



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

KLASA: UP/II-034-02/20-01/713
URBROJ: 354-01/20-9
Zagreb, 9. listopada 2020.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, u vijeću sastavljenom od članova Nelice Vidić, zamjenice predsjednice, te Karmele Dešković i Danijele Antolković, članica, u žalbenom postupku pokrenutom po žalbi žalitelja Elektrocentar Petek d.o.o. Ivanić-Grad, OIB: 17491977848, u odnosu na Odluku o odabiru, u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F5-0005077, predmet nabave: sustav prikupljanja i odvodnje otpadnih voda i sanacija dijela vodoopskrbne mreže aglomeracije Ploče, naručitelja Izvor Ploče d.o.o. Ploče, OIB: 09475552617, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13, 74/14 i 98/19) 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 URBROJ:2821, od 31. kolovoza 2020., u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F5-0005077, predmet nabave: sustav prikupljanja i odvodnje otpadnih voda i sanacija dijela vodoopskrbne mreže aglomeracije Ploče, naručitelja Izvor Ploče d.o.o. Ploče.
2. Nalaže se naručitelju Izvor Ploče d.o.o. Ploče, da u roku od 8 dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave nadoknadi žalitelju Elektrocentar Petek d.o.o. Ivanić-Grad, troškove žalbenog postupka u iznosu od 100.625,00 kuna.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj Izvor Ploče d.o.o. Ploče objavio je 7. veljače 2020. u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje u tekstu: EOJN RH) poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi u otvorenom postupku broj objave: 2020/S 0F5-0005077, predmet nabave: sustav prikupljanja i odvodnje otpadnih voda i sanacija dijela vodoopskrbne mreže aglomeracije Ploče. Kriterij odabira je ekonomski najpovoljnija ponuda koja se određuje na temelju pondera cijene 70% i pondera trajanje jamstvenog roka 30%.

U predmetnom postupku javne nabave dostavljene su četiri, od kojih je dvije naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda ocijenio valjanima te je Odlukom o odabiru URBROJ:2821, od 31. kolovoza 2020., odabrao ponudu ponuditelja Kamgrad d.o.o. Zagreb.

Na navedenu Odluku o odabiru urednu je žalbu putem preporučene pošte 10. rujna 2020. izjavio žalitelj Elektrocentar Petek d.o.o. Ivanić-Grad.

Žalitelj u žalbi u bitnom osporava zakonitost postupanja naručitelja kod pregleda i ocjene ponuda, a žalbenim zahtjevom predlaže poništiti Odluku o odabiru i naknaditi mu troškove žalbenog postupka.

Naručitelj u odgovoru na žalbu te odabrani ponuditelj u očitovanju na žalbu i naručiteljev odgovor na žalbu, u bitnome, osporavaju osnovanost žalbenih navoda u cijelosti i predlažu žalbu odbiti kao neosnovanu.

U tijeku postupka pred ovim tijelom izvedeni su dokazi pregledom i analizom dokaznog materijala koji se sastoji od obavijesti o nadmetanju, dokumentacije o nabavi, Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, Odluke o odabiru, ponude žalitelja, odabrane ponude te ostalih dokaza.

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

Žalba je osnovana.

Žalitelj osporava odbijanje svoje ponude. Opisuje da je u svojem ESPD obrascu pod tehničkom i stručnom sposobnošću naveo da je izvršio ugovor o javnim radovima definiranog tipa: 1. Rekonstrukcija i izgradnja sustava vodoopskrbe i odvodnje na području aglomeracije Nova Gradiška, u vrijednosti od 15.133.398,73 kuna i 2. Izvođenje radova rekonstrukcije i dogradnje objekta infrastrukture na Terminalu Žitnjak, u vrijednosti od 50.510.749,96 kuna. Dalje opisuje da je uz svoj ESPD obrazac dostavio i ESPD obrazac podugovaratelja GP Krk d.d. Krk u kojemu taj gospodarski subjekt, na čiju se sposobnost oslanja radi dokazivanja iskustva, navodi da je izvršio sljedeće radove definiranog tipa: 1. Izgradnja kolektora fekalne kanalizacije i vodoopskrbe naselja Školarevo-Oprič-Konjsko u vrijednosti od 19.491.482,174 kuna te 2. Izgradnja kolektora fekalne kanalizacije i građevina vodoopskrbe naselja Gornji i Donji Rukavac, u vrijednosti od 10.386.782,27 kuna. Navodi da je dostavio i Izjavu o stavljanju resursa na raspolaganje izdanu od GP Krk d.d., što nije ni sporno. Dalje opisuje da ga je naručitelj tražio pojašnjenje na način da se izjasni s koja tri (3) od četiri (4) navedena rada dokazuje tehničku i stručnu sposobnost, a na što je naručitelju pojasnio da tehničku i stručnu sposobnost dokazuje dvjema referencama navedenim u ESPD obrascu podugovaratelja i gospodarskog subjekta na kojeg se oslanja GP KRK d.d. te svojom vlastitom referencom koja se odnosi na aglomeraciju Nova Gradiška.

Žalitelj smatra da je iz njegovog ESPD obrasca, ESPD obrasca podugovaratelja GP Krk d.d. te njegovog pojašnjenja danog naručitelju jasno da je predmetnim referencama dokazao tehničku i stručnu sposobnost sukladno dokumentaciji o nabavi. Naime, žalitelj ističe da člankom 273. stavak 2. ZJN 2016, kao ni dokumentacijom o nabavi, nije propisano da je oslanjanje moguće samo ako će taj subjekt u cijelosti izvoditi radove za koje se ta sposobnosti traži. Isto tako, navodi dalje, taj članak ne propisuje nikakav omjer ili postotak radova koji bi trebao izvršavati gospodarski subjekt koji je svoju referencu ustupio žalitelju. Prema mišljenju žalitelja, iz navedene odredbe proizlazi da je jedino bitno da podugovaratelj koji je žalitelju ustupio svoju referencu sudjeluje u izvršenju ugovora, bez obzira u kojem postotku/omjeru, a osobito ako je jasno da će podugovaratelj zaista izvršavati dio radova koji su predmet nabave.

S tim u vezi žalitelj se pita temeljem čega je naručitelj ovlašten odlučivati koji postotak radova bi podugovaratelj na kojeg se žalitelj oslanja trebao izvoditi radove, bilo to primjerice 5%, 10% ili 17%, a da su time ispunjeni uvjeti iz članka 273. stavka 2. ZJN 2016 pa napominje da o tome ni Državna komisija nije zauzela stav. Žalitelj nadalje navodi da naručitelj nije dokazao da bi se ovdje radilo o eventualnoj krajnosti u primjeni instituta oslanjanja u kojoj bi žalitelj zlorabio institut oslanjanja na drugi gospodarski subjekt radi dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti, na što je očito naručitelj ciljao kada je donio predmetnu Odluku o odabiru, budući da on ima iskustva u izvođenju radova koji su predmet nabave. Žalitelj također ističe da naručitelj nije uzeo u obzir činjenicu da je u svojem ESPD obrascu, osim reference na koju se poziva u pojašnjenju, naveo i drugu Izvođenje radova rekonstrukcije i dogradnje objekta infrastrukture na Terminalu Žitnjak, u vrijednosti od 50.510.749,96 kuna, pa u spis žalbenog predmeta dostavlja razradu te reference iz koje se, kako tvrdi, vidi da se radi o istim ili sličnim radovima. Na koncu, žalitelj ukazuje na smisao i svrhu uvođenja instituta oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta u ZJN 2016, a to je poticanje manjeg i srednjeg poduzetništva, što je nedvojbeno potvrđeno i Presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: VUS) Poslovni broj: UsII-130/19.

Žalitelj u žalbi dalje ističe da, ako se uzmu u obzir razlozi zbog kojih je ponuda žalitelja odbijena, tada je i ponuda odabranog ponuditelja trebala biti nevaljana. Žalitelj opisuje da je odabrani ponuditelj u svojem Ponudbenom listu naveo da dio ugovora daje u podugovor i to gospodarskim subjektima kako slijedi: 1. Esotech d.d. Velenje, Republika Slovenija, i to radove prema dokumentu Podjela radova, u vrijednosti od 10.687.319,57 kuna, odnosno 6,04%; 2. Lasić company d.o.o. Imotski, radove prema dokumentu Podjela radova, u vrijednosti od 9.232.405,43 kuna, odnosno 5,22% te 3. Geoanda d.o.o. Zagreb, radove prema dokumentu Podjela radova, u vrijednosti od 1.653.206,12 kuna, odnosno 0,93% te da iz toga nesporno proizlazi da se odabrani ponuditelj radi dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti, u dijelu koji se odnosi na iskustvo, u cijelosti oslonio na referencu gospodarskog subjekta Esotech d.d. u vrijednosti od 31.872.702,01 kuna, što iznosi 55,02% ukupnog traženog iznosa u podtočki 28.1. dokumentacije o nabavi te gospodarskog subjekta Lasić company d.o.o. koji je priložio dvije reference za izvršene radove u vrijednosti 26.057.750,09 kuna, što iznosi 44,98% ukupnog iznosa traženog dokumentacijom o nabavi. Dakle, navodi dalje žalitelj, ako ćemo primijeniti logiku i način postupanja naručitelja u pogledu ponude žalitelja, kojom je naručitelj analizirao omjere radova koje će izvoditi podugovaratelj i iskustva na koje se pojedini ponuditelj oslanja, dolazimo do toga da se odabrani ponuditelj u 100% traženog iznosa propisanog podtočkom 28.1. Knjige 1 dokumentacije o nabavi, radi dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti oslonio na podugovaratelje koji će izvoditi 11,26% radova, od čega će Esotech d.d. izvoditi 6,04% ukupne vrijednosti ugovora, dok će Lasić company d.o.o. izvoditi 5,22% ukupne vrijednosti radova. Iz opisanog žalitelj zaključuje da odabrani ponuditelj tehničku i stručnu sposobnost ne dokazuje niti jednom svojom referencom, odnosno da isti uopće nema iskustva u izvršavanju radova koji su isti ili slični predmetu nabave, dok bi istovremeno izvršavao 87,81% vrijednosti ugovora o javnoj nabavi radova. Naručitelju je, dakle, naglašava žalitelj, navedena činjenica potpuno prihvatljiva, dok činjenica da bi žalitelj izvršavao 30,20% vrijednosti ugovora o javnoj nabavi radova, a ima iskustvo u izvođenju radova istih ili sličnih predmetu nabave, predstavlja dokaz nepouzdanog ponuditelja. Slijedom iznijetog, žalitelj zaključuje da je kriterij kojim se naručitelj vodio prilikom donošenja Odluke o odabiru ne samo diskriminatoran i protivan članku 4. ZJN 2016, nego je protivan i relevantnim odredbama toga Zakona koje se odnose na dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti, kao i institutu oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta uopće.

Žalitelj također navodi da su vrijednosti radova i postoci koji je naručitelj naveo u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda isti onima iz Ponudbenog lista odabranog ponuditelja, a da naručitelj nije pozvao odabranog ponuditelja da ispravi i uskladi navedene vrijednosti u

Ponudbenom listu prilikom ispravka računskih pogrešaka u Troškovniku, a što nesporno utječe kako na iznos, tako i na postotak radova koji se podugovaraju.

Naručitelj u odgovoru na žalbu u bitnom navodi da je svrha propisivanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti da naručitelj u konačnici izabere izvođača koji ima dovoljnu razinu iskustva potrebnu za izvršenje ugovora. U slučaju kao što je ovaj, navodi dalje, kada se ponuditelj u postupku nabave radova u pretežitom dijelu oslonio na sposobnost drugog gospodarskog subjekta (više od 60%) ne može se smatrati kako ponuditelj ima dovoljnu razinu iskustva za izvršenje ugovora niti da će biti sposoban uredno izvršiti ugovor o javnoj nabavi ukoliko će gospodarski subjekt na čiju se sposobnost oslanja u 60% izvoditi samo 0,3% radova za koju se ta sposobnost traži, a posebice ako se radi o dijelu radova u fazi 8 i to samo i isključivo iskopa rova za polaganje cjevovoda. Naručitelj dalje definira radove koji su predmet konkretnog postupka javne nabave i njihovu podjelu u 11 faza te daje prikaz radova koji čine fazu 8, dodatno ističući da će GP Krk d.d. raditi samo jedan dio tih radova, preciznije samo radove iskopa rova za polaganje cjevovoda u tlu.

Nadalje, očitujući se o navodima vezanim za odabranu ponudu, naručitelj u bitnom navodi da je odabrani ponuditelj u cijelosti dokazao tehničku i stručnu sposobnost sukladno dokumentaciji o nabavi i ZJN 2016. Naručitelj je mišljenja da je praksa Državne komisije i VUS-a pokazala kako se od gospodarskog subjekta na čiju se sposobnost ponuditelj oslanja ne može tražiti da u cijelosti izvodi radove za koje se ta sposobnost traži te da je, u slučaju da gospodarski subjekt izvodi dio radova (koji prelaze 1%), zadovoljena svrha i smisao članka 273. stavka 2. ZJN 2016. Također, podsjeća da je tražio potvrdu ispravka računске pogreške, čemu je odabrani ponuditelj udovoljio.

Ispitujući osnovanost žalbenog navoda izvršen je uvid u dokazni materijal te je utvrđeno kako je sve što žalitelj u žalbi navodi činjenično točno. Međutim, pojedine činjenice valja dodatno istaknuti.

Prije svega, izvršen je uvid u dokumentaciju o nabavi te je utvrđeno da je naručitelj u točki 14. opisao predmet nabave kao radove na izgradnji „Sustava prikupljanja i odvodnje otpadnih voda i sanaciji dijela vodoopskrbne mreže aglomeracije Ploče“, u sklopu projekta „Izgradnja vodnokomunalne infrastrukture aglomeracije Ploče“. U sklopu nabave radova je i izrada izvedbenih projekata, projekata i snimaka izvedenog stanja, provedba testova po dovršetku, uključivo s provedbom tehničkog pregleda, te uklanjanje skrivenih nedostataka u jamstvenom roku, u svemu prema uvjetima ugovora za Građenje za građevinske i inženjerske radove po projektima Naručitelja (FIDIC Crvena knjiga). Detaljan opis radova koji su predmet nabave dan je u Knjizi 3, Knjizi 4 i Knjizi 5 koje su sastavni dio dokumentacije o nabavi.

Prema točki 8. dokumentacije o nabavi naručitelj je vrijednost konkretne nabave radova procijenio na 143.565.798,16 kuna bez PDV-a.

U točki 28. dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao uvjete tehničke i stručne sposobnosti. Tako u uvodu naručitelj navodi da je odredio uvjete tehničke i stručne sposobnosti kojima se osigurava da gospodarski subjekt ima potrebne ljudske i tehničke resurse te iskustvo potrebno za izvršenje ugovora o javnoj nabavi na odgovarajućoj razini kvalitete.

U podtočki 28.1. dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao da ponuditelj mora dokazati da ima minimalno iskustvo u izvođenju radova koji su isti ili slični predmetu nabave, odnosno gospodarski subjekt mora dokazati da je izvršio najmanje, 1 a najviše 3 rada, koji su isti ili slični predmetu nabave, u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom 10 godina koje prethode toj godini. Ponuditelj mora dokazati da je u svojstvu izvođača izveo radove minimalne vrijednosti 40.000.000,00 HRK (bez PDV-a). Obrazloženje: Rok od deset (10) godina je postavljen kako bi se osigurao dovoljan broj ponuda, odnosno da bi se osigurala odgovarajuća razina natjecanja jer se radi o podršci za višegodišnji projekt. Projekt „Izgradnja vodno komunalne infrastrukture aglomeracije Ploče“ se sastoji od izuzetno kompleksnih i

raznovrsnih vodnih građevina čija je izgradnja predmet nabave, te budući da se radi o specifičnim i obuhvatnim ugovorima (FIDIC ugovorni modeli), te velikim investicijskim vrijednostima ugovora, ocjena Naručitelja je kako odabrani Ponuditelj mora posjedovati izuzetno iskustvo u istim ili sličnim poslovima. Postavljeni uvjeti tehničke sposobnosti razmjerni su predmetu nabave. Radovi moraju biti završeni u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom deset godina koje prethode toj godini. Ukoliko je, ponuditelj/gospodarski subjekt, iskustvo stekao kao član zajednice gospodarskih subjekata, u e-ESPD obrascu/Popisu radova koji dostavlja, mora biti jasno naznačeno koji dio izvršenih radova i za koju vrijednost je taj ponuditelj/gospodarski subjekt te radove izvršio, a na način da je vidljivo da gospodarski subjekt ispunjava uvjete iskustva gospodarskog subjekta iz točke 28.1. dokumentacije o nabavi.

Nadalje je naručitelj propisao način utvrđivanja okolnosti iz ove podtočke, odnosno dostavu popunjenog ESPD obrasca u ponudi, mogućnosti provjere informacija navedenih u njemu te što će smatrati dostatnim dokazom kod dostavljanja ažuriranih popratnih dokumenata.

Točkom 32. Knjige 1 dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao pravila vezana za pravni institut oslanjanja na sposobnost drugih subjekata. Tako je propisao da se gospodarski subjekt može u postupku javne nabave radi dokazivanja ispunjavanja kriterija za odabir gospodarskog subjekta, koji se odnosi na ekonomsku i financijsku sposobnost te tehničku i stručnu sposobnost, osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobnog odnosa. Gospodarski subjekt na čiju se ekonomsku i financijsku sposobnost oslanja ponuditelj, solidarno je odgovoran za izvršenje ugovora i u tu svrhu se dostavlja izjava o solidarnoj odgovornosti. Gospodarski subjekt može se u postupku javne nabave osloniti na sposobnost drugih subjekata radi dokazivanja ispunjavanja kriterija koji su vezani uz obrazovne i stručne kvalifikacije ili uz relevantno stručno iskustvo, samo ako će ti subjekti izvoditi radove odnosno pružati usluge za koje se ta sposobnost traži, sukladno članku 273. stavku 2. ZJN 2016. Ako se gospodarski subjekt oslanja na sposobnost drugih subjekata mora dokazati naručitelju da će imati na raspolaganju potrebne resurse za izvršenje ugovora, primjerice prihvaćanjem obveze drugih subjekata da će te resurse staviti na raspolaganje gospodarskom subjektu. Ako se gospodarski subjekt oslanja na sposobnost drugog subjekta dužan je u ponudi dostaviti zaseban ESPD obrazac u kojem su navedeni podaci zatraženi u odjeljcima A i B, dio II i u dijelu III. za svaki od subjekata na koji se gospodarski subjekt oslanja te podaci o tehničkim stručnjacima ukoliko subjekt stavlja na raspolaganje stručnjaka. Naručitelj će od gospodarskog subjekta zahtijevati da zamjeni subjekt na čiju se sposobnost oslonio radi dokazivanja kriterija za odabir ako utvrdi da kod tog subjekta postoje osnove za isključenje ili da ne udovoljava relevantnim kriterijima za odabir gospodarskog subjekta.

Uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda te Odluku o odabiru utvrđeno je kako je naručitelj konstatirao sljedeće: da je ponuditelj Elektrocentar Petek d.o.o. Ivanić-Grad (ovdje žalitelj) u sklopu svoje ponude dostavio svoj ESPD obrazac u kojemu je naveo da je gospodarski subjekt Elektrocentar Petek d.o.o. izvršio radove definiranog tipa: 1. Rekonstrukcija i izgradnja sustava vodoopskrbe i odvodnje na području aglomeracije Nova Gradiška, u vrijednosti od 15.133.938,73 kuna i 2. Izvođenje radova rekonstrukcije i dogradnje objekata infrastrukture na Terminalu Žitnjak, u vrijednosti od 50.510.749,96 kuna; da je u sklopu svoje ponude dostavio ESPD obrazac svog podugovaratelja GP Krk d.d., u kojemu je naveo da je gospodarski subjekt GP KRK d.d. izvršio radove definiranog tipa: 1. Izgradnja kolektora fekalne kanalizacije I=9.001,15 m' i vodoopskrbe naselja I=9.630,37 m' Školarevo-Oprič-Konjsko, u vrijednosti od 19.497.482,17 kn bez PDV-a te 2. Izgradnja kolektora fekalne kanalizacije i građevina vodoopskrbe naselja Gornji i Donji Rukavac, I=5.100,00 m', u vrijednosti od 10.386.782,27 kuna te da je taj gospodarski subjekt svojom Izjavom stavio žalitelju na raspolaganje ove resurse.

Nadalje, naručitelj konstatira da je 3. lipnja 2020. pozvao žalitelja na pojašnjenje ponude, odnosno da razjasni s koja 3 (tri) od 4 (četiri) navedena rada dokazuje tehničku i stručnu sposobnost, s time da, ukoliko tehničku i stručnu sposobnost dokazuje s radom Izvođenje radova rekonstrukcije i dogradnje objekata infrastrukture na Terminalu Žitnjak treba razjasniti opseg radova u smislu podtočke 28.1. Knjige 1 dokumentacije o nabavi, obzirom da naručitelj ne može sa sigurnošću utvrditi radi li se u konkretnom slučaju o radovima koji su isti ili slični predmetu nabave; dalje konstatira da je žalitelj 12. lipnja 2020. pojasnio kako tehničku i stručnu sposobnost dokazuje sljedećim radovima: 1. Rekonstrukcija i izgradnja sustava vodoopskrbe i odvodnje na području aglomeracije Nova Gradiška, u vrijednosti od 15.133.938,73 kuna, 2. Izgradnja kolektora fekalne kanalizacije I=9.001,15 m' i vodoopskrbe naselja I=9.630,37 m' Školarevo-Oprič-Konjsko, u vrijednosti od 19.491.482,17 kuna i 3. Izgradnja kolektora fekalne kanalizacije i građevina vodoopskrbe naselja Gornji i Donji Rukavac, I=5.100,00 m', u vrijednosti od 10.386.782,27 kuna te izričito naveo da nema potrebe za daljnjim pojašnjenjem projekta Izvođenje radova rekonstrukcije i dogradnje objekata infrastrukture na Terminalu Žitnjak, jer tehničku i stručnu sposobnost dokazuje sa tri prethodno navedena rada.

Naručitelj u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda te Odluci o odabiru dalje konstatira da ukupna vrijednost predmetnih radova kojom se dokazuje tehnička i stručna sposobnost iznosi 45.012.203,17 kuna, od čega se 15.133.938,73 kuna, odnosno 33,62% odnosi se na radove žalitelja Rekonstrukcija i izgradnja sustava vodoopskrbe i odvodnje na području aglomeracije Nova Gradiška; da je iz navedenog razvidno kako se žalitelj u pretežitom dijelu radi dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti oslonio na podugovaratelja GP Krk d.d., odnosno da isti prilikom dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti sudjeluje s postotkom od 66,38% iznosa vrijednosti radova kojima se dokazuje tehnička i stručna sposobnost; da je iz Ponudbenog lista žalitelja razvidno kako će podugovaratelj GP Krk d.d. izvoditi 0,30% ugovora o javnoj nabavi (496.523,37 kuna), odnosno da će isti izvoditi samo i isključivo radove iskopa rova za polaganje cjevovoda u tlu u fazi 8.

Naručitelj dalje konstatira da su predmet ovog postupka javne nabave radovi na izgradnji sustava prikupljanja i odvodnje otpadnih voda i sanaciji dijela vodoopskrbne mreže aglomeracije Ploče kako slijedi: Izgradnja gravitacijskih kolektora: LC=31679,43 m; Izgradnja tlačnih cjevovoda: LT= 5284,31m; Sanacija vodovodnih cjevovoda: LV= L4876,28 m; Izgradnja SDNU: LS= L6274,60 m; Sanacija kanalizacije (bez iskopa): LK= 695,20 m; Izgradnja incidentnih preljeva: LI= 92,78 m; Izgradnja crpnih stanica: kom 25; da su predmetni radovi podijeljeni u 11 faza izvođenja te da se faza 8 sastoji od sljedećih radova: Izgradnja gravitacijskih kolektora: LG= 544,59 m; Izgradnja tlačnih cjevovoda: LT= 189,10 m; Sanacija vodovodnih cjevovoda: LV= 556,64 m; Izgradnja SDNU: LS= 369,14 m; Izgradnja crpnih stanica: kom 2.

U nastavku Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda te Odluci o odabiru naručitelj dalje konstatira da će od navedenih 11 faza podugovaratelj GP Krk d.d., koji dokazuje pretežni dio tehničke i stručne sposobnosti, izvoditi samo 0,30% radova i to samo u fazi 8, a riječ je o isključivo radovima iskopa rova za polaganje cjevovoda u tlu. S obzirom na to, konstatira naručitelj, žalitelj nije dokazao minimalnu razinu iskustva koja je tražena podtočkom 28.1. dokumentacije o nabavi, odnosno nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost sukladno dokumentaciji o nabavi koja naručitelju jamči da je ponuditelj sposoban uspješno izvršiti predmetni ugovor o javnoj nabavi u cijelosti. Naručitelj konstatira i to da žalitelj nije dokazao kako se na GP Krk d.d. oslonio sukladno točki 32. Knjige 1 dokumentacije o nabavi, odnosno sukladno članku 273. stavku 2. ZJN 2016, jer da nije dokazao da će GP Krk d.d. izvoditi radove za koje je ustupio svoje resurse odnosno svoje stručno iskustvo, s obzirom na to da će isti izvršavati samo 0,30 % ugovora, odnosno samo i isključivo radove iskopa u fazi 8. Završno naručitelj konstatira da sukladno svemu navedenom, žalitelj nije dokazao dovoljnu razinu iskustva potrebnu da bi se predmetni ugovor o javnoj nabavi mogao uspješno izvršiti, uzimajući

u obzir svrhu i smisao instituta iz članka 273. stavka 2. ZJN 2016, odnosno kako isti nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost sukladno dokumentaciji o nabavi.

Pored činjenica koje je naručitelj naveo u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda te Odluci o odabiru, a koje među strankama nisu sporne, potrebno je istaknuti i to da je iz Ponudbenog lista žalitelja razvidno da žalitelj ima tri podizvoditelja/podugovaratelja, kako slijedi: 1. Texo molior d.o.o. Cavtat, koji će podugovoriti 66,30% radova; 2. GP Krk d.d. Krk, koji će podugovoriti 0,30% radova te 3. Ne-pok d.o.o. Ivanić-Grad, koji će podugovoriti 0,20% radova. Iz Ponudbenog lista i Troškovnika razvidno je da se radovi koje će podugovoriti GP Krk d.d. odnose na „iskop rova za polaganje cjevovoda u tlu „A“, „B“ i „C“ kategorije, sa pravilnim odsjedanjem bočnih strana i dna“, u količini (zbirnoj za sve kategorije) 1.215.02 m³. Iz Ponudbenog lista proizlazi da će žalitelj u okviru predmetnog ugovora o javnoj nabavi radova samostalno izvoditi 33,20% radova.

Radi pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja izvršen je uvid i u odabranu ponudu kojim je utvrđeno sljedeće.

Uvidom u Ponudbeni list utvrđeno je da odabrani ponuditelj ima tri podizvoditelja/podugovaratelja, kako slijedi: 1. Esotech d.d. Velenje, Republika Slovenija, koji će podugovoriti 6,04% radova; 2. Lasić company d.o.o. Imotski, koji će podugovoriti 5,22% radova te 3. Geonda d.o.o. Zagreb, koji će podugovoriti 0,93% radova. Iz dokumenta Podjela radova, priloženog u ponudi odabranog ponuditelja, razvidno je da se radovi koje će podugovoriti Esotech d.d. i Lasić company d.o.o. odnose na građevinske i strojarske te elektrotehničke radove u svih 11 faza. Iz Ponudbenog lista odabranog ponuditelja proizlazi da će odabrani ponuditelj u okviru predmetnog ugovora o javnoj nabavi radova samostalno izvoditi 87,81% radova.

Uvidom u EOJN RH utvrđeno je da je 7. kolovoza 2020. naručitelj odabranom ponuditelju uputio Zahtjev za prihvatanje ispravka računске pogreške s jasno naznačenim pogreškama po fazama radova i stavkama Troškovnika te da je odabrani ponuditelj 10. kolovoza 2020. u cijelosti prihvatio ispravak računске pogreške u njegovoj ponudi. Nadalje, iz Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda proizlazi da je računskom kontrolom odabrane ponude naručitelj utvrdio razliku od 23,94 kuna na više.

Za ocjenu žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 4., članka 259. stavka 1., članka 275. stavka 1., članka 283., članka 280. stavka 1., članka 290. stavka 1., članka 301. stavka 1. i 2., članka 302. stavka 1., članka 313. stavak 2., članka 390., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i članka 19. i članka 21. Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave (Narodne novine, broj 65/17).

Prvenstveno valja ukazati na to da je institut oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta u primjeni kod sektorskih naručitelja uređen člankom 390., a ne 273. ZJN 2016, kako naručitelj u dokumentaciji o nabavi, Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda te Odluci o odabiru, kao i sve stranke u žalbenom postupku navode.

Potom valja skrenuti pozornost žalitelju da je sam naručitelju izričito naveo da nema potrebe za pojašnjenjem njegove reference koja se odnosi na Izvođenje radova rekonstrukcije i dogradnje objekta infrastrukture na Terminalu Žitnjak, u vrijednosti od 50.510.749,96 kuna, jer tehničku i stručnu sposobnost dokazuje sa preostale tri reference (dakle, jednom vlastitom i dvije od gospodarskog subjekta na čiju se sposobnost oslanja, ujedno i podugovaratelja) pa se stoga ne može naručitelju staviti na teret da tu referencu nije uzeo u obzir kod pregleda i ocjene žaliteljeve ponude.

Na početku valja istaknuti i to da je iz EOJN RH razvidno da je naručitelj pozvao odabranog ponuditelja na prihvatanje ispravka računске pogreške u njegovoj ponudi te da je odabrani ponuditelj naručitelju dostavio svoj odgovor kojim prihvaća sve ispravke računске pogreške u svojoj ponudi.

Među strankama nije sporno da ZJN 2016, kako u članku 390., tako i članku 273., ne propisuje konkretan postotak, omjer ili iznos radova koji su predmet postupka javne nabave, koji bi gospodarski subjekt na čiju se sposobnost ponuditelj oslanja morao izvoditi, a kako bi se smatralo da je ispunjen uvjet iz članka 390. stavka 2./273. stavka 2. toga Zakona. Nije sporno niti to da iz navedenih odredaba ZJN 2016 ne proizlazi da je oslanjanje na sposobnost drugog gospodarskog subjekta radi dokazivanja prethodnog stručnog iskustva moguće samo ako će taj subjekt u cijelosti izvoditi radove za koje se ta sposobnost traži.

Među strankama nema spora oko toga da se u konkretnom slučaju žalitelj u pogledu traženog prethodnog iskustva potrebnog za izvršenje predmetnog ugovora o javnoj nabavi radova djelomično (dakle, ne u cijelosti, jer ima i jednu svoju referencu) radi dokazivanja toga uvjeta oslonio na sposobnost jednog od podugovaratelja/podizvoditelja, koji će izvršavati segment radova koji čine 0,30% predmetnog ugovora o javnoj nabavi radova.

Među strankama je sporna primjena prava iz članka 390. stavka 2. ZJN 2016 u konkretnom slučaju.

Naručitelj je svoju ocjenu odbijanja žaliteljeve ponude detaljno obrazložio, iz kojeg obrazloženja proizlazi da naručitelj smatra da žalitelj nije dokazao da ima dovoljnu razinu iskustva potrebnu da bi se predmetni ugovor o javnoj nabavi mogao uspješno izvršiti, imajući pri tome na umu smisao i svrhu instituta oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta.

Svrha i smisao uvođenja toga pravnog instituta u pravni sustav Republike Hrvatske, po prvi puta kroz ZJN 2016, prema stajalištu VUS-a izraženog u Presudi Poslovni broj: UsII-130/19-8, od 13. ožujka 2019., je sprečavanje pojave koja je uočena kod provođenja postupaka javne nabave temeljem prethodno važećeg Zakona o javnoj nabavi u kojemu takva odredba nije postojala, a to je bilo „trgovanje“ referencama, kao i poticanje malog i srednjeg poduzetništva.

Prilikom ocjene tehničke i stručne sposobnosti ponuditelja koji se u određenom dijelu oslanja na iskustvo drugog gospodarskog subjekta, naručitelj je dužan primijeniti jednake kriterije prema svim ponuditeljima, kao i omogućiti dovoljnu razinu transparentnosti kako bi postigao svrhu instituta oslanjanja, a to je poticanje malog i srednjeg poduzetništva, međutim uz osiguranje dovoljne razine iskustva potrebnog za izvršenje ugovora.

Žalitelj u žalbi ukazuje na nejednakost u postupanju naručitelja pri procjenjivanju „dovoljne“ razine iskustva u sklopu uvjeta tehničke i stručne sposobnosti, a u vezi s primjenom instituta oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta, budući da se i on (žalitelj) i odabrani ponuditelj radi dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti oslanjanju na prethodno stručno iskustvo svojih podizvoditelja/podugovaratelja, ali s nekim bitnim razlikama. Iz opisanog činjeničnog stanja, preciznije ponude žalitelja i ponude odabranog ponuditelja zaista proizlazi da je žalitelj ponuditelj koji je dokazao da ima prethodnog stručnog iskustva u izvođenju radova koji su isti ili slični predmetu nabave (ima jednu svoju referencu) i u konkretnom ugovoru samostalno bi izvodio 33,20% radova, dok odabrani ponuditelj nije priložio ni jednu svoju referencu da je izvodio radove koji su isti ili slični predmetu nabave, a u konkretnom ugovoru bi izvodio 87,81% radova.

S pravom se žalitelj pita kojim se kriterijima naručitelj vodio kada je ocijenio da žalitelj, koji dakle dokazuje propisano iskustvo i vlastitom referencom te se samo djelomično oslonio na sposobnost svoga podugovaratelja radi dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti, nema dovoljnu razinu iskustva, a odabrani ponuditelj, koji sudeći po tome da nije priložio niti jednu svoju referencu, nema prethodnog stručnog iskustva sukladno traženju iz dokumentacije, po njegovom sudu ipak ima dovoljnu razinu iskustva traženu u sklopu uvjeta tehničke i stručne sposobnosti, tim više što bi odabrani ponuditelj izvodio pretežiti dio radova u konkretnom ugovoru o javnoj nabavi radova. Naručitelj u odgovoru na žalbu ističe da je svoju ocjenu odabrane ponude temeljio na praksi Državne komisije i VUS-a koji su zauzeli stajalište da je, u slučaju da gospodarski subjekt na koji se ponuditelj oslanja izvodi dio radova (koji prelaze

1%), zadovoljena svrha i smisao instituta oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta. Međutim, Državna komisija ne može se složiti s ovakvim generaliziranjem naručitelja. Naime, kako je svaki postupak javne nabave postupak za sebe, naručitelj je dužan u svakom konkretnom slučaju, uzimajući u obzir sve činjenice i okolnosti konkretnog slučaja, pregledati i ocijeniti ponude s aspekta uvjeta i zahtjeva propisanih u dokumentaciji o nabavi, vodeći se prije svega načelima javne nabave. Naručitelj pri tome ne smije, pravdajući se strogim uvažavanjem prakse Državne komisije, pa nastavno i VUS-a, zanemariti jedno od osnovnih postulata javne nabave, a to je načelo jednakog tretmana ponuditelja, što je u konkretnom slučaju naručitelj, po ocjeni Državne komisije, nedvojbeno učinio. Uostalom, naručitelj pogrešno smatra da se na konkretnom slučaju može primijeti prijašnja praksa Državne komisije, budući da ovakav činjenični supstrat i konkretne okolnosti nisu do sada bile predmetom ispitivanja u žalbenom postupku.

Dakle, naručitelj je svoju ocjenu ponude žalitelja u smislu ispunjenja uvjeta prema članku 390. stavak 2. ZJN 2016, utemeljio na jasnim i detaljno obrazloženim razlozima navodeći da izvođenje i to samo radova iskopa u iznosu od 0,30 % od vrijednosti ugovora, po njegovoj ocjeni ne predstavlja ispunjenje uvjeta iz članka 273. stavka 2. ZJN 2016, a koja ocjena sama po sebi nije protivna ZJN 2016. Međutim, u žalbenom postupku naručitelj nije obrazložio ni ovom tijelu dokazao da je prilikom ocjene ponude odabranog ponuditelja u spornom dijelu postupio na jednak način. S obzirom da je iz utvrđenog činjeničnog stanja razvidno da se prilikom ocjene sposobnosti žalitelja i odabranog ponuditelja vezano za primjenu članka 390. stavak 2. ZJN 2016, naručitelj rukovodio nejednakim kriterijima, žalbeni navod ocijenjen je osnovanim.

Žalitelj navodi da je podugovaratelj i gospodarski subjekt na koji se odabrani ponuditelj oslanja Esotech d.d. u svojem ESPD obrascu naveo da nije imao iskustva s raskidom ugovora i naplatom štete. Žalitelj tvrdi da je je navedeni podugovaratelj dao lažne podatke prilikom ispunjavanja ESPD obrasca, odnosno da kod toga podugovaratelja postoje osnove za isključenje i da je to razvidno iz Odluka Općine Bovec, Republika Slovenija, koja je s njim sklopila Ugovor o izvođenju radova u vrijednosti od 340.000 EUR i to za radove na komunalnoj infrastrukturi i odvodnji. Međutim, navodi dalje žalitelj, Esotech d.d. nije pristupio izvođenju radova 14. veljače 2019., nego tek 28. ožujka 2019. pa je Općina Bovec radi naknade štete aktivirala bankarsku garanciju u vrijednosti 34.348,50 EUR. Iz navedenog nesporno proizlazi, zaključuje žalitelj, da se podugovaratelj susreo s naplatom naknade štete ili slične sankcije u vezi s prethodnim ugovorom o javnoj nabavi, iz čega slijedi da je svjesno dao lažne podatke u ESPD obrascu, iako je imao zakonsku obvezu istinito i točno ispuniti ESPD obrazac. Žalitelj ističe kako su podaci vezani za neprofesionalno postupanje Esotech d.d. objavljeni i javno dostupni pa nisu mogli ostati nepoznati naručitelju. Žalitelj je uz žalbu priložio ispis mrežne stranice Općine Bovec (u prijevodu).

Ispitujući osnovanost žalbenog navoda izvršen je uvid u dokumentaciju o nabavi.

Točkom 25.2. dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao da će isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave 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 člancima 260.-263. ZJN 2016.

Međutim, utvrđeno je i to da naručitelj nije u dokumentaciji o nabavi propisao fakultativnu osnovu za isključenje gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave propisanu u članku 254. stavku 1. točki 7. ZJN 2016. Naime, kako naručitelj u dokumentaciji o nabavi nije propisao da bi iz postupka javne nabave isključio ponuditelja koji pokaže značajne ili opetovane nedostatke tijekom provedbe bitnih zahtjeva iz prethodnog ugovora ili prethodnog ugovora o koncesiji, čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog ugovora, naknada štete ili

druga slična sankcija, ne može žalitelj tvrditi da je podugovaratelj odabranog ponuditelja Esotech d.d. Velenje dao lažne podatke prilikom ispunjavanja svojeg ESPD obrasca, kada se u odnosu na tu okolnost nisu niti tražili podaci. Slijedom navedenog, žalbeni navod ocijenjen je 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, nisu utvrđene osobito bitne povrede.

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

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 100.625,00 kuna, koji iznos se odnosi na trošak naknade za pokretanje žalbenog postupka te trošak sastava žalbe sukladno Odvjetničkoj tarifi.

Za ocjenu osnovanosti zahtjeva mjerodavno pravo čine odredbe članka 431. stavka 2., stavka 3. i stavka 6. ZJN 2016 te članka 3. stavka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave.

Kako je žalba kojom je traženo poništenje Odluke o odabiru osnovana, osnovan je i žaliteljev zahtjev za naknadu opravdanih troškova žalbenog postupka te mu sukladno članku 430. stavku 1. točki 6. ZJN 2016 pripada pravo na trošak u iznosu od 100.625,00 kuna, od čega 100.000,00 kuna na ime uplaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka te 500,00 kuna za sastav žalbe po odvjetniku s pripadajućim povećanjem od 25% u iznosu od 125,00 kuna, sukladno Tbr 20.1. i Tbr 22. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika (Narodne novine, broj 142/12, 103/14, 118/14 i 107/15). Slijedom navedenog, odlučeno je kao u točki 2. izreke ovog Rješenja.

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 elektronički.



Stranke žalbenog postupka:

1. Elektrocentar Petek d.o.o.,
Ivanić-Grad, Etanska cesta 8
2. Izvor Ploče d.o.o.,
Ploče, Trg kralja Tomislava 16
3. Kamgrad d.o.o.,
Zagreb, Josipa Lončara 1h