



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

KLASA: UP/II-034-02/21-02/17
URBROJ: 354-02/8-22-8
Zagreb, 3. siječnja 2022.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članova: Nelice Vidić, zamjenice predsjednice te Darie Duždević i Zvonimira Jukića, članova, povodom žalbe žalitelja zajednice ponuditelja Saubermacher-EKP d.o.o., Split, OIB: 16933460117 i Saubermacher Slovenija d.o.o., Murska Sobota, Republika Slovenija, zastupanog po opunomoćeniku Martinu Lukinu, odvjetniku u Zagrebu, izjavljenoj u odnosu na odluku o davanju koncesije, broj objave: 2020/S 024-0034791 te ispravci objave broj 2020/S 14K-0044823 i 2021/S 14K-0007243, predmet koncesije: obavljanje javne usluge prikupljanja miješanog komunalnog otpada i sakupljanje biorazgradivog komunalnog otpada, davatelja koncesije: Grad Sveta Nedelja, Sveta Nedelja, OIB: 24436052952, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13, 74/14, 98/19 i 41/21), članka 96. Zakona o koncesijama (Narodne novine, broj 69/17 i 107/20) te članka 398. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16, dalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

RJEŠENJE

1. Odbija se žalba žalitelja zajednice ponuditelja Saubermacher-EKP d.o.o., Split i Saubermacher Slovenija d.o.o., Murska Sobota, Republika Slovenija kao neosnovana.
2. Odbija se zahtjev žalitelja za naknadom troškova žalbenog postupka.

Obrazloženje

Davatelj koncesije Grad Sveta Nedelja, Sveta Nedelja objavio je 2. listopada 2020. godine u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje u tekstu: EOJN RH) obavijest o namjeri davanja koncesije iznad EU praga, broj objave: 2020/S 024-0034791, predmet koncesije: obavljanje javne usluge prikupljanja miješanog komunalnog otpada i sakupljanje biorazgradivog komunalnog otpada. Davatelj koncesije je 18. prosinca 2020. i 22. veljače 2021. godine u EOJN RH objavio obavijesti o izmjenama ili dodatnim informacijama za koncesije, pod brojevima objava 2020/S 14K-0044823 i 2021/S 14K-0007243. Kriterij za odabir ponude je ekonomski najpovoljnija ponuda, prema sljedećim kriterijima: kriterij ponuđenog postotka naknade za koncesiju u omjeru 10%, cijena obvezne minimalne javne usluge za korisnike koji kompostiraju biootpad u vlastitom kućanstvu za kategoriju kućanstvo za volumen spremnika 120 litara u omjeru 50%, prosječna cijena obvezne minimalne javne usluge za korisnike koji ne kompostiraju biootpad u vlastitom kućanstvu (kn/mjesecu) za sve korisnike i sve zapremine spremnika u omjeru 15%, prosječna cijena obvezne minimalne javne usluge za korisnike koji kompostiraju biootpad u

vlastitom kućanstvu (kn/mjesecu) za sve korisnike i sve zapremine spremnika u omjeru 15%, prosječna jedinična cijena za pražnjenje volumena spremnika po 1 odvozu (kn) za sve korisnike i za sve zapremine spremnika u omjeru 10%.

U predmetnom postupku davanja koncesije naručitelj je zaprimio četiri ponude, od kojih je tri u postupku pregleda i ocjene ponuda ocijenio valjanima te je Odlukom o davanju koncesije KLASA: 021-05/21-01/10, URBROJ: 238/29-02/1-21-04 od 11. studenog 2021. godine odabrao ponudu zajednice ponuditelja Mull-Trans d.o.o., Oroslavje i Reoma grupa d.o.o., Zagreb kao ekonomski najpovoljniju.

Protiv navedene odluke o davanju koncesije urednu žalbu je 1. prosinca 2021. godine Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio te davatelju koncesije dostavio žalitelj zajednica ponuditelja Saubermacher-EKP d.o.o., Split i Saubermacher Slovenija d.o.o., Murska Sobota, Republika Slovenija, zastupan po opunomoćeniku Martinu Lukinu, odvjetniku u Zagrebu. Žalitelj osporava zakonitost postupanja davatelja koncesije tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda, predlaže poništiti odluku o davanju koncesije te traži da mu se naknade troškovi nastali sudjelovanjem u žalbenom postupku.

U odgovoru na žalbu davatelj koncesije u bitnom osporava žalbene navode te predlaže žalbu odbiti kao neosnovanu.

Odabrana zajednica ponuditelja u očitovanju na žalbu i odgovor na žalbu davatelja koncesije u bitnom navodi da je pravilno postupao davatelj koncesije tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda i donošenja osporene odluke te predlaže žalbu odbiti.

U tijeku postupka pred ovim državnim tijelom izvedeni su dokazi pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala koji se sastoji od obavijesti o namjeri davanja koncesije, dokumentacije za nadmetanje, zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, dostavljenih ponuda, odluke o davanju koncesije te ostalih dokaza.

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

Davatelj koncesije osporava pravodobnost žalbe navodeći da je odluku o davanju koncesije objavio javno u EOJN RH 19. studenog 2021. godine, od kojeg je dana po njegovom mišljenju počeo teći rok za njeno izjavljivanje. Međutim, odredbom članka 49. stavka 3. Zakona o koncesijama propisano je da odluku o davanju koncesije, s preslikom zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, davatelj koncesije dostavlja svakom ponuditelju bez odgode osobnom dostavom. Iz stanja spisa predmetnog postupka davanja koncesije razvidno je da je davatelj koncesije žalitelju dostavio pisanu obavijest u kojoj ga obavještava da je odluku o davanju koncesije objavio u EOJN RH, u privitku koje obavijesti mu je dostavio primjerak zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, a što je žalitelj zaprimio 23. studenog 2021. godine. Žalitelj je stoga saznanje o odluci stekao upravo 23. studenog 2021. godine te činjenica da je odluka doista objavljena u EOJN RH prije toga dana nije relevantna za pitanje početka zakonskog roka od deset dana na izjavljivanje žalbe protiv odluke o davanju koncesije. S obzirom na to da je žalbu protiv odluke o davanju koncesije žalitelj izjavio 1. prosinca 2021. godine putem pružatelja poštanskih usluga preporučenom pošiljkom, njegova je žalba pravodobna.

Žalba žalitelja je neosnovana.

Žalitelj navodi da su u predmetnom postupku davanja koncesije tri od ukupno četiri pristigle ponude, one ponuditelja Nevkoš d.o.o., Vinkovci, Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje i zajednice ponuditelja Mull-Trans d.o.o., Oroslavje i Reoma Grupa d.o.o., Zagreb, prema unaprijed dogovorenom sporazumu podnijete, sačinjene i koncipirane s ciljem da u predmetnom postupku protutržišno djeluju protiv drugih konkurenata koji su dostavili ponude. Ističe da sljedeće ključne činjenice potvrđuju takvu njegovu tvrdnju. Sve tri ponude povezane su kroz upravljačku strukturu (upravu društva) samih ponuditelja, odnosno, žalitelj ukazuje da je Marijana Palijan član uprave, direktor subjekata Nevkoš d.o.o., Vinkovci, Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje te Mull-Trans d.o.o., Oroslavje. Nadalje, da su predmetne ponude tako koncipirane i sačinjene da jedna ponuda bude najviša ponuda, s najvišom cijenom (Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje), da druga ponuda bude srednja ponuda, sa srednjom cijenom (zajednica ponuditelja Mull-Trans d.o.o., Oroslavje i Reoma Grupa d.o.o., Zagreb) i treća najniža ponuda, s najnižom cijenom (Nevkoš d.o.o., Vinkovci). Također žalitelj ističe da su „Programi za upravljanje zaštitom okoliša“, koji su priloženi u svakoj od tih ponuda, sadržajno i tekstualno u potpunosti isti, što smatra još jednim dokazom da su ponude bile unaprijed zajednički i dogovorno izrađene. Konačno, žalitelj upućuje na činjenicu da su sve predmetne ponude povezane kroz vlasničku strukturu. Tako ukazuje da je ponuditelj Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje istovremeno vlasnik (osnivač/član društva) ponuditelja Mull-Trans d.o.o., Oroslavje kao i ponuditelja Nevkoš d.o.o., Vinkovci.

Žalitelj pri tome upućuje na odredbu članka 6. stavka 1. Zakona o koncesijama prema kojoj je davatelj koncesije prema svim gospodarskim subjektima obvezan poštovati, između ostalih, i načelo tržišnog natjecanja. Zatim upućuje na članak 5. točku 23. toga Zakona prema kojem je neuredna ponuda ona ponuda za koju davatelj koncesije osnovano smatra da nije u skladu s pravilima poštenog tržišnog natjecanja. Također, žalitelj upućuje na odredbe članka 25. stavka 1. točke 5. toga Zakona prema kojima davatelj koncesije može isključiti gospodarski subjekt iz postupka davanja koncesije ako može na odgovarajući način dokazati da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima koji ima za cilj narušavanje tržišnog natjecanja. Istovremeno podnositelj žalbe upućuje na odredbe Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09, 80/13, 41/21) i to odredbe članka 2.c točke 3. prema kojima je kartel sporazum ili usklađeno djelovanje između dva ili više konkurenata kojem je cilj usklađivanje njihovih postupanja na tržištu uključujući manipuliranje postupkom podnošenja ponuda, ograničenja uvoza ili izvoza ili protutržišnih djelovanja protiv drugih konkurenata. Žalitelj zaključuje da je davatelj koncesije propustio primijeniti sve citirane odredbe te da je stoga njegova odluka o davanju koncesije nezakonita.

Davatelj koncesije u odgovoru na žalbu ističe da tijekom pregleda i ocjene pristiglih ponuda nije, temeljem članka 25. stavka 1. točke 5. Zakona o koncesijama, dokazao da su navedeni gospodarski subjekti sklopili sporazum s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja. Ukazuje da davatelj koncesije samostalno utvrđuje činjenice i okolnosti u postupku davanja koncesije te na temelju utvrđenih činjenica i okolnosti (a ne pretpostavki), donosi odluke u skladu s odredbama ZJN 2016 i Zakona o koncesijama. Također ističe da ne postoje fizički dokazi temeljem kojih bi se moglo tvrditi da postoji sporazum gospodarskih subjekata Nevkoš d.o.o., Vinkovci, Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje i zajednice ponuditelja Mull-Trans d.o.o., Oroslavje i Reoma Grupa d.o.o., Zagreb. Stoga smatra da je tvrdnja žalitelja da su dostavljene ponude tih ponuditelja unaprijed zajednički i dogovorno sačinjene i koncipirane zapravo nedokaziva pretpostavka. Davatelj koncesije nadalje navodi da je nesporno da postoji povezanost gospodarskih subjekata kroz upravljačku i vlasničku strukturu, no da ta činjenica prema odredbama ZJN 2016 te Zakona o koncesijama ne predstavlja okolnost zbog koje bi bilo koji gospodarski subjekt mogao biti isključen iz postupka. Nadalje ističe da

nije sporno da je dokument „Program za upravljanje zaštitom okoliša“ identičan u sve tri sporne ponude, no, prema mišljenju davatelja koncesije, radi se o *de facto* generičkom dokumentu koji se uobičajeno u praksi koristi slično kao forma dana u ponudama te s obzirom na to da navedeni dokument nije od utjecaja na kriterije odabira, ne može predstavljati okolnosti temeljem koje bi se moglo tvrditi da postoji zabranjeni sporazum na način kako to iznosi žalitelj ili da bi temeljem toga trebalo donijeti odluku o odbijanju ponuda. U vezi s tim je i činjenica, ističe davatelj koncesije, da ponuditelji u postupcima nabava i dodjele koncesija koriste institute uvida u ponude drugih ponuditelja, zbog čega su dokumenti dostupni svim ponuditeljima i ranije te se koriste u preostalim nadmetanjima.

Davatelj koncesije u nastavku odgovora na žalbu navodi da se jedina bitna okolnost za razmatranje žalbenog navoda da se radi o potencijalno zabranjenom dogovoru među subjektima, nalazi u dijelu navoda koji se tiče ponuđenih cijena. Ono što žalitelj propušta navesti, ukazuje davatelj koncesije, je da sve tri ponude u svojim troškovnicima nude vrlo različite cijene odvoza po svim kategorijama, uključujući cijene koje čine kriterije ekonomski najpovoljnije ponude. Navedeno rezultira time da tri sporne ponude imaju vrlo različite bodove nakon izračuna ekonomski najpovoljnije ponude, pojašnjava davatelj koncesije. No, ključna okolnost koju je potrebno razmotriti, smatra davatelj koncesije, je činjenica da iz različito ponuđenih cijena za različite stavke u troškovnicima u tri sporne ponude proizlazi informacija da ponuditelji različite cijene daju za fiksne i varijabilne troškove, a ta je okolnost ključna, jer ponuditelji upravo dajući cijene za različite vrste korisnika u fiksnom i varijabilnom iznosu preuzimaju budući rizik nepoznatog ponašanja korisnika, o čemu ovisi njihov budući prihod, odnosno profit. Dakle, za razliku od postupaka javne nabave u kojima pojedini ponuditelj daje fiksnu cijenu za određenu uslugu, u ovom postupku, pojašnjava davatelj koncesije, ponuditelji određuju cijenu ne znajući za buduće ponašanje korisnika i preuzimajući rizik ponašanja korisnika u cjelini. Naime, ako se korisnici ponašaju tako da imaju manje recikliranja, a više odvoza, profitirat će ponude ponuditelja koji nudi veću varijabilnu cijenu odvoza, ukazuje davatelj koncesije. S druge strane, ako korisnici više recikliraju, a manje odvoze, ponuda ponuditelja koji nudi veću varijabilnu cijenu odvoza biti će najnepovoljnija. Stoga davatelj koncesije ističe da je žalbeni navod koji apstraktno navodi da je neka cijena visoka, a neka niska, nepotpun i netočan jer cijena (budući prihod/profit) zapravo ovisi o cijelom zbroju cijena iz troškovnika te budući prihod/profit nije fiksno postavljen u trenutku davanja ponude, već ovisi o ponašanju korisnika na dugi period. U tom je smislu, prema mišljenju davatelja koncesije, tržišno nelogična tvrdnja o dogovoru/sporazumu, s obzirom na to da niti jedan od tri sporna ponuditelja ne može u trenutku podnošenja ponude biti siguran u buduće ponašanje krajnjih korisnika, već je logična pretpostavka da je svaki od tri ponuditelja odabrao varijantu cijene i rizika za koju je procijenio da je za njega najizglednija.

Među strankama žalbenog postupka nesporne su činjenice, a koje je žalbeno tijelo provjerilo uvidom u dokumentaciju postupka, da su u predmetnom postupku davanja koncesije, osim žaliteljeve, pristigle još tri ponude, gospodarskih subjekta Nevkoš d.o.o., Vinkovci, Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje te ona zajednice ponuditelja Mull-Trans d.o.o., Oroslavje i Reoma Grupa d.o.o., Zagreb. Također je nesporno da su gospodarski subjekti Nevkoš d.o.o., Vinkovci, Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje i Mull-Trans d.o.o., Oroslavje povezani kroz upravljačku strukturu, osobom direktora, kao i kroz vlasničku strukturu. Nadalje nije sporno da su sva tri ponuditelja u sklopu svojih ponuda dostavili dokument naslova Program o mjerama upravljanja zaštitom okoliša, identičnog sadržaja.

Žalitelj u žalbi ispravno citira odgovarajuće odredbe Zakona o koncesijama za koje smatra da ih je davatelj koncesije trebao primijeniti u ovom slučaju, međutim ovdje je potrebno ukazati i da ZJN 2016 u članku 403. propisuje pravila dokazivanja u žalbenom

postupku, točnije u stavku 2. tog članka propisano je da je žalitelj obavezan dokazati postojanje postupovnih pretpostavki za izjavljivanje žalbe, kao i povrede postupka ili materijalnog prava koje su istaknute u žalbi.

Žalbeno tijelo ocjenjuje da okolnost da su gospodarski subjekti Nevkoš d.o.o., Vinkovci, Eko Flor Plus d.o.o., Oroslavje i Mull-Trans d.o.o., Oroslavje povezani kroz vlasničku i upravljačku strukturu sama za sebe nije dokaz postojanja tajnog sporazuma među njima u cilju narušavanja tržišnog natjecanja u predmetnom postupku davanja koncesije. Naime, u pravu je davatelj koncesije kada ukazuje na to da povezanost gospodarskih subjekata kroz upravljačku i vlasničku strukturu prema odredbama ZJN 2016 te Zakona o koncesijama ne predstavlja okolnost zbog koje bi bilo koji gospodarski subjekt mogao biti isključen iz postupka. Osim toga, odredba članka 2.c točke 3. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja na koju ukazuje žalitelj nije primjenjiva jer se ista odnosi na sporazum ili usklađeno djelovanje dva ili više konkurenata, dakle neovisnim društvima, a u konkretnom slučaju je riječ o ovisnim društvima.

Također, prema ocjeni žalbenog tijela, niti činjenica da su sva tri ponuditelja izradili i u ponudama dostavili dokument naslova Program o mjerama upravljanja zaštitom okoliša, identičnog sadržaja, sama po sebi nije dokaz postojanja nedopuštenog dogovora/sporazuma među njima naročito uzimajući u obzir značaj traženog dokumenta i povezanost samih ponuditelja. Naime, točkom 4.3.4. dokumentacije za nadmetanje propisano je da je jedan od uvjeta tehničke i stručne sposobnosti podatak o mjerama za upravljanje okolišem koje će gospodarski subjekt biti u mogućnosti primijeniti tijekom izvršavanja ugovora. U tu je svrhu u ponudi trebalo dostaviti pisani program gospodarskog subjekta o mjerama upravljanja zaštitom okoliša koje će gospodarski subjekt primjenjivati prilikom pružanja javne usluge prikupljanja miješanog i biorazgradivog komunalnog otpada, koja mora prvenstveno sadržavati planirane mjere koje gospodarski subjekt kao koncesionar namjerava provoditi tijekom ugovora o koncesiji radi smanjenja količine miješanog komunalnog otpada na području Grada Svete Nedelje, osobito u kontekstu ponuđenih jediničnih cijena navedenih u troškovniku koji je sastavni dio ponude.

Nadalje, treba reći da postupanje ponuditelja u postupku davanja koncesije, neovisno o međusobnoj povezanosti, može biti pokazatelj da njihove ponude nisu rezultat tržišnog natjecanja, međutim, u konkretnom slučaju žalitelj nije dokazao da su ponuditelji postupali protivno pravilima tržišnog natjecanja. Naime, žalitelj ukazuje na upravljačku i vlasničku povezanost navedenih ponuditelja te samo paušalno navodi da je jedan ponuditelj ponudio najvišu, drugi srednju a treći najnižu cijenu bez ikakvog daljnjeg obrazloženja. Okolnost da je jedna ponuda s najvišom cijenom, druga sa srednjom i treća s najnižom cijenom, sama za sebe niti s obzirom na međusobnu povezanost ponuditelja, nije dokaz da one nisu rezultat tržišnog natjecanja, naročito kada se uzme u obzir obrazloženje davatelja koncesije iz odgovora na žalbu i činjenica da je odabrana ponuda s najvišom ponuđenom koncesijskom naknadom.

Slijedom svega navedenog, žalbeni je navod ocijenjen neosnovanim.

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

Sukladno prethodno navedenom, a temeljem članka 425. stavka 1. točke 3. ZJN 2016, žalba se odbija kao neosnovana, kako je i odlučeno u točki 1. izreke ovog rješenja.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka, u iznosu od 100.000,00 kuna, na ime plaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka. Sukladno

odredbi članka 431. stavak 4. ZJN 2016, u slučaju odbijanja žalbe žalitelj nema pravo na naknadu troškova žalbenog postupka. Stoga je odlučeno 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 dana primitka Rješenja. 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. Zajednica ponuditelja
Saubermacher-EKP d.o.o., Split,
4. Gardijske brigade 32 i
Saubermacher Slovenija d.o.o.,
Ulica Matije Gupca 2, Murska Sobota,
Republika Slovenija
2. Grad Sveta Nedelja, Trg Ante Starčevića 5,
Sveta Nedelja
3. Zajednica ponuditelja
Mull-Trans d.o.o., Oroslavje, Mokrice 180C i
Reoma grupa d.o.o., Zagreb,
Radnička cesta 173K