



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

REPUBLIKA HRVATSKA
354 - DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE

PRIMLJENO: 08-09-2021		EOJN POŠTOM NEPOSREDNO E-MAIL
USTROJ. JED.	VRIJEDNOST	PRILOZI
KLASA: UP/II-034-02/21-01/391		
URBROJ: 383-01/21-22		
Poslovni broj: UsII-241/21-9		

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 sutkinja toga suda Biserke Kalauz, predsjednice vijeća, Mire Kovačić i Dijane Vidović, članica vijeća, te višeg sudskog savjetnika Filipa Mihaljević, zapisničara u upravnom sporu tužitelja Comsa S.A., Viriato 47, Barcelona, Španjolska koju zastupa opunomoćenik Vlatko Kregar, odvjetnik iz Zagreba, Radnička cesta 30, protiv tuženika Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Koturaška cesta 43/IV, Zagreb, uz sudjelovanje zainteresiranih osoba Gradski prijevoz putnika d.o.o., Cara Hadrijana 1, Osijek, kojeg zastupa član uprave – direktor mr. sc. Mario Šapina i Swietelsky d.o.o. Zagreb, Nova cesta 192, radi javne nabave, na sjednici vijeća održanoj 18. kolovoza 2021.

presudio je

I Odbija se tužbeni zahtjev koji glasi:

"1. Tužba se usvaja.

2. Poništavaju se točke 1. i 4. rješenja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, Koturaška 43/IV, klasa: UP/II-034-02/21-01/391, urbroj: 354-01/21-13 od 25. svibnja 2021.

3. Poništava se Odluka o odabiru urbroj: 01-92/2021-MD od 12. travnja 2021., naručitelja Gradski prijevoz putnika d.o.o., Cara Hadrijana 1, Osijek.

4. Nalaže se naručitelju Gradski prijevoz putnika d.o.o., Cara Hadrijana 1, Osijek, da tužitelju naknadi trošak žalbenog postupka u iznosu od 100.000,00 kn u roku od 15 dana od dana primitka ove presude.

5. Nalaže se tuženiku Republika Hrvatska, Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, Koturaška 43/IV, OIB:95857869241 da u roku od 15 dana od dana donošenja presude naknadi tužitelju odmjerenе troškove ovog postupka".

II Odbija se zahtjev tužitelja za naknadu troškova spora.

Obrazloženje

1. Rješenjem tuženika točkom 1. izreke odbijena je žalba žalitelja (ovdje tužitelja) Comsa S.A. Barcelona, Kraljevina Španjolska kao neosnovana. Točkom 2. izreke odbijena je žalba žalitelja Strabag d.o.o. Zagreb kao neosnovana a točkom 3. izreke odbijena je žalba žalitelja Zajednice gospodarskih subjekata Colas Rail Hrvatska d.o.o. Zagreb i Colas Rail S.A.S., Courbevoie, Francuska Republika kao neosnovana. Točkom 4. izreke odbijen je zahtjev žalitelja Comsa S.A. Barcelona, Kraljevina Španjolska za naknadu troškova žalbenog postupka kao neosnovan. Točkom 5. izreke

odbijen je zahtjev žalitelja Strabag d.o.o. Zagreb za naknadu troškova žalbenog postupka kao neosnovan i točkom 6. odbijen je zahtjev žalitelja Zajednice gospodarskih subjekata Colas Rail Hrvatska d.o.o. Zagreb i Colas Rail S.A.S. Courbevoie, Francuska Republika za naknadu troškova žalbenog postupka kao neosnovan.

2. Tužitelj Comsa S.A. Barcelona protiv točke 1. i 4. navedenog rješenja podnio je tužbu u kojoj iznosi kronologiju kompletnog postupka javne nabave te u bitnom navodi da se protivi zauzetom zaključivanju tuženika te navodi kako je za razjašnjenje tumačenja pravne problematike angažirao akademskog stručnjaka izv. prof. dr. sc. Marka Turudića sa Katedre za upravno pravo, Pravnog fakulteta u Zagrebu, čije pravno rezoniranje izneseno u žalbi koristi i u ovoj tužbi. Uz opširno argumentiranje svojeg tužbenog zahtjeva sumira tužbene navode i iznosi da je tuženik propustio utvrditi da odabrani ponuditelj nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost iz točke 4.3.1. Knjige I dokumentacije o nabavi na temelju reference "Izgradnja mreže tramvajskih pruga u Budimu" te je pogrešno utvrdio sve radove iz reference kao adekvatne za dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti s time da je zamijenio pojam "sličnih" sa pojmom "sporednih" radova. Zatim da je tuženik pogrešno utvrdio da gospodarski subjekt Schimetta Consult Ziviltechniker GMBH (dalje: Schimetta) nije trebao biti podugovaratelj kada je u konkretnom postupku nabave ustupio svoje stručne reference odabranom ponuditelju jer netransparentno i nejasno "ustupanje" fizičke osobe – zaposlenika Schimetta-e odabranom ponuditelju nema i ne može imati istu važnost i značenje kao davanje na raspolaganje cjelokupnih resursa Schimetta-e. Zatim dalje navodi da je tuženik propustio utvrditi kako je oslanjanjem na sposobnost drugog gospodarskog subjekta radi ispunjavanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti, odabrani ponuditelj samo formalno (fiktivno) dokazao tu istu sposobnost bez odgovarajućeg sudjelovanja Schimetta-e u izvođenju projektantskog dijela ugovora o javnoj nabavi. Konačno naručitelj, a posljedično i tuženik pogrešno i nezakonito su ocijenili tehničku i stručnu sposobnost odabranog ponuditelja i to specifično iskustvo tehnički stručnjak 3 – inženjer geodezije. Slijedom iznijetog smatra da je argumentirano prikazao i opisao nezakonitost u postupanju tuženika u žalbenom postupku te je ukazao na pogrešnu primjenu materijalnog prava Zakona o javnoj nabavi koja je rezultirala i nezakonitom odlukom. Stoga predlaže ukinuti rješenje tuženika od 25. svibnja 2021. u točkama 1. i 4. izreke koje se odnose na tužitelja te obvezati naručitelja na naknadu troškova žalbenog postupka i sukladno članku 434. stavku 4. Zakona o javnoj nabavi donijeti presudu kojom će se usvojiti njegov tužbeni zahtjev, poništiti osporeno rješenje kao i odluka o odabiru te tužitelju naknaditi trošak žalbenog postupka kao i troškove ovog postupka.

3. Tuženik u odgovoru na tužbu navodi da je postupak proveden u digitalnom obliku u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske te upućuje na broj objave, a protivi se tužbenom zahtjevu tužitelja i predlaže ga odbiti kao neosnovanog iz razloga navedenih u obrazloženju osporenog rješenja koji se imaju smatrati sastavnim dijelom odgovora na tužbu. U odnosu na navode tužitelja koji se odnose na referencu odabranog ponuditelja "Izgradnja mreže tramvajskih pruga u Budimu" smatra da je pravilno i zakonito postupio naručitelj kada je zainteresiranoj osobi (Swietelsky d.o.o. Zagreb odabrani ponuditelj) priznao sve radove iz dostavljene reference iz razloga što je na taj način ocjenu reference izvršio u skladu sa uvjetom propisanim točkom 4.3.1. a) dokumentacije o nabavi (dalje: DON). Navedenom točkom propisao je da gospodarski subjekt svoju tehničku sposobnost dokazuje jednim a

najviše tri uredno izvršenim radovima na izgradnji ili rekonstrukciji(1) tramvajskih pruga sa svim elementima građevine (gornji i donji ustroj) ili radovima sličnim predmetu nabave. Zatim je ispod navedene točke dokumentacije na dnu stranice 18. Knjige 1 fusnotom 1 propisano da naručitelj pod pojmom rekonstrukcije prihvaća radove rekonstrukcije i/ili obnove i/ili nadogradnje i/ili modernizacije tramvajske infrastrukture. Drži da prema toj odredbi DON-a svi radovi koji su se odnosili na tramvajsku infrastrukturu su prihvatljivi za dokazivanje uvjeta sposobnosti. Stoga je odabrani ponuditelj koji je radi dokazivanja uvjeta sposobnosti dostavio referencu iz koje proizlazi da je izvršio ugovor na izgradnji mreže tramvajskih pruga, a u sklopu kojeg ugovora su izvršeni kako radovi na samoj izgradnji tramvajskih pruga tako i radovi na pratećoj infrastrukturi (npr. telekomunikacijska mreža, signalizacija, rasvjeta itd.), a što su radovi prihvatljivi prema točki 4.3.1. a) DON-a i to određenju iz fusnote gdje je pobliže određeno da su prihvatljivi radovi na rekonstrukciji/obnovi/nadogradnji/modernizaciji tramvajske infrastrukture. Tužitelj u tužbi pogrešno pokušava ukazati da se propisani uvjet sposobnosti može dokazati samo referencama koje se odnose na one radove koji su obuhvaćeni ovim predmetom nabave jer bi takvo shvaćanje upućivalo na mogućnost prihvaćanja jedino referenci koje se odnose na iste radove onima koji predstavljaju konkretan predmet nabave. Navod tužitelja da pojam sličnih radova treba tumačiti "što je uže moguće" jer prema njegovom shvaćanju široko tumačenje može dovesti do toga da se odabere ponuditelj koji nema potrebnu tehničku i stručnu sposobnost, tuženik smatra neosnovanim jer su dokazi tehničke i stručne sposobnosti u odredbama Zakona o javnoj nabavi ("Narodne novine", 120/2016. - ZJN 2016.) propisani fakultativno, a ne kao obvezni dokazi sposobnosti koje bi naručitelj u svakom slučaju imao obvezu propisati dokumentacijom o nabavi. Uz daljnje tumačenje vezano uz to navodi da sam ZJN 2016. sadrži čitav niz odredbi koji osiguravaju da se tehnička i stručna sposobnost u pogledu prethodnog iskustva ne odredi "preusko". Zbog toga naručitelj sam u dokumentaciji o nabavi određuje koju razinu prethodnog iskustva želi tražiti, a jedina ograničenja koja postoje su usmjerena upravo na zaštitu od toga da se preuskim određivanjem i tumačenjem prethodnog iskustva ne ograniči tržišno nadmetanje. Slijedom toga naručitelj nije prvenstveno dužan uopće propisati prethodno iskustvo, pa mu se onda ne može nikako nametnuti obveza da u slučaju kada to iskustvo ipak traži/propíše da njegov opseg tumači "što je uže moguće". S tim u svezi iz presude suda Europske unije broj: C-31/87 na koju se poziva tužitelj ne proizlazi bilo kakva obveza "užeg tumačenja" pojma sličnih radova, već se u njoj postavilo pitanje je li naručitelj ovlašten tražiti "specifično iskustvo" kao uvjet sposobnosti. Osim toga vezano uz neprestano spominjanje "specifičnog" iskustva ističe da je naručitelj u skladu s odredbama dokumentacije o nabavi i odredbama ZJN 2016. i Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i vijeća od 26. veljače 2014. trebao prihvatiti sve slične radove, a ne "specifične". Slijedom iznijetog neosnovan je navod tužitelja da je iz sporne reference prihvatljiv samo dio radova, pa da je zbog toga naručitelj odabranu ponudu pregledao i ocijenio protivno točki 4.3.1. a) DON-a. Vezano uz oslanjanje na sposobnost drugog gospodarskog subjekta tužitelj smatra da je isti neosnovan radi dokazivanja uvjeta sposobnosti iz točke 4.3.1. b) DON-a jer niti iz jedne odredbe prava javne nabave ne proizlazi da se ponuditelj u postupku javne nabave radi dokazivanja uvjeta sposobnosti može osloniti isključivo na sposobnost svog/angažiranog podugovaratelja ili člana zajednice ponuditelja ili trgovačkog društva koje bi s ponuditeljem bilo povezano na neki od načina propisanih pravilima trgovačkog prava. Iz ZJN 2016. proizlazi upravo

suprotno tj. da se ponuditelj može osloniti na sposobnost drugog gospodarskog subjekta bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobnog odnosa (članak 390. stavak 1. ZJN) a istovremeno prema članku 220. ZJN 2016. naručitelji nemaju pravo zahtijevati od ponuditelja angažiranje podugovaratelja ili im to braniti. Ukazuje i na nerazumijevanje odnosno smatra da prema navodima tužitelja proizlazi da ne vidi razliku između dva odvojena instituta prava javne nabave i to podugovaranja iz članka 220. – 226. ZJN 2016. i oslanjanja na tuđu sposobnost iz članka 273. – 278. ZJN 2016. odnosno članka 390. ZJN 2016. u slučaju sektorskih naručitelja. Pritom napominje da Direktiva 2014/24/EU – kada su u pitanju javni naručitelji, odnosno Direktiva 2014/25/EU – kada su u pitanju sektorski naručitelji, ne definira pojam podugovaratelja već to prepušta nacionalnom zakonodavstvu. Dalje, navodi razlike između navedena dva instituta pozivajući se i na odredbe ZJN 2016. te bitnu razliku u njihovom položaju vidi u tome da naručitelj ima obvezu izravnog plaćanja podugovaratelju (članak 273. stavak 3. ZJN 2016.), koja obveza ne postoji u odnosu na gospodarski subjekt na čiju sposobnost se ponuditelj oslonio sve i kada on sudjeluje u izvršenju ugovora. S tim u vezi poziva se i na praksu tuženika kao i praksu suda, a iz koje proizlazi da pitanje međusobnog odnosa između ugovaratelja/ponuditelja i onog subjekta na čiju se sposobnost oslanja je pitanje njihovog međusobnog odnosa tj. dogovora. Stoga pitanje uređivanja i strukture odnosa između pojedinih subjekta prepušteno je isključivo tim subjektima, a ovisno o tom uređenju ZJN 2016 jasno propisuje pravila postupanja te međusobna prava i obveze. Vezano uz tužbeni navod glede točke 4.3.1. točka b.) DON-a gdje je kao uvjet tehničke i stručne sposobnosti propisano prethodno iskustvo o izvršenju određene vrste usluga, u konkretnom slučaju, se druga zainteresirane osoba oslonila na sposobnost (prethodno iskustvo) gospodarskog subjekta Schimetta radi dokazivanja minimalnog uvjeta sposobnosti iz te točke, a to iskustvo u prethodnom pružanju određenih usluga, te iz ponude zainteresirane osobe nedvojbeno proizlazi da je gospodarski subjekt Schimetta odabranom ponuditelju ustupio stručnjaka projektanta iz točke 4.3.2 DON-a radi dokazivanja kriterija koji su vezani uz obrazovne i stručne kvalifikacije ili stručno iskustvo, te će projektant (ustupljeni stručnjak Markus Kapferer) pružiti upravo onu uslugu za koju je ustupljen, dakle izvršiti će dotičnu uslugu za koju se sposobnost traži. Time je ujedno udovoljeno i pretpostavci iz članka 390. stavka 3. ZJN 2016. jer je odabrani ponuditelj dokazao da će imati na raspolaganju resurs (stručnjaka Markusa Kapferera) za izvršenje one usluge za čije izvršenje mu je gospodarski subjekt Schimetta stavio na raspolaganje navedenog stručnjaka. Na temelju dokaznog materijala kojim je raspolagao u žalbenom postupku, a to je naručiteljev spis predmetnog postupka javne nabave utvrdio je da će gospodarski subjekt Schimetta sudjelovati u izvršenju predmeta nabave i to u dijelu stavku 1. Troškovnika koja se odnosi na projektiranje/sudjelovanje stručnjaka projektanta Markusa Kapferera, a da je vrijednost usluge projektiranja 9,09% vrijednosti stavke 1. Troškovnika koji postotak nije zanemarive vrijednosti. Vezano uz navod tužitelja da u ponudi odabranog ponuditelja nije navedeno, a nije naveo ni naručitelj, kolika je vrijednost usluge projektiranja koju će izvršavati ustupljeni stručnjak Markus Kapferer, ističe da prema izloženom mjerodavnom pravu takva obveza niti ne postoji. Ponuditelji koji su dužni u ponudi navesti pa onda naručitelji i utvrditi isključivo vrijednosti radova/usluga koji će izvršavati podugovaratelji (članak 222. stavak 1. ZJN 2016) no ne i kolika je vrijednost radova i usluga u čijem izvršenju na temelju članka 390. stavka 2. ZJN 2016. sudjeluje gospodarski subjekt na čiju se sposobnost ponuditelj oslonio. Također, navodi da tužitelj ne razlikuje tj. da poistovjećuje dva odvojena uvjeta

tehničke i stručne sposobnosti uslijed čega pogrešno smatra da stručnjak Markus Kapferer ne može sudjelovati u izvršenju ugovora (stavke Troškovnika-usluge projektiranja) bez da u konkretnom slučaju u izvršenju ugovora sudjeluje i gospodarski subjekt Schimetta u svojstvu podugovaratelja, uz obrazloženje da se radi o pitanju usluge projektiranja, a koju izvršava (može izvršiti) određena fizička osoba, projektant koji je u ovom slučaju upravo stručnjak Markus Kapferer. Trgovačka društva iako imaju svoju vlastitu pravnu osobnost i pravnu sposobnost i dalje svoju volju manifestiraju kroz osobe odgovorne za zastupanje i zaposlenike koji u konačnici provode volju trgovačkog društva. S tim u vezi ističe da se na postupke javnih nabava sektorskih naručitelja primjenjuju odredbe članka 388. i članka 389. na osnovi kojih se primjenjuju članak 259. i članak 268. ZJN 2016. i tumači te odredbe. U konkretnom slučaju se odabrani ponuditelj radi dokazivanja iskustva potrebnog za izvršenje ugovora o javnoj nabavi na određenoj razini kvalitete, odnosno radi dokazivanja minimalne razine tehničke i stručne sposobnosti oslonio na sposobnost tj. prethodno iskustvo-referencu gospodarskog subjekta Schimetta, a na što ima pravo bez da taj subjekt sudjeluje u izvršenju ugovora, pa time i u ponudi kao podugovaratelj ili član zajednice ponuditelja ili na bilo koji drugi način. Smatra da obzirom se u konkretnom slučaju Schimetta spominje/pojavljuje u vezi s dokazivanjem oba navedena uvjeta sposobnosti (iz članka 259. ZJN 2016.) ova činjenica je dovela tužitelja u zabludu navela na pogrešno tumačenje i shvaćanje mjerodavnog prava da se radi o jednom te istom uvjetu sposobnosti koji se dokazuje na isti način te da je funkcija/uloga gospodarskog subjekta na čiju sposobnost se ponuditelj oslanja radi dokazivanja prethodnog iskustva jednaka i nerazdvojna od stručnjaka kojim ponuditelj mora raspolagati u svrhu izvršenja ugovora. S tim u vezi poziva se na presude ovoga Suda. Konačno, vezano uz specifično iskustvo stručnjaka 3 navodi da je naručitelj zakonito bodovao iskustvo stručnjaka 3, a sve reference navedene u životopisu tog stručnjaka dokazuju njegovo iskustvo kako je propisano točkom 11.2.3 Knjige 1 Dokumentacije o nabavi. Naručitelj u toj točki nije kao uvjet za bodovanje propisao da je inženjer geodezije morao sudjelovati u izvršenju geodetskih radova kao dio tima izvođača radova ili projektanta, te je takav navod tužitelja neosnovan. Istovremeno iz referenca navedenih u životopisu toga stručnjaka proizlazi da je u njima sudjelovao u svojstvu inženjera geodezije obavljajući geodetske poslove, a kako je to i propisano točkom 11.2.3. Knjige 1 DON-a. Neosnovano je i potraživanje naknade troška upravnog spora u iznosu od 100.000,00 na ime sastava tužbe uvećano za 25.000,00 na ime PDV-a jer je takav zahtjev protivan članku 79. stavku 2. ZUS-a. Slijedom navedenog predlaže Suda odbiti tužbeni zahtjev u cijelosti kao neosnovan, a podredno u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva sam riješiti stvar u skladu s člankom 58. stavkom 1. ZUS-a i člankom 434. stavkom 4. ZJN 2016.

4. Gradski prijevoz putnika d.o.o. Osijek – naručitelj - u odgovoru na tužbu u bitnom ističe da su navodi tužitelja u cijelosti neosnovani, jer ZJN 2016. je *lex specialis* u postupku javne nabave, te ima prednost pred odredbama drugih propisa (koji pritom ne uređuju postupak javne nabave), dok je stav da je subjekt koji daje resurse morao imati ulogu podugovaratelja člana zajednice ili povezanog društva u cijelosti suprotan članku 220. i članku 390. ZJN 2016. Navedene odredbe jasno određuju da se ponuditelju ne smije nametati podugovaranje, dok članak 390. stavak 1. ZJN 2016. izriječno određuje da je za primjenu instituta oslanjanja na sposobnost drugih subjekata irelevantna pravna priroda međusobnog odnosa subjekta. Slijedom toga ponuditelj je taj koji određuje ulogu drugih subjekata u njegovoj ponudi pri čemu se

može osloniti na resurse drugih subjekata neovisno o tome da li se radi o podugovaranju ili ne. Upućivanje tužitelja na praksu suda Europske unije (C-324/14) je nejasno, budući da upravo predmetna presuda potvrđuje da je za primjenu instituta oslanjanja na sposobnost drugih subjekata irelevantna pravna priroda njihovog odnosa, dok god je dokazano da će resurse imati na raspolaganju. Nadalje, smatra da tužitelj i u ovom postupku ignorira činjenicu da je referenca ustupljena za dokazivanje usluga za pružanje usluga projektiranja a ne radova, pa su u tom kontekstu nejasni navodi koji se odnose na udio s kojim gospodarski subjekt Schimetta sudjeluje u izvršenju predmeta nabave. U konkretnom slučaju pozivajući se na odredbe članka 390. stavak 2. ZJN 2016. a uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, zaključio je da je odabrana ponuda izrađena sukladno predmetnoj odredbi, te nema temelja za ocjenu da odabrani ponuditelj zlorabi institut oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta. Pritom ističe da je tužitelj u žalbenom postupku neosnovano umanjivao vrijednost usluga projektiranja koje nisu dane podugovaratelju Antemating d.o.o. stavljajući ga u korelaciju s ukupnom vrijednošću ugovora, a ne usluga projektiranja pokušavajući time dokazati da subjekt na čiju se sposobnost oslanja sudjeluje u neznatnom dijelu izvršenju ugovora. U tužbi pak tužitelj više ne tvrdi da je preostali dio udio u uslugama projektiranja neznatan (budući ispravnim izračunom udio iznosi 9,09%), već da u postupku pregleda i ocjene ponuda nije utvrđen predmetni postupak. Međutim članak 390. stavak 2. ZJN 2016. ne određuje obvezu kao niti ovlast naručitelja na utvrđivanje postotka sudjelovanja subjekta na čije se resurse oslanja ponuditelj, već je potrebno utvrditi sudjelovanje u izvršenju ugovora o nabavi te dokazati stavljanje resursa na raspolaganje. Pritom sudjelovanje subjekta u izvršavanju ugovora nije uvjetovano njegovom ulogom podugovaratelja ili člana zajednice ponuditelja. Smatra da je u konkretnom slučaju ispunjena svrha članka 390. stavak 2. ZJN 2016., a uzimajući u obzir vrijednost usluga projektiranja u ukupnoj cijeni ponude, vrijednost usluga projektiranja u ustupljenoj referenci, činjenicu da je referenca ustupljena za usluge (a ne radove), te da navedeni gospodarski subjekt sudjeluje u izvršenju predmeta nabave/tehničkog stručnjaka 2-projektanta građevinske struke, a usluge projektiranja pruža fizička osoba-projektant. Pritom su sve navedene okolnosti koje su relevantne za ocjenu ispunjenja uvjeta iz navedenog članka Zakona, obrazložene i dokumentirane u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda. Neosnovani su i navodi vezano uz iskustvo stručnjaka 3-inženjera geodezije, te tužitelj niti u žalbenom niti u ovom postupku ne obrazlaže zašto iskustvo stečeno u ulozi geodetskog nadzora ne bi bilo relevantno odnosno ne prigovara sadržaju stečenog iskustva, ne navodi kako bi takvo iskustvo utjecalo na kvalitetu predloženog stručnjaka niti osporava da je stručnjak sudjelovao u svojstvu inženjera geodezije, pa je samim time nejasno po kojoj osnovi bi mogao odbiti priznanje predmetnog iskustva. Nadalje, iz dostavljenog životopisa proizlazi nesporno da je stručnjak kao inženjer geodezije sudjelovao u poslovima sukladno propisanom kriteriju. Smatra da priloženo pravno mišljenje, sukladno članku 33. Zakona o upravnim sporovima, ne predstavlja valjan dokaz jer se njime ne dokazuju činjenice, a ujedno se ne može prihvatiti kao vještačenje jer osim što se radi o mišljenju stručnjaka angažiranog od strane tužitelja njime se ne daje mišljenje o stručnim pitanjima koje naslovno tijelo ne poznaje pa treba stručnu pomoć, već se ono svodi na iznošenje osobnih stavova o primjeni pravnih normi i materijalnog prava što je u isključivoj nadležnosti naslovnog tijela. Stoga misli da predmetno mišljenje ne bi trebalo uzeti u obzir niti ono može imati utjecaja na rješavanje u ovom postupku. Slijedom iznijetog predlaže ovome Sudu donijeti presudu kojom se tužba tužitelja u

cijelosti odbija kao neosnovana te se odbija tužbeni zahtjev za naknadom troškova postupka.

5. Zainteresirana osoba Swietelsky d.o.o. - odabrani ponuditelj u očitovanju na tužbu ističe da je u dosadašnjem postupku javne nabave neosnovanost tužbe razvidno obrazložena i argumentirana, pa smatra da ne treba ponavljati isti sadržaj te se slaže sa osporenim rješenjem tuženika od 25. svibnja 2021. uz napomenu da priloženo mišljenje dr.sc. Marka Turudića nije relevantno niti primjenjivo u kontekstu predmeta. Predlaže tužbu odbiti kao neosnovanu.

6. Odgovor tuženika i zainteresiranih osoba dostavljen je tužitelju koji se protivi navodima iz odgovora na tužbu i napominje kako tuženik i naručitelj nisu iznijeli nikakvo novo argumentiranje niti su proširili i dodatno obrazložili svoje argumente iz spornog žalbenog postupka, te u bitnom ponavlja navode iz tužbe koji se odnose na problematiku reference "izgradnja mreže tramvajskih pruga u Budimu" i na pojam "istih odnosno sličnih radova" za koje drži da je tumačenjem tuženika u potpunosti iskrivljeno. Obrazlažući svoje mišljenje smatra i ostaje kod navoda da odabrani ponuditelj nije dokazao svoju tehničku i stručnu sposobnost iz točke 4.3.1.a. DON-a te ponovno iznosi svoje tumačenje vezano uz oslanjanje na tuđu sposobnost i institut podugovaranja. Isto tako ustraje na argumentu vezano uz problematiku specifičnog iskustva stručnjaka-inženjera geodezije (tehnički stručnjak 3) i zaključno navodi da je osporeno rješenje tuženika nezakonito što proizlazi iz svih razloga iznesenih u ovom upravnom sporu i žalbenom postupku koji je istom prethodio. Predlaže donijeti presudu kako je to specificirano u tužbi od 12. srpnja 2021. godine.

7. Tužbeni zahtjev nije osnovan.

8. Ispitujući osporeno rješenje sukladno članku 31. i članku 55. stavku 3. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine" 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17. – dalje: ZUS) ovaj Sud nalazi da se isto ne može ocijeniti nezakonitim iz razloga na koje tužitelj upire u tužbi.

9. Tuženik je svoju odluku utemeljio na činjenicama koje su u postupku pravilno i u potpunosti utvrđene, nakon čega je pravilnom primjenom relevantnih odredaba ZJN-a 2016. osnovano zaključio da je odabrani ponuditelj ispunio sve uvjete i dostavio dokaze o ispunjavanju predmetnog postupka javne nabave. U obrazloženju rješenja detaljno je iznesen tijek postupka te sadržaj priloženih dokumenata pri čemu je iscrpno obrazložena ocjena svih dokaza pribavljenih u upravnom postupku pregleda i ocjena ponuda.

10. U tužbi protiv osporenog rješenja tužitelj ustraje kod žalbenog navoda da odabrani ponuditelj nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost iz točke 4.3.1. DON-a, na temelju reference "izgradnja mreže tramvajskih pruga u Budimu" a da je tuženik pogrešno utvrdio sve radove iz reference kao adekvatne za dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti, s time da je zamijenio pojam "sličnih" sa pojmom "sporednih" radova.

11. U obrazloženju rješenja tuženik je ocjenjujući te žalbene navode a nakon što je izvršio uvid u kompletnu dokumentaciju nabave uključujući i ESPD obrazac odabranog ponuditelja kao i ažurirani popratni dokument. Potvrdu o uredno izvršenim radovima od 18. svibnja 2016., izdanu od Budimpeštanskog prometnog centra iz Budimpešte vezano za predmet ugovora "izgradnja mreže tramvajskih pruga u Budimu, Ogranak Bem obala, Izgradnja tramvajske mreže sjever-jug u Budimu" iz koje je razvidno da je vrijednost radova izvedenih od strane Swietelsky te popis radova koje je izvršio taj subjekt utvrdio da se svi radovi iz te Potvrde mogu priznati kao adekvatni za

dokazivanje uvjeta navedenog u točki 4.3.1.a. DON-a. Ovo iz razloga jer je između ostalog na temelju navedene Potvrde "vidljivo da su svi navedeni radovi izvršeni u ispunjenju ugovora kojemu je predmet bio izgradnja čitave mreže tramvajskih pruga u jednom gradu, pa je za zaključiti da je osim onih očiglednih radova, poput izgradnje donjih i gornjih ustroja tramvajskog kolosijeka, zatim izgradnje i dogradnje tramvajskih stajališta i opreme, te izgradnje kontaktne mreže za opskrbu električnom energijom (koja pokreće tramvaj) u sklopu toga ugovora bilo potrebno izvršiti čitav niz radova koji su nedvojbeno povezani s izgradnjom mreže tramvajskih pruga, jer su bili potrebni da se mreža tramvajskih pruga funkcionalno i efikasno stavi u pogon. Stoga je stav tuženika da je u pravu naručitelj kada ističe da se predmetna referenca ne može fragmentarno promatrati i ocijeniti, kako to žalitelj nastoji prikazati, a pogotovo ne bez čvrstih i utemeljenih argumenata zašto pojedini od tih radova ne bi bili slični u predmetu nabave." Dalje navodi da danim prigovorima tužitelj na neki način negira postojanje pravnog standarda "sličnih radova", te inzistira da se izvršeni radovi moraju odnositi na "iste" radove kao što su radovi koji čine predmet nabave, a što je u suprotnosti odnosno nije sukladno ZJN 2016. koji u članku 268. stavku 5. definira da se smatra da je uvjet tehničke i stručne sposobnosti gospodarskog subjekta vezan uz predmet nabave ako su radovi, roba ili usluge isti ili slični predmetu nabave, odnosno grupi predmeta nabave ako je predmet podijeljen na grupe. Stoga je navedeni žalbeni navod ocijenjen neosnovan.

12. Uvidom u dokaze u spisu, a imajući na umu citirane odredbe tuženika ovaj Sud prihvaća u cijelosti tuženikovo obrazloženje.

13. Daljnji predmet ovog spora je ispunjavanje uvjeta tehničke i stručne sposobnosti odabranog ponuditelja iz točke 4.3.1.b. DON-a, vezano uz oslanjanje na sposobnost drugog gospodarskog subjekta, tj. društva Schimetta, a koje društvo neće sudjelovati kao podugovaratelj, već će sudjelovati u izvršenju usluge/ustupljenog tehničkog stručnjaka 2 (Markus Kapferer). U obrazloženju osporenog rješenja nakon analize ponude kao i zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda pozivajući se na odredbu članka 390. stavka 2. ZJN 2016., kao mjerodavnog prava za institut oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta u postupcima koje provode sektorski naručitelji, utvrđeno je da će gospodarski subjekt Schimetta sudjelovati u izvršenju predmeta nabave u dijelu stavke 1. Troškovnika koja se odnosi na projektiranje kroz sudjelovanje predloženog stručnjaka 2 i to u dijelu koji se prema ocjeni tuženika ne može smatrati zanemarivim obzirom da vrijednosno predstavlja (kao što naručitelj navodi u odgovoru na žalbu) 9,09% vrijednosti stavke 1 Troškovnika (350,000,00 kn) koja se odnosi na projektiranje, a u pogledu koje je traženo prethodno iskustvo iz točke 4.3.1. b. DON-a. Dalje, navodi "u konkretnom postupku potpuno je jasno da je sposobnost ponuditelja koja je opisana u točki 4.3.1.b.) tražena kako bi se dokazalo prethodno iskustvo upravo na obavljanju usluga projektiranja, a što sadržajno odgovara dijelu predmeta nabave u stavci 1. Troškovnika. Dakle, uzimajući u obzir vrijednost usluga projektiranja u cjelokupnoj vrijednosti ponude (3,04%), činjenicu da je referenca ustupljena za usluge projektiranja (a ne za radove) te da spomenuti gospodarski subjekt sudjeluje u izvršenju predmeta nabave kroz tehničkog stručnjaka 2. Projektanta građevinske struke, a usluge projektiranja se zapravo i sastoje od projektiranja koje obavlja fizička osoba – projektant, odnosno uzimajući u obzir suštinsku ulogu stručnjaka projektanta građevinske struke u obavljanju usluge projektiranja tuženik ocjenjuje da je naručitelj postupio sukladno ZJN 2016. kada je utvrdio da je odabrani ponuditelj dokazao tehničku i stručnu sposobnost odnosno kada je ocijenio da sudjelovanje gospodarskog

subjekta Schimetta u izvršenju ugovora na način da stavlja na raspolaganje tehničkog stručnjaka 2 projektanta građevinske struke te da se njegovo sudjelovanje u dijelu predmeta nabave koji se odnosi na usluge projektiranja procjenjuje vrijednosno na iznos od 9,09% stavke projektiranja u predmetnoj ponudi ne može smatrati zanemarivim sudjelovanjem u pružanju usluge za koje se predmetno iskustvo tražilo". Na temelju razmatranja tužbenih navoda, i svih podataka spisa a imajući na umu odredbe ZJN 2016. na koje se tuženik poziva ovaj Sud prihvaća u cijelosti tuženikovo obrazloženje te ocjenjuje razloge tužbe u tom dijelu neosnovanim.

14. Daljnji prigovor tužitelja odnosi se na nepravilno određen broj bodova dodijeljenih odabranoj ponudi za specifično iskustvo predloženog Tehničkog stručnjaka 3 - inženjera geodezije, a koji je tužitelj iznosio i u žalbi tuženik je prema ocjeni ovoga Suda pravilno odbio. U obrazloženju osporenog rješenja naveo je da su sve reference u životopisu toga stručnjaka valjane za bodovanje sukladno točki 11,2.3. DON-a u kojoj je propisan način bodovanja prethodnog stručnog iskustva Tehničkog stručnjaka 3 - inženjera geodezije. Priložen životopis predloženog stručnjaka sadrži tablični prikaz stručnog iskustva projektima, u kojem je navedeno 6 referenci i iz kojeg prikaza je razvidno da je kod svih referenci pod oznakom pozicija na projektu navedeno nadzorni inženjer i geodetski inženjer. Primjenjujući mjerodavno pravo na utvrđeno činjenično stanje tuženik se poziva i citira odredbe ZJN 2016., te članka 19. stavka 1. Pravilnika i zaključuje da su sve reference navedene u životopisu predmetnog stručnjaka valjane za bodovanje sukladno DON-u, jer naručitelj nije postavio uvjet da bi inženjer geodezije morao sudjelovati u izvršenju geodetskih radova iz reference na strani izvođača radova ili nadzora radova te jer iz svih referenci jasno proizlazi da je predloženi stručnjak u svojstvu inženjera geodezije obavljao geodetske poslove a kako je to i traženo točkom DON-a. Na temelju razmatranja sadržaja dokumentacije i prema ocjeni ovoga Suda tužbeni zahtjev nije osnovan. Tuženik je dao iscrpnu i jasnu analizu razloga kojima se rukovodio kod donošenja rješenja te je obrazloženje razloga za odluku utemeljeno na pravilnom tumačenju relevantnih odredaba ZJN 2016. primijenjenih u predmetnom postupku na koje se odredbe i poziva u obrazloženju.

15. Tuženik je postupajući po službenoj dužnosti na temelju članka 404. ZJN 2016. osobito u odnosu na utvrđenje bitnih povreda postupka javne nabave zaključio da takvih povreda nije utvrdio.

16. S obzirom da je tužitelj ovaj upravni spor izgubio u cijelosti odbijen je zahtjev za naknadu troška postupka (točka 2. izreke) u skladu s člankom 79. stavkom 4. ZUS-a.

17. Na temelju odredbe članka 57. stavka 1. ZUS-a odlučeno je kao u izreci ove presude.

U Zagrebu 18. kolovoza 2021.

Predsjednica vijeća
Biserka Kalauz, v.r.

Za točnost otpravka - ovlaštenu službenik

Tanja Nemčić

