



REPUBLIKA HRVATSKA
VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE
Z A G R E B
Frankopanska 16

Poslovni broj: UsII-130/19-8

REPUBLIKA HRVATSKA
354 - DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE

Primljeno: 03 -05- 2019		
Prilog	Meposredno	Poštom
Klasa: 07/11-034-02/17-01/587		
Ur. broj: 383-01/19-14		

U I M E R E P U B L I K E H R V A T S K E

P R E S U D A

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda, Lidije Vukičević predsjednice vijeća, mr.sc. Inge Vezmar Barlek i Marine Kosović Marković, članica vijeća, te sudske savjetnice Branke Cvitanović, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Colas Hrvatska d.d. Varaždin, Međimurska 26 i Swietelsky d.o.o. Zagreb, Nova cesta 192 koje zastupa Zajednički odvjetnički ured Dražen Vuković i Saša Lalić, Hrvatske mornarice 1D, Split, protiv tuženika Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, Koturaška 43/IV, uz sudjelovanje zainteresirane osobe Pedom asfalti d.o.o. Zagreb, Trsatska 2c i Hrvatske ceste d.o.o. Zagreb, Vončinina 3 radi javne nabave, na sjednici vijeća održanoj 13. ožujka 2019.

presudio je

- I. Odbija se tužbeni zahtjev tužitelja za poništenje rješenja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, KLASA: UP/II -034-02/17-01/587, URBROJ: 354-01/17-7 od 6. studenoga 2017. godine.
- II. Odbija se zahtjev tužitelja za naknadom troškova spora.

Obrazloženje

Rješenjem poslovni broj: UsII-343/17-2 od 13. prosinca 2017. godine Sud je zastao s postupkom u ovom Upravnom sporu do donošenja odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske o ustavnosti članka 434. stavaka 3. i 4. i članka 435. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16., dalje: ZJN). S obzirom da je Ustavni sud Republike Hrvatske odlukom broj: U-I-2911/2017 od 5. veljače 2019., koja je kod ovog Suda zaprimljena 13. veljače 2019., odbio zahtjev za ocjenu suglasnosti s Ustavom navedenih odredbi, prestali su postojati razlozi za zastoj postupka pa je spor nastavljen.

Tužitelj u tužbi navodi da je osporenim rješenjem tuženika poništena odluka o odabiru KLASA: 011-01/2017-3/173, URBROJ: 345-850/638-2017-5 od 8. kolovoza 2017. godine u otvorenom postupku javne nabave, br. objave: 2017/S 0F2 – 0012205, predmet nabave: obnova asfaltnog kolnika na državnoj cesti DC 10, čvor Sveta Helena – čvorište Vrbovec 1 i čvorište Vrbovec 1 – čvorište Gradec, naručitelja Hrvatske ceste d.o.o. Zagreb (dalje u tekstu: naručitelj), te je naloženo naručitelju da u roku od 8 dana od dana javne objave na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave nadoknadi

žalitelju, Pedom asfalti d.o.o. Zagreb troškove žalbenog postupka u iznosu 45.000,00 kn. Tuženik je odluku o odabiru naručitelja poništio, jer je utvrdio neosnovanim stav naručitelja da se ponudbeni list ispunjen u EOJN vezan za udio u podugovora podugovaratelja imenovanog u ponudbenom listu, ne može mijenjati jer prema mišljenju tuženika opisano postupanje (izmjena udjela podugovaratelja) nije izmjena ponude koja bi dovela do pregovaranja u vezi s kriterijima za odabir ponude ili ponuđenim predmetom nabave. Neosnovanim, tuženik, smatra stav naručitelja da žalitelj Pedom asfalti d.o.o. nije pojašnjavanjem i upotpunjavanjem ponude otklonio nedostatak svoje ponude glede dokazivanja uvjeta traženog točkom 22. 3. 1. dokumentacije o nabavi, jer nije naveo ugovor o uredno izvršenim radovima kojima bi dokazao svoje relevantno stručno iskustvo u svrhu zadovoljenja uvjeta iz navedene točke dokumentacije o nabavi te pojašnjavanjem potvrdio da se oslanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta G.P.P. Mikić d.o.o. radi dokazivanja ispunjavanja kriterija koji su vezani za relevantno stručno iskustvo, a pri tome gospodarski subjekt G.P.P. Mikić d.o.o. neće u cijelosti izvršavati radove za koje se ta sposobnost traži, što je protivno točki 22.3. dokumentacije o nabavi iz čl. 273. st. 2. Zakona o javnoj nabavi 2016. Prema stavu tuženika iz ove zakonske odredbe ne proizlazi (kako tumači naručitelj) da je oslanjanje na sposobnost drugog subjekta radi dokazivanja relevantnog stručnog iskustva moguće samo ako će taj subjekt u cijelosti izvoditi radove ili pružati usluge za koje se ta sposobnost traži i na čiju se sposobnost ponuditelj oslanja. Tužitelji smatraju da su navedena stajališta tuženika neosnovana i protivna Zakonu o javnoj nabavi, te da je stoga i pobijana odluka nezakonita. Naručitelj je ponudu žalitelja Pedom asfalti d.o.o. odbio, jer je utvrdio da je u postupku pojašnjenja i upotpunjavanja izmijenio svoju ponudu u dijelu u kojem se definira koji će dio ugovora izvoditi podizvoditelji i, čime je izmijenio podatke u ponudbenom listu ispunjenom u EOJN, što u ovoj fazi nije moguće, jer se podaci navedeni u ponudbenom listu mogu mijenjati samo do kraja roka za dostavu ponuda. Ovakav stav naručitelja tuženik je smatrao neosnovanim, jer smatra da izmjenom ponudbenog lista na opisani način nije došlo do izmjene ponude žalitelja, te je žalbu žalitelja u ovom dijelu utvrdio osnovanom. Tužitelji smatraju da je takav stav i postupanje tuženika neosnovano. Suprotno iskazanom stavu tuženika, izmjena ponudbenog lista odnosno u tom dokumentu navedenih podataka kroz institut dopune/upotpunjavanja ponude nije dopuštena ni zakonita.

Navodi čl. 20. st. 8. Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave koji jasno propisuje da se u pogledu ponudbenog lista, troškovnika i jamstva za ozbiljnost ponude ne može tražiti upotpunjavanje/dopuna ponude. Tužitelji su mišljenja da se izmjena sadržaja ponude po pitanju dijela ugovora koji se daje u podugovaranje ne može nikako podvesti pod okvire pravilne primjene čl. 293. Zakona o javnoj nabavi, s obzirom da je svrha tog članka uklanjanje otklonjivih pogrešaka i nedostataka, te pojašnjenje ponude, a ne izmjena sadržaja ponude, a pogotovo ne sadržaja ponude koji je naveden u ponudbenom listu. Smatra nespornom činjenicu da je žalitelj Pedom asfalti d.o.o. nakon dostave svoje ponude, istu mijenjao na način da je znatno povećao udio ugovora koji daje u podizvođenje, te da je time mijenjao znatno bitan sadržaj svoje ponude, a koji je naveden u ponudbenom listu. Smatra pravilnim postupanje naručitelja, kada je iz tog razloga odbio ponudu društva Pedom asfalti d.o.o.. Tužitelji smatraju da čak i kada se uzme da je pojašnjavanje/upotpunjavanje ponude žalitelja Pedom asfalti d.o.o. osnovano (a nije iz navedenih razloga), žalitelj u predmetnom postupku nije dokazao tehničku i stručnu

sposobnost za izvođenje predmetnih radova. Navodi odredbu čl. 273. st. 2. Zakona o javnoj nabavi koji propisuje da se gospodarski subjekt može u postupku javne nabave osloniti na sposobnost drugih subjekata radi dokazivanja ispunjavanja kriterija koji su vezani za relevantno stručno iskustvo, samo ako će ti subjekti izvoditi radove za koje se ta sposobnost traži. Stoga ako bi se zanemarila činjenica da je žalitelj Pedom asfalti d.o.o. prvotno u svojoj ponudi izjavio da se, što se tiče iskustva ne oslanja na sposobnost drugih gospodarskih subjekata, isti čak ni nakon izmijene svoje ponude po tom pitanju (koja izmjena je prema mišljenju tužitelja nedopustiva) nije dokazao da će njegov podizvođač koji mu je ustupio referencu izvoditi radove za koje se tražila sposobnost (iskustvo) koju društvu Pedom asfalti d.o.o. nisu imala, a koja se tražila dokumentacijom o nabavi. Društvo G.P.P. Mikić d.o.o. je žalitelju stavilo na raspolaganje svoju referencu odnosno potvrdu o urednom izvršenju radova, kako bi je koristio kao dokaz da ispunjava uvjete iz točke 22.3.2 dokumentacije o nabavi odnosno da posjeduje iskustvo u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom 5 godina koje prethode toj godini, a što se dokazuje jednom potvrdom o urednom izvođenju i ishodu najvažnijih radova iz izvršenog ugovora za obnovu kolnika državne ceste/autoceste ili obnovu/rekonstrukciju/izgradnju državne ceste/auto ceste s asfaltnim kolnikom čija je vrijednost jednaka procijenjenoj vrijednosti nabave (bez PDV-a). Društvo Pedom asfalti d.o.o. nije imalo potrebno iskustvo za izvođenje predmetnih radova te se (izmjenom ponude) pokušalo osloniti na referencu drugog društva, ali pri tome nije poštivalo odredbu čl. 273. st. 2. Zakona o javnoj nabavi jer je u svojoj ponudi predvidio da će G.P.P. Mikić d.o.o. izvoditi samo pojedine stavke radova koji su predmet nabave. Stoga je jasno da podizvođač G.P.P. Mikić d.o.o. neće izvoditi radove za koje je svoju sposobnost stavilo na raspolaganje društvu Pedom asfalti d.o.o., a što je protivno citiranoj izričitoj zakonskoj odredbi. Stoga smatraju da žalitelj nije u predmetnom postupku javne nabave dokazao svoju stručnu sposobnost te da je njihovu ponudu bilo potrebno odbiti kako je to pravilno i učinio naručitelj. Tuženik je o ovom pitanju u pobijanoj odluci zauzeo nepravilan stav i pobijanim rješenjem neosnovano ukinuo odluku o odabiru.

Tužitelji predlažu sudu da nakon održane rasprave donese presudu kojom usvaja tužbu i poništava rješenje tuženika i odredi tuženiku nadoknaditi tužiteljima trošak postupka prema popisu troška i to za sastav tužbe sa PDV-om ukupno 2.750,00 kn, a pristojbu prema odluci suda.

U odgovoru na tužbu tuženik u bitnom navodi da se protivi tužbenom zahtjevu tužitelja i predlaže odbiti ga kao neosnovanog iz razloga navedenih u iscrpnom obrazloženju pobijanog rješenja. U odnosu na sporno pitanje da li pojašnjenje ponude gospodarskog subjekta Pedom asfalti d.o.o. predstavlja nezakonitu izmjenu ponude tužitelj tumači čl. 20. st. 8. Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave (Narodne novine broj 65/17, dalje: Pravilnik) izdvojeno iz konteksta i na pogrešan način. Svi propisi, pa tako i Pravilnik tumače se uzimajući u obzir ne samo dikciju konkretne odredbe već je svaku odredbu potrebno tumačiti u vezi s ostalim odredbama istog propisa, što znači uzimajući u obzir propis u cjelini čak i šire, uzimajući u obzir i ostale propise kojima se uređuje sporna materija, pa je u konkretnom slučaju bilo potrebno uzeti u obzir i odredbe Zakona o javnoj nabavi 2016. Tuženik je u osporenom rješenju izložio ne samo sadržaj čl. 20. st. 8. Pravilnika nego i druge relevantne odredbe Zakona o javnoj nabavi 2016 koje uređuju sporno pitanje podugovaratelja, a temeljem kojih odredaba je Pravilnik donesen. Iz ukupnosti svih

relevantnih odredaba, a ne samo iz izoliranog gramatičkog tumačenja navedenog članka Pravilnika tuženik je utvrdio da se u ponudbenom listu ne mogu mijenjati predmet i cijena ponude, dok se drugi elementi ponudbenog lista, a među kojima su podaci o podugovarateljima, mogu mijenjati primjenom čl. 293. Zakona o javnoj nabavi 2016. Uzme li se u obzir i sama dikcija čl. 20. st. 8. Pravilnika, kada bi tumačili ovu odredbu izolirano kao što to čini tužitelj proizlazi neosnovanost tužiteljevih navoda. Navedenim člankom je propisano da naručitelj primjenom čl. 293. Zakona o javnoj nabavi 2016 ne smije tražiti ponuditelja da ponudbeni list, troškovnik i jamstvo za ozbiljnost ponude dostavi tijekom pregleda i ocjene ponuda. Navedeni članak Zakona o javnoj nabavi 2016 naručitelju omogućuje da od ponuditelja traži ne samo da naknadno (tijekom pregleda i ocjene ponuda, dakle nakon proteka roka za dostavu ponuda) dostavi dokumente koje su ponuditelji bili dužni dostaviti u roku za dostavu ponuda, nego mu omogućuje da ponuditelje traži da ih dopune, razjasne ili upotpune. Navedeni članak Pravilnika brani naručitelju da nakon proteka roka za dostavu ponuda od ponuditelja traži da naknadno dostavi ponudbeni list, troškovnik i jamstvo za ozbiljnost ponude, ali ne brani javnom naručitelju da u odnosu na te iste dokumente tijekom pregleda i ocjene ponuda od ponuditelja traži da ih dopune, razjasne ili upotpune. U konkretnom slučaju ponuditelj Pedom asfalti d.o.o. nije propustio u roku za dostavu ponuda dostaviti ponudbeni list te ga nije po prvi puta dostavio tijekom pregleda i ocjene ponuda po pozivu naručitelja, nego je već u dostavljenom ponudbenom listu, kojega je dostavio u roku za dostavu ponuda, po pozivu naručitelja u njemu vršio dopune, razjašnjenja ili upotpunjavanja, a koje radnje iz navedenog članka zakona nisu zabranjene navedenom odredbom Pravilnika. U odnosu na sporno pitanje tehničke i stručne sposobnosti ponuditelja Pedom asfalti d.o.o., odnosno je li podugovaratelj na čiju se sposobnost ponuditelj oslonio dužan u cijelosti izvoditi radove za koje se sposobnost tražila tuženik se očituje na način da u ovom slučaju mjerodavnu odredbu tužitelj tumači izolirano, zanemarujući pritom druge relevantne odredbe, a posebice odredbe o dokazivanju tehničkih i stručnih sposobnosti na koje se čl. 273. st. 2. Zakona o javnoj nabavi 2016 ponajprije odnosi. Svaki dokaz sposobnosti, pa tako i dokaz tehničke i stručne sposobnosti traži se kako bi se dokazala sposobnost izvršiti predmet nabave u cijelosti (100 % ugovora). Upravo je iz tog razloga u konkretnom slučaju dokumentacijom o nabavi kao dokazom tehničke i stručne sposobnosti tražena referenca u vrijednosti najmanje jednakoj procijenjenoj vrijednosti nabave, dakle 100 % vrijednosti budućeg ugovora. Kada bi se prihvatilo tumačenje tužitelja da u konkretnom slučaju podugovaratelj na čiju se sposobnost ponuditelj oslonio treba izvršavati 100 % radova za koje je referenca ustupljena, a imajući na umu da se svaka referenca daje za dokazivanje sposobnosti izvršiti 100 % ugovora, tada bi to značilo da bi u konkretnom slučaju podugovaratelj trebao izvršavati predmet nabave u cijelosti, što znači 100 % budućeg ugovora. Ovakvo tumačenje smatra pogrešnim, jer bi u tom slučaju podugovaratelj zapravo (de facto) preuzeo poziciju samog ponuditelja, a on to nije. U tom slučaju niti jedan gospodarski subjekt koji i u najmanjem dijelu samostalno nema traženu sposobnost (primjerice ugovor u traženoj vrijednosti, kao što je ovdje slučaj) ne bi nikada niti mogao biti ponuditelj u javnoj nabavi. Čl. 273. st. 2. Zakona o javnoj nabavi 2016 ne propisuje nikakav omjer/postotak radova ili usluga koji bi trebao izvršavati subjekt koji je svoju referencu ustupio ponuditelju zato što navedeno nije niti bitno. Bitno je da subjekt koji je ponuditelju ustupio svoju referencu sudjeluje u izvršenju ugovora bez obzira u kojem postotku/omjeru.

Ova odredba je uvedena po prvi puta u sustav javne nabave donošenjem Zakona o javnoj nabavi 2016., a uvedena je kako bi se spriječila pojava koja je uočena kod provođenja postupaka javne nabave temeljem prethodno važećeg Zakona o javnoj nabavi u kojem takva odredba nije postojala, a to je bilo „trgovanje“ referencama. Istovremeno je odredba uvedena kako bi se potaknulo manje i srednje poduzetništvo, odnosno da i gospodarski subjekti koji nemaju sposobnost samostalno biti ponuditelj, a istovremeno imaju sposobnost izvršiti barem jedan dio ugovora o javnoj nabavi, mogu sudjelovati u izvršenju ugovora o javnoj nabavi i stjecati vlastite reference za moguće buduće ugovore.

Tužitelj neosnovano temeljem Tbr. 36 potražuje uvećanje nagrade odvjetnika za sastav tužbe zbog zastupanja više tužitelja s obzirom na to da u ovom Upravnom sporu ne zastupa više tužitelja već samo jednog. Ovaj se upravni spor vodi u vezi s postupkom javne nabave, a materijalni propis javne nabave je navedeni Zakon o javnoj nabavi 2016. koji ujedno određuje (definira) stranke postupka javne nabave. U konkretnom postupku javne nabave odabrana je bila ponuda zajednice ponuditelja, ovdje tužitelja, koja prema Zakonu o javnoj nabavi 2016 čini jednog ponuditelja i jedan gospodarski subjekt, a time i jednu ugovornu stranu budućeg ugovora o javnoj nabavi pa stoga predstavlja jednog tužitelja u upravnom sporu u vezi s postupkom javne nabave. Ovakvo tumačenje je potvrđeno presudom Upravnog suda u Splitu od 27. prosinca 2017. godine pod posl.br. 16 UsIjn -4/17-14.

Predlaže stoga ovom Sudu da u žurnom postupku odbije tužbeni zahtjev u cijelosti kao neosnovan, a podredno u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva sam riješi stvar, odnosno u slučaju da sam ne riješi stvar jasno i nedvojbeno izrazi pravno shvaćanje i primjedbe u skladu s čl. 60. u svezi s čl. 81. st. 2. ZUS-a.

Zainteresirana osoba Pedom asfalti d.o.o. i Hrvatske ceste d.o.o. nisu dostavili odgovor na tužbu do odluke Suda u ovom sporu.

Na temelju razmatranja svih činjeničnih i pravnih pitanja (članak 55. stavak 3. Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, broj: 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. – odluka Ustavnog suda RH i 29/17., dalje: ZUS), Sud tužbene zahtjeve ocjenjuje neosnovanima.

Sud nije smatrao potrebnim održati usmenu raspravu, jer se radi o spornom pravnom pitanju.

Sud prihvaća ocjenu tuženika da je iz odredbe čl. 293. Zakona o javnoj nabavi 2016 i čl. 20. st. 8. Pravilnika jasno kako bitne elemente ponude, odnosno ponudbenog lista čine predmet i cijena ponude, koji elementi se u ponudi ne mogu mijenjati, ali se podaci o dijelu ugovora o javnoj nabavi koji se daje u podugovor mogu izmijeniti.

U konkretnom slučaju, poštujući načela jednakog tretmana i transparentnosti, naručitelj je mogao od žalitelja zahtijevati dopunu, razjašnjenje ili upotpunjavanje podataka, odnosno mogao je tražiti pojašnjenje/upotpunjavanja informacija u svezi postotnog iznosa odnosno udjela podugovaratelja.

Nesporno je u ponudbenom listu žalitelj Pedom asfalti d.o.o. naveo da će podugovaratelj izvršavati 1,30 % ugovora o javnoj nabavi, a tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda navedenu informaciju izmijenio navodeći da će izvoditi i 35,47 % ugovora o javnoj nabavi. Takvo postupanje žalitelja ne može se smatrati izmjenom ponude s obzirom na to da se vezano za udio podugovaratelja u izvršenju ugovora o javnoj nabavi (postotak) ne radi o postupanju koje bi dovelo do pregovaranja u vezi s kriterijem za odabir ponude ili ponuđenim predmetom nabave, kako to pravilno zaključuje tuženik.

Osnovano tuženik navodi da iz citirane odredbe čl. 273. st. 2. Zakona o javnoj nabavi 2016. ne proizlazi da je oslanjanje na sposobnost drugog subjekta radi dokazivanja relevantnog stručnog iskustva moguće samo ako će taj subjekt u cijelosti izvoditi radove ili pružati usluge za koje se ta sposobnost traži i na čiju se sposobnost ponuditelja oslanja, te je prigovor žalitelja osnovano prihvaćen, u dijelu u kojem smatra da bi se takvom primjenom citirane odredbe izgubila svrha i cilj oslanjanja u postupcima javne nabave.

Stoga i prema ocjeni ovog Suda kada je, kao u ovom slučaju nesporno utvrđeno da je gospodarski subjekt na kojeg se oslanja žalitelj ujedno i njegov podugovaratelj, koji će izvršiti dio radova, ispunjeni su uvjeti propisani odredbama čl. 273. st. 2. Zakona o javnoj nabavi 2016.

Stoga osporeno rješenje ovaj sud ocjenjuje pravilnim i zakonitim, prihvaćajući iscrpno obrazloženje osporenog rješenja.

Slijedom iznesenog temeljem odredbe čl. 57. st. 1. ZUS-a odlučeno je kao pod točkom I. izreke.

Zahtjev tužitelja za naknadom troškova spora nije osnovan na temelju odredbe čl. 79. st. 4. ZUS-a pa je odlučeno kao pod točkom II izreke.

U Zagrebu 13. ožujka 2019.

Predsjednica vijeća
Lidija Vukičević, v.r.

Za točnost otpisatka – ovlaštena službenik

