje pretpostavku uzajamnosti u opsegu obavljanja djelatnosti propisanih navedenim Zakonom.

Naručitelj zaključno navodi da, budući da ne postoje na Direktivi 2014/24/EU i ZJN 2016 utemeljene odredbe kojima bi se striktno omogućilo isključenje ponuditelja sa sjedištem u državi koja nema potpisan međunarodni ugovor o otvaranju tržišta javne nabave EU, nego se predmetni članak odnosi na zabranu nepovoljnijeg postupanja prema gospodarskim subjektima iz država potpisnica Sporazuma o javnoj nabavi (Agreement on Government Procurement - GPA) te drugih međunarodnih sporazuma koji su obvezujući za Europsku uniju u odnosu na gospodarske subjekte iz država članica, on kao naručitelj nema obvezu ni ovlaštenje provjeravati navedene okolnosti.

Odabrana zajednica ističe da za postupanje po žalbenom navodu nema uporišta u ZJN 2016 te da je žalitelj u potpunosti promašio sa tumačenjem odredbi članka 84. ZJN 2016 i članka 25. Direktive 2014/24/EU. Naime, objašnjava svoj stav odabrana zajednica, navedene odredbe ZJN 2016 i Direktive odnose se na ponuditelja, a u konkretnom slučaju ponuditelj je zajednica gospodarskih subjekata u kojoj je vodeći član gospodarski subjekt s poslovnim nastanom u RH te je upitno da li se navedene odredbe odnose i na takvu situaciju. Odabrana zajednica također ističe da dosadašnja praksa Državne komisije i Visokog upravnog suda RH ne isključuje pravo sudjelovanja u postupcima javne nabave gospodarskim subjektima iz trećih zemalja koje nemaju s EU sklopljen Sporazum o javnoj nabavi ili drugi međunarodni sporazum o javnoj nabavi koji je obvezujući za EU, već ih dapače potvrđuje kao gospodarske subjekte koji imaju pravo sudjelovati u postupcima javne nabave.

U odnosu na Mišljenje nezavisnog odvjetnika Collinsa u predmetu koji se pred Sudom EU vodi pod Poslovnim brojem: C-652/22 odabrana zajednica navodi da žalitelj iz tumačenja izostavlja činjenicu da i on smatra da ponuditelji iz trećih zemalja "mogu" biti isključeni iz postupaka javne nabave u EU, dakle mogu ali i ne moraju biti isključeni iz postupaka javne nabave u EU. Slijedom navedenog, ustaljena je praksa u postupcima javne nabave u Republici Hrvatskoj da se gospodarskim subjektima iz Turske ne dovodi u pitanje pravo sudjelovanja niti postoji drukčije stajalište Suda Europske unije kao pravno obvezujuće.

U dodatnom očitovanju žalitelj navodi da Direktiva 2014/24/EU i europski pravni okvir predviđaju mehanizme za reciprocitet u postupcima javne nabave. To znači, nastavlja, da ako neka treća zemlja, poput Turske, uvodi mjere koje stavljaju gospodarske subjekte iz EU u nepovoljniji položaj u njihovim postupcima javne nabave, EU može odgovoriti uvođenjem mjera ograničenja pristupa za gospodarske subjekte iz tih zemalja u EU. Načelo reciprociteta u postupcima javne nabave reciprociteta se primjenjuje kako bi se osigurao ravnopravan tretman gospodarskih subjekata iz trećih zemalja koje su potpisnice sporazuma o javnoj nabavi ili drugih relevantnih međunarodnih ugovora. Međutim, nastavlja, za zemlje koje nisu potpisnice takvih sporazuma (kao što je slučaj s Turskom), EU zadržava pravo ograničiti njihov pristup tržištu javne nabave ako te zemlje ne pružaju jednak tretman ponuditeljima iz EU.

Žalitelj dalje navodi da Uredba o instrumentu međunarodne nabave (IMN) omogućava Komisiji da, na vlastitu inicijativu ili temeljem pritužbe, provede istragu o

praksi trećih zemalja. Ako se ustanovi da određena zemlja uvodi restriktivne mjere ili prakse, Komisija može uvesti mjere reciprociteta, koje uključuju prilagodbu bodovanja ponuda iz te zemlje ili čak isključenje njihovih ponuda iz postupaka javne nabave u EU.

Žalitelj je stava da EU Direktiva 2014/24/EU i Uredba o instrumentu međunarodne nabave omogućavaju primjenu mjera reciprociteta prema zemljama koje stavljaju gospodarske subjekte iz EU u nepovoljan položaj i da Turska, osim što nije potpisnica Sporazuma o javnoj nabavi (GPA) unutar Svjetske trgovinske organizacije (WTO), iako je od 1995. članica te organizacije, nego samo ima status promatrača, uvodi vlastita pravila koja mogu dovesti do preferencijalnog tretmana gospodarskih subjekata s poslovnim nastanom u Turskoj u javnim nabavama (primjerice, uvodi mjere koje zahtijevaju upotrebu lokalno proizvedenih materijala za određene infrastrukturne projekte). Slijedom svega navedenog, žalitelj je stava da je odabrana zajednica zadovoljila sve kriterije propisane pravom EU da bude isključena iz predmetnog postupka javne nabave uslijed nepostojanja reciprociteta, a naručitelj je to propustio utvrditi.

Žalitelj u dodatnom očitovanju kao bitno navodi i to da nacionalna tijela nisu nadležna za tumačenje EU direktiva pa tako ni direktiva povezanih sa javnom nabavom te da je u međuvremenu, 22. listopada 2024., donesena presuda Suda EU u slučaju C-652/22 (dalje u tekstu: presuda Kolin). Žalitelj u nastavku iznosi zaključke analize navedene presude prof. Marka Turudića (navodi mrežnu stranicu bloga). Ističe da iz tumačenja EU suda proizlazi da konkretnim subjektima (poput odabrane zajednice) nije dopušteno sudjelovanje u javnim nabavama unutar EU te da nacionalna tijela nemaju ovlast tumačiti nacionalne odredbe o prenošenju Direktive 2014/25 na način da se primjenjuju i na gospodarske subjekte iz trećih zemalja koje nisu sklopile sporazum te vrste s Unijom, a s obzirom na to da Turska nije sklopila predmetni sporazum, pravno je, smatra žalitelj, situacija vrlo jasna. Nacionalna tijela ne mogu dopuštati sudjelovanje gospodarskih subjekata jer bi time obezvrijedili sporazume o slobodnoj trgovini sa trećim zemljama i da bi tada gospodarski subjekti iz zemalja koje imaju sklopljene recipročne trgovinske sporazume sa EU bili stavljeni u nepovoljniji položaj u usporedbi sa gospodarskim subjektima iz zemalja poput Kine i Turske. Stoga je nemoguće, smatra žalitelj, sudjelovanje pravnih subjekata iz trećih zemalja (poput Turske i Kine) te isti nemaju pravo na pravnu zaštitu prema ZJN 2016 te stoga nije niti moguće urediti ugovorni odnos sa istima. Žalitelj je stava da je naručitelj i ranije imao obvezu i ovlaštenje provjeravati navedene okolnosti, a da je predmetnom presudom samo dodatno, na obvezujući način, pojašnjeno da je to bio dužan i napraviti.

Naručitelj u dodatnom očitovanju navodi da iz presude Kolin proizlazi da gospodarski subjekti iz trećih zemalja mogu sudjelovati u postupcima javne nabave, ali da se neće moći pozivati na odredbe Direktive prilikom ostvarivanja svojih prava. Ističe da Sud EU nije utvrdio da je zabranjeno gospodarskom subjektu iz Turske sudjelovati u postupku javne nabave. Smatra da je postupio zakonito i nije imao mogućnost isključiti odabranu zajednicu iz postupka samo iz razloga jer je član zajednice gospodarski subjekt s poslovnim nastanom u Turskoj, budući da ne postoji nikakvo ograničenje niti zabrana sudjelovanja.

Za ocjenu osnovanosti žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 84., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016.

Iz spisa proizlazi da je žalitelj stava da je u predmetnom postupku javne nabave naručitelj bio dužan na temelju članka 84. ZJN 2016 i Mišljenja nezavisnog odvjetnika iznesenog pred Sudom EU u predmetu C-625/22 Kolin, iz postupka javne nabave isključiti odabranu zajednicu isključivo zbog činjenice što je član odabrane zajednice

gospodarski subjekt s poslovnim nastanom u Turskoj. Također smatra da je stav Suda EU iznesen u presudi Suda EU u istom tom predmetu samo potvrda da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda, koje je dovršeno prije donošenja navedene presude, bio dužan na temelju članka 84. ZJN 2016 odabranu zajednicu isključiti iz postupka iz istoga razloga.

Članak 84. ZJN 2016 propisuje da „naručitelj u postupcima javne nabave ne smije postupati nepovoljnije prema gospodarskim subjektima iz država potpisnica Sporazuma o javnoj nabavi (Agreement on Government Procurement - GPA) te drugih međunarodnih sporazuma koji su obvezujući za Europsku uniju nego prema gospodarskim subjektima iz država članica.“

Među strankama nije sporno da član odabrane zajednice ima poslovni nastan u Turskoj i da Turska nije potpisnica Sporazuma o javnoj nabavi (GPA) ili nekog drugog međunarodnog sporazuma koji su obvezujući za EU.

Međutim, prema ocjeni ovog tijela, iz članka 84. ZJN 2016 ne proizlazi da bi naručitelji bili obvezni iz postupka javne nabave isključiti gospodarske subjekte samo na temelju činjenice da im je poslovni nastan u zemlji koja nije potpisnica Sporazuma o javnoj nabavi (GPA) ili nekog drugog međunarodnog sporazuma koji su obvezujući za EU.

Nadalje, takva obveza isključivanja isključivo na temelju činjenice da je navedenim gospodarskim subjektima poslovni nastan u zemlji koja nije potpisnica Sporazuma o javnoj nabavi (GPA) ili nekog drugog međunarodnog sporazuma koji su obvezujući za EU, ne proizlazi niti iz drugih primjenjivih propisa kao ni iz utvrđenja Sud EU u presudi C-625/22 Kolin.

Sud EU u presudi Kolin, na koju se žalitelj u dodatnom očitovanju poziva jer je donesena nakon izjavljivanja žalbe, govori, između ostalog i o sudjelovanju gospodarskih subjekata iz trećih zemalja (s kojim zemljama Europska unija nema sklopljen međunarodni sporazum, osobito GPA-a, kojim se jamči recipročan i ravnopravan pristup gospodarskih subjekata Unije javnoj nabavi u tim trećim zemljama i pristup gospodarskih subjekata iz navedenih trećih zemalja javnoj nabavi u Uniji) u postupcima javne nabave u Europskoj uniji. Pritom Sud EU jasno iznosi stajalište kako među treće zemlje spada i Republika Turska, koja nije stranka ni GPA-a ni bilo kojeg drugog sporazuma kojim se na temelju reciprociteta turskim gospodarskim subjektima dodjeljuje pravo sudjelovanja u postupcima javne nabave u Uniji na ravnopravnoj osnovi u odnosu na gospodarske subjekte iz Unije.

Nadalje, u predmetnoj presudi Sud EU jasno izražava stajalište da pravu Unije nije protivno to da se gospodarskim subjektima iz trećih zemalja dopusti sudjelovanje u postupku javne nabave i ni u kojem dijelu ne nameće obvezu naručiteljima da ponude gospodarskih subjekata iz tih zemalja isključuju kako to pogrešno navodi žalitelj.

Dakle, iako Sud EU jasno iznosi stajalište kako među treće zemlje spada i Turska, koja nije stranka GPA ni drugog sporazuma kojim se na temelju reciprociteta gospodarskim subjektima s poslovnim nastanom u Turskoj dodjeljuje pravo sudjelovanja u postupcima javne nabave u EU na ravnopravnoj osnovi u odnosu na gospodarske subjekte s poslovnim nastanom u EU, Sud EU u navedenoj presudi ne navodi da bi obveza naručitelja u postupcima javne nabave bila isključiti subjekte s poslovnim nastanom u Turskoj, kako to pogrešno navodi žalitelj u svojem žalbenom navodu.

Iz svega navedenog slijedi da niti iz jednog primjenjivog izvora prava, ne proizlazi obveza naručitelja isključiti odabranu zajednicu ponuditelja iz predmetnog postupka javne nabave samo zato jer je član zajednice gospodarski subjekt s poslovnim nastanom u Turskoj, državi bez recipročnih sporazuma o slobodnoj trgovini s EU. Slijedom navedenog, žalbeni navod da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene

ponuda propustio isključiti odabranu zajednicu iz postupka javne nabave na temelju odredbe članka 84. ZJN 2016 ocijenjen je neosnovanim.

Žalitelj u nastavku osporava valjanost dokaza dostavljenih radi zadovoljavanja uvjeta iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi u odnosu na drugu asfaltnu bazu Široki Brijeg iako je, sam ističe, navedeno da nije uzeta u obzir pri ocjeni ponude. U bitnom, žalitelj ističe da je odabrana zajednica kao dokaze kojim dokazuje uvjete iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi priložila Uporabnu dozvolu o privremenoj građevini izdanu od trgovačkog društva koje se bavi zaštitom na radu te Okolišnu dozvolu za objekt „privremeno asfaltno postrojenje“.

Za ocjenu osnovanosti žalbenih navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016.

Primjenom mjerodavnog prava na utvrđeno činjenično stanje Državna komisija je u žalbenom postupku utvrdila da je žalbeni navod neosnovan. Naime, iz prethodno u rješenju citiranog Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda evidentno je da je naručitelj za ocjenu postojanja uvjeta iz točke 29.3. dokumentacije o nabavi ocjenjivao i, u konačnici, priznao samo dokaze vezane za asfaltnu bazu Tounj. Budući da Državna komisija u žalbenom postupku kontrolira zakonitost postupanja naručitelja u postupku pregleda i ocjene ponuda, a naručitelj dokaze vezane za asfaltnu bazu Široki Brijeg u ponudi odabrane zajednice nije ocjenjivao, proizlazi da je ovdje izostala potreba kontrole postupanja naručitelja.

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 66.360,00 eura, koji iznos se odnosi na trošak naknade za pokretanje žalbenog postupka.

Za ocjenu osnovanosti predmetnog zahtjeva mjerodavno pravo čine odredbe članka 430.a te članka 431. stavka 2. i 3. ZJN 2016.

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 66.360,00 eura, koji opravdani trošak se sastoji od uplaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka pred Državnom komisijom. Slijedom navedenog, odlučeno je kao u točki 2. izreke rješenja.

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

UPUTA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv 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.

V.D. PREDsjednice

Maja Kuhar

