



PRIMLJENO: 28-03-2022		EOJN POŠTOM NEPOSREDNO E-MAIL
USTROJ. JED. 3	VRIJEDNOST	PRILOZI
KLASA: UP/II-034-02/21-01/973		Poslovni broj: UsII-40/22-11
URBROJ: 383-22-13		

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

U IME REPUBLIKE HRVATSKE

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda mr. sc. Inge Vezmar Barlek, predsjednice vijeća, Marine Kosović Marković i Mirjane Čačić, članica vijeća, te više sudske savjetnice Ivane Mamić Vuković, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Zajednice ponuditelja Dalekovod – Projekt d.o.o., Zagreb, Marijana Čavića 4 i Tripodij d.o.o., Dugopolje, Ulica Petra Kružića 9, koju zastupa opunomoćenik Ante Meštrović, odvjetnik u Odvjetničkom društvu Planinić, Šoljić i partneri d.o.o., Zagreb, Tkalčićeva 73A, protiv tuženice Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, Koturaška 43/IV, uz sudjelovanje zainteresiranih osoba Hrvatskog operatora prijenosnog sustava d.o.o., Prijenosno područje Rijeka, Matulji, Marinčićeva 3, koju zastupa direktor Zdravko Šojat i Zajednice ponuditelja Projektni biro Split d.o.o., Split, Trg Hrvatske bratske zajednice 8, Fractal d.o.o., Split, Kupreška 37, Sveučilišta u Splitu, Fakulteta elektrotehnike, strojarstva i brodogradnje, Split, Ruđera Boškovića bb i Geomar d.o.o., Split, Augusta Cesarca 1, koju zastupa opunomoćenik Marijan Vešligaj, odvjetnik u Zagrebu, Froudeova 9, radi javne nabave, na sjednici vijeća održanoj dana 9. ožujka 2022.

presudio je

I Odbija se tužbeni zahtjev za poništavanje rješenja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, KLASA: UP/II-034-02/21-01/973, URBROJ: 354-01/21-9 od 15. prosinca 2021.

II Odbija se zahtjev tužitelja za naknadu troškova spora.

Obrazloženje

1. Osporenim rješenjem KLASA: UP/II-034-02/21-01/973, URBROJ: 354-01/21-9 od 15. prosinca 2021. je odbijena žalba tužitelja izjavljena protiv odluke o odabiru KLASA: 400/21-08/02, URBROJ: 3-001-004-04/IV-21-825, broj 3001-M-33/21 od 11. listopada 2021, kojom je u otvorenom postupku javne nabave: izrada idejnog i glavnog projekta zamjene DVKB 110kV Dunat – Rab, pomorski dio KK Surbova – KK Stojan; naručitelj Hrvatski operator prijenosnog sustava kao ekonomski najpovoljniju odabrao ponudu Zajednice ponuditelja, zainteresirane osobe u ovom sporu.

1.1. Žalba je odbijena uz obrazloženje kako je član odabrane Zajednice ponuditelja, Fakultet elektronike, strojarstva i brodogradnje (dalje: FESB) dostavio e-ESPD obrazac u kojem je ispunjen dio IV. Kriteriji za odabir gospodarskog subjekta pod A) Sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti te je ocijenjen

neosnovanim žalbeni prigovor da FESB nije dokazao da ima zaposlenog stručnjaka, budući da se minimalna razina sposobnosti koja osigurava da će gospodarski subjekt biti sposoban izvršiti ugovor o javnoj nabavi, osigurava angažmanom stručnjaka neovisno o tome pripada li stručnjak izravno gospodarskom subjektu. Prigovor o nevaljanosti punomoći FESB je otklonjen uz obrazloženje da se radi o omašci u pisanju, a prigovor da FESB nije dokazao da raspolaže programskim alatom CymCap, je ocijenjen neosnovanim jer dokumentacijom o nabavi (dalje: DON) nije uvjetovano da se mora raditi o komercijalnoj verziji programskog alata. Članovi Zajednice ponuditelja su naveli da će imati na raspolaganju resurse potrebne za izvršenje predmeta nabave, svi su dostavili ESPD obrasce u kojima je naznačeno da ne sudjeluju samostalno, već kao Zajednica ponuditelja te je naznačeno s kojim članovima (gospodarskim subjektima) sudjeluju i navedeni su resursi koje svaki član daje Zajednici na raspolaganje. Uvidom u ponudu odabrane Zajednice ponuditelja utvrđeno je da je kao vodeći član zajednice određen Projektni biro Split d.o.o. Također je utvrđeno kako nije došlo do povrede načela jednakog tretmana, jer je i ponuda tužitelja ocijenjena valjanom i pravilnom.

2. Protiv navedenog rješenja tužitelj je podnio tužbu u kojoj ističe nesposobnost FESB-a za obavljanje profesionalne djelatnosti u kontekstu predmetnog postupka javne nabave. Radi se o visokoškolskoj javnoj ustanovi čije djelovanje je uređeno Zakonom o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju te Zakonom o ustanovama. Predmet postupka nabave je izrada idejnog i glavnog projekta, odnosno usluga projektiranja u vezi s čim se poziva na Zakon o poslovima i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje te navodi kako je odabrani ponuditelj u ponudi naveo kako će FESB izvršiti uslugu u dijelu troškovničke stavke 12.1. – Izrada elektrotehničkog proračuna kabela, koja stavka potpada pod ukupnu troškovničku stavku 12.1. Izrada glavnog projekta zamjene kabelskog 110kV voda. Odabrani ponuditelj je u pojašnjenju ponude, na poziv naručitelja, potvrdio navedeno i ponovio kako će FESB izvršiti navedeni dio troškovnika. Postavlja pitanje je li FESB registriran za obavljanje djelatnosti projektiranja te ima li zaposlenog stručnjaka, ovlaštenog inženjera, što je potrebno da bi mogao obavljati djelatnost projektiranja prema Zakonu o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, Zakonu o ustanovama te Zakonu o poslovima i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje; odnosno pitanje je posjeduje li FESB sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti za obavljanje usluga koje su predmet nabave. Nije sporno kako je za FESB dostavljen ESPD obrazac u kojem je naznačeno kako je FESB upisan u odgovarajući registar – sudski registar, međutim to nije dokaz da FESB posjeduje profesionalnu sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti, u ovom slučaju djelatnosti projektiranja. Uvidom u izvadak iz sudskog registra lako je utvrditi da FESB nije registriran za obavljanje djelatnosti projektiranja. S tim u vezi tuženik pogrešno tumači odredbu članka 257. stavka 1. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16., dalje: ZJN), gramatičkom metodom ograničenog dosega, ne ulazeći u teleološko tumačenje. Prilikom tumačenja navedene odredbe treba voditi računa o sadržaju upisa u sudski registar, a ne samo o njegovu postojanju jer bi u suprotnom bilo zamislivo da se za obavljanje npr. poslova projektiranja javi gospodarski subjekt koji je ovlašten obavljati npr. samo mjenjačke poslove te uspješno dokaže svoju profesionalnu sposobnost.

2.1. Dalje iznosi prigovor o nepostojanju tehničke i stručne sposobnosti FESB i odabrane Zajednice ponuditelja. To iz razloga što FESB nije ničim dokazao da ima

zaposlenog ovlaštenog inženjera (ili ovlaštenog arhitekta) da bi mogao obavljati poslove projektiranja, sukladno citiranim odredbama Zakona o poslovima i djelatnostima poslovnog uređenja i gradnje. Ističe kako je točkom 4.2.2. DON-a propisano da ponuditelj mora dokazati tehničku sposobnost za obavljanje usluga koje su predmet nabave na način da mora dokazati da će imati na raspolaganju stručnjake potrebne za pružanje usluge koje su predmet nabave. Odabrani ponuditelj je u ESPD obrascima za PBS i Geomar, koji bi sukladno ponudi odabranog ponuditelja trebali obavljati usluge projektiranja, dostavio podatke o angažiranim stručnjacima, dok to nije učinio za FESB. Postavlja pitanje tko bi u odnosu na FESB trebao odraditi posao. Nedvojbeno je da bi posao trebala odraditi osoba, zaposlenik FESB-a, ovlaštena za obavljanje poslova projektiranja, međutim takva osoba nije imenovana te je upitno postoji li. Smatra da FESB nije dokazao da posjeduje profesionalnu sposobnost za obavljanje usluge koju se odabrani ponuditelj obavezao izvršiti. Napominje kako bi osoba koja bi u ime FESB-a odradila posao projektiranja, trebala prema odredbama Pravilnika o obveznom sadržaju i opremanju projekata građevina i Zakona o gradnji, potpisati projekt ili bi projekt u protivnom bio suprotan pozitivnim propisima i time nevaljan. Skreće pozornost kako je elektrotehnički proračun kabela jedan od najvažnijih proračuna u projektima kabelskih vodova. Rezoniranje tuženice orijentirano je samo na utvrđivanje broja nominiranih stručnjaka odnosno stručnjaka na raspolaganju, bez analize stvarnog rada koji oni trebaju obavljati u izvršavanju usluge te znanja i iskustva za obavljanje rada, što je preduvjet za dokazivanje tehničke sposobnosti odabranog ponuditelja. Stoga je osporeno rješenje protivno točki 4.2.2. DON-a i članku 259. ZJN-a.

2.2. S iznesenim je neodvojivo povezana i činjenica da je točkom 4.2.4. DON-a kao dokaz tehničke sposobnosti propisano da ponuditelj mora dokazati kako raspolaže alatima, uređajima ili tehničkom opremom za izvršavanje usluga koje su predmet nabave, među kojima je bilo potrebno da ponuditelj raspolaže s programskim alatom CymCap. Samostalnu licencu programskog alata CymCap, i to njegovu komercijalnu verziju, tužitelj je kupio 2016. godine za 17.200,00 eura, o čemu je dostavio dokaz. Proizvođač tog programskog alata - EATON, razlikuje komercijalne i nekomercijalne licence za programski alat CymCap. Komercijalne licence dostupne su na tržištu te ih je potrebno kupiti dok se nekomercijalne licence ustupaju samo visokim učilištima (fakultetima) i to na način da se profesorima ili voditeljima Odsjeka omogućava pristup programskim alatima nakon provedenog procesa apliciranja za predmetni programski alat. Odabrani ponuditelj je u ponudi naveo kako programskim alatom CymCap raspolaže FESB te je u pojašnjenju ponude navedeno kako će FESB izvršiti proračun zagrijavanja kabela pomoću programskoga alat CymCap. Smatra kako FESB ne raspolaže komercijalnim tipom programskog alata CymCap, već posjeduje nekomercijalni tip tog programskog alata. Osporenim rješenjem navedeni prigovor je ocijenjen neosnovanim uz obrazloženje kako je DON-om propisano da su ponuditelji dužni dokazati samo da raspolažu programskim alatom CymCap, a ne i njegovu kvalitetu (komercijalni/nekomercijalni) što smatra pogrešnim, jer kvaliteta programskog alata dokazuje postojanje ili nepostojanje tehničke sposobnosti. Za slučaj da FESB odnosno odabrani ponuditelj nema programski alat određene kvalitete kojim može obavljati uslugu koja je zatražena u postupku javne nabave onda nema niti može dokazati tehničku sposobnost za obavljanje predmetne usluge. Smatra osporeno rješenje suprotnim točki 4.2.4. DON-a i članku 259. ZJN-a.

2.3. Uz pitanje programskog alata veže se i poštovanje načela tržišnog natjecanja, kao jednog od temeljnih načela postupka javne nabave i žalbenog postupka pred tuženicom. Životna je i poslovna logika kako proizvođač programskog alata koji se skupo kupuje na tržištu, ne bi omogućio besplatno korištenje tog alata visokoškolskoj ustanovi na način da dozvoli komercijalnu eksploataciju alata, jer bi u tom slučaju zatvorio mogućnost prodaje alata na slobodnom tržištu. Iz toga je vidljivo kako bi gospodarski subjekti umjesto da skupo kupuju programske alate koji ih čine konkurentnima na tržištu, pribjegli jeftinijem rješenju i u svoj poslovni poduhvat uključili obrazovnu ustanovu koja raspolaže predmetnim programskim rješenjem licenciranim isključivo za obrazovne i znanstvene svrhe. U konkretnom slučaju riječ je upravo o takvom postupanju. PBS kao glavni član Zajednice odabranog ponuditelja je shvatio da mu je jeftinije u svoj poslovni poduhvat uključiti FESB nego uložiti vlastita sredstva u licencu i licencu za programsko rješenje kupiti na tržištu. Iz e-mail komunikacije tužitelja i EATON-a nedvojbeno proizlazi da se programsko rješenje CymCap za nekomercijalne svrhe dodjeljuje visokoškolskim ustanovama nakon uspješnog apliciranja odnosno dodjeljuje se bez naknade ili uz simboličnu naknadu. U tom smislu visokoškolska ustanova koja je na navedeni način došla u posjed programskog rješenja čija je nabava na tržištu povezana s visokim troškovima, nedvojbeno je u boljem tržišnom položaju od pravne osobe koja je u predmetno programsko rješenje uložila vlastita sredstva. Time nedvojbeno dolazi do narušavanja tržišnog natjecanja što je u suprotnosti s načelom tržišnog natjecanja kao jednim od osnovnih načela javne nabave iz članka 4. stavka 1. ZJN-a na kojem se sukladno odredbi članka 399. stavka 2. ZJN-a temelji žalbeni postupak. O ovom prigovoru, koji je trebalo detaljno ispitati, u osporenom rješenju nema obrazloženja.

2.4. Upitna je valjanost punomoći potpisana od FESB-a, kojom bi se ovlastio PBS da u ime odabranog ponuditelja potpiše ponudu i eventualni ugovor. Punomoć je sastavljena na memorandumu FESB-a te potpisana od strane odgovorne osobe FESB-a, međutim sadržaj punomoći ne odgovara naznačenom u ponudi odabranog ponuditelja. Naime, iz sadržaja punomoći proizlazi kako Srdjan Podrug ovlašćuje direktora PBS-a Mirka Ivančića, da predstavlja Fractal u postupku javne nabave te da u ime Zajednice odabranog ponuditelja potpiše ponudu te eventualni ugovor. S obzirom na sadržaj punomoći ne može se smatrati da je Mirko Ivančić, koji je potpisao ponudu odabranog ponuditelja za to imao ovlaštenje FESB-a u smislu odredbe članka 315. stavka 3. Zakona o obveznim odnosima. Zaključuje da je zbog toga ponuda odabranog ponuditelja nepravilna, jer je dana i u ime FESB-a koji nije postao član Zajednice odabranog ponuditelja, a za predmetno Mirko Ivančić nije imao potrebno ovlaštenje. Također smatra da PBS, FESB, Fractal i Geomar, s obzirom na navedene nedostatke u punomoći nikada nisu postali gospodarski subjekt u smislu članka 3. stavka 1. točke 8. ZJN-a pa je ponuda trebala biti odbijena. U osporenom rješenju navodi se da se radi o evidentnoj omašci u pisanju, a tužitelj smatra kako tuženica nije bila ovlaštena to utvrđivati nego je trebala provjeriti sadržaj punomoći i utvrditi sadrži li ona sve bitne elemente iz kojih nedvojbeno proizlazi da postoji ovlaštenje na potpisivanje ponude i eventualnog ugovora.

2.5. Navodi točku 6.1.1. DON-a, koja je usklađena s člankom 390. ZJN-a. Ukazuje da je nedvojbeno kako se Zajednica odabranog ponuditelja oslanja na sposobnost odnosno reference članova Zajednice, ali uz ponudu nije dostavila izjavu, sporazum ili ugovor kojim bi članovi Zajednice prihvatili obavezu stavljanja na

raspolaganje svojih resursa Zajednici. To je utvrđeno i osporenim rješenjem, međutim žalbeni navod je ocijenjen neosnovanim jer se iz okolnosti da članovi Zajednice gospodarskih subjekata sudjeluju u zajedničkom podnošenju ponude, može smatrati kako su upoznati s njezinim sadržajem te samim time i stavljanjem vlastitih resursa na raspolaganje Zajednici ponuditelja te bi drukčije tumačenje u konkretnom slučaju dovelo do pretjerane formalnosti. Smatra da se takvim obrazloženjem tuženica stavila u položaj zakonodavca i umjesto da primjenjuje propis, prilagođava ga pojedinačnoj pravnoj situaciji. Da je zakonodavac smatrao kako bi postupanje po odredbi članka 390. ZJN-a, predstavljalo pretjerani formalizam, takvu odredbu ne bi unio u zakonski tekst. Također je naručitelj u DON uvrstio formulaciju o dostavi dokaza i stavljanju resursa na raspolaganje te je takvu odredbu bio dužan i poštovati. U tom smislu postupanje po zakonskoj odredbi odnosno odredbi sadržanoj u DON-u ni u kojem slučaju ne može predstavljati pretjerani formalizam. Predlaže Sudu da poništi osporeno rješenje i naredi naručitelju da mu naknadi troškove žalbenog postupka, a tuženici da mu naknadi troškove spora.

3. Tuženica u odgovoru na tužbu prije svega predlaže Sudu pozvati naručitelja na sudjelovanje u sporu u svojstvu zainteresirane osobe, na temelju članka 19. stavka 3. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. – odluka Ustavnog suda RH, 29/17. i 110/21., dalje: ZUS).

3.1. Protivi se tužbenom zahtjevu iz razloga navedenih u obrazloženju pobijanog rješenja za koje navodi da se treba smatrati sastavnim dijelom odgovora na tužbu.

3.2. Smatra da neosnovano tužitelj navodi kako je u konkretnom slučaju bilo potrebno dokazati da je FESB, kao član odabrane Zajednice ponuditelja, registriran za obavljanje djelatnosti projektiranja i da ima zaposlenog stručnjaka, ovlaštenog inženjera, kako bi dokazao udovoljenje uvjetu za obavljanje profesionalne djelatnosti u kontekstu Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, Zakona o ustanovama i Zakona o poslovima i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje. Poziva se na točku 4.2. DON-a te članke 257., 259. i 268. ZJN-a. Zaključuje da FESB nije imao obvezu dokazati da je registriran za obavljanje djelatnosti projektiranja, u vezi s čim ukazuje na više presuda ovog Suda, kojima je kao uvjet sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti dozvoljeno tražiti isključivo upis u odgovarajući registar, ali ne i registraciju određene djelatnosti.

3.3. Isto tako, kod dokazivanja sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti, FESB nije bio dužan dokazati da ima zaposlenog stručnjaka, ovlaštenog inženjera. Činjenica raspolaganja određenim stručnjacima ni prema DON-u ni prema ZJN-u, ne predstavlja odlučnu činjenicu dokazivanja uvjeta sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti nego uvjeta tehničke i stručne sposobnosti. U osporenom rješenju detaljno su izložene mjerodavne odredbe DON-a kojima je propisan uvjet tehničke i stručne sposobnosti, kao i mjerodavne odredbe ZJN-a. Iz toga slijedi da naručitelj kao uvjet tehničke i stručne sposobnosti nije tražio/propisao, jer to nije ni smio, da gospodarski subjekt ima zaposlene stručnjake koji se traže kao uvjet tehničke i stručne sposobnosti. Navodi više presuda ovog Suda prema kojima se kao uvjet tehničke i stručne sposobnosti ne može zahtijevati da gospodarski subjekt ima zaposlene stručnjake, s obzirom na to da njima može raspolagati po različitim drugim osnovama, između ostalog, i oslanjanjem na sposobnost drugog gospodarskog subjekta ili člana zajednice ponuditelja.

3.4. Ističe da se radi o postupku nabave male vrijednosti (članak 14. ZJN-a), u kojem postupku naručitelj udovoljenje uvjetima sposobnosti utvrđuje na temelju podataka/informacija iz ESPD obrasca (članak 260. stavak 1. točka 2. ZJN-a), jer nema obvezu zahtijevati dostavu ažuriranih popratnih dokumenata kojima bi se potvrdili navodi/informacije iz ESPD obrasca (članak 263. stavak 1. ZJN-a). Stoga je naručitelj zakonito postupio kada je udovoljenje spornim uvjetima sposobnosti ocjenjivao na temelju ESPD obrasca.

3.5. Neosnovan je navod tužitelja kako je FESB, kako bi dokazao udovoljenje uvjetu tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.2.4. DON-a, bio dužan dokazati kojom vrstom licence za programski alat CymCap raspolaže, zbog toga što proizvođač tog programskog rješenja razlikuje dvije vrste licenci. Mjerodavnom odredbom DON-a nije propisano kojom vrstom (licencom) programskog alata ponuditelj treba raspolagati niti da treba u ESPD navesti vrstu (licencu) programskog alata. Ističe da je postupak javne nabave strogo formalan postupak pa naručitelji imaju obvezu DON-om na jasan i nedvosmislen način propisati uvjete i dokaze kojima se dokazuje ispunjenje uvjeta (članak 200. stavak 1. ZJN-a). S druge strane, ponuditelji prema članku 280. ZJN-a imaju obvezu, radi dokazivanja ispunjenja uvjeta, dostaviti isključivo one dokaze koji su mjerodavnom točkom DON-a propisani za dokazivanje pojedinog uvjeta te dokazati samo one (odlučne) činjenice koje su DON-om propisane kao uvjet pojedine sposobnosti. To znači da valjanost ponude ovisi isključivo o uvjetima i zahtjevima te dokazima propisanim DON-om. U konkretnom slučaju udovoljenje ovom uvjetu bilo je potrebno dokazati dostavom ESPD obrasca, a u žalbenom postupku je utvrđeno da je FESB, kao član odabrane Zajednice ponuditelja, dostavio taj obrazac čime je dokazao odlučnu činjenicu da raspolaže traženim programskim alatom.

3.6. U odnosu na prigovore o punomoći FESB-a, navodi kako je u žalbenom postupku nedvojbeno utvrđeno da je odabrana Zajednica ponuditelja uvezom ponude kao vodećeg člana Zajednice odredila Projektni biro Split d.o.o. te da tužitelju sporna punomoć, koju daje i potpisuje dekan FESB-a, sadrži odredbu prema kojoj: „opunomoćuje Projektni biro Split d.o.o., Split da u naše ime potpiše ponudu i ugovor.“. Dodatno ističe da eventualni nedostatak potpisa na ponudi u postupku javne nabave nije od utjecaja na valjanost (pravnu snagu) ponude, jer je odredbom članka 280. stavka 10. ZJN-a propisano da ponuda obvezuje i da ju naručitelj ne smije odbiti neovisno o tome je li potpisana ili ne.

3.7. U odnosu na tužitelju sporno međusobno oslanjanje članova Zajednice ponuditelja, navodi da je o tom žalbenom prigovoru odlučeno na stranicama 12 do 16 osporenog rješenja. Ističe da su članovi odabrane Zajednice ponuditelja u uvezu zajedničke ponude jasno odredili da u predmetnom postupku javne nabave nastupaju kao zajednica ponuditelja te su utvrdili podjelu „posla“. Svi članovi Zajednice su predali zasebne ESPD obrasce u kojima su određeni svi resursi kojima svatko od njih raspolaže. Naručitelj je točkom 6.2.3. DON-a propisao pravo oslanjanja na sposobnost drugih gospodarskih subjekata, koje pravo ima i zajednica ponuditelja. Mjerodavnom odredbom DON-a je propisana odredba iz članka 390. stavka 3. ZJN-a prema kojoj se oslanjanje na sposobnost drugog subjekta dokazuje primjerice prihvaćanjem obveze drugih subjekata da će svoje resurse staviti na raspolaganje. Tom odredbom je propisan dokaz u materijalnopravnom no ne i u formalnopravnom smislu, što tužitelj neosnovano poistovjećuje. Dakle, nije propisan točno određeni dokaz (izjava u materijalnopravnom smislu, određeni „papir“) na

kojem je potrebno izraziti volju/prihvatanje obveze. Stoga je neosnovan prigovor kako odabrana ponuda nije valjana, jer ne sadrži određenu izjavu „u formalnopravnom smislu“ kojom je izraženo/očitovano prihvaćanje obveze članova Zajednice ponuditelja da će svoje resurse staviti na raspolaganje Zajednici. U osporenom rješenju je obrazloženo da odabrana ponuda sadrži potrebno očitovanje volje u materijalnopravnom smislu, i to prihvaćanje obveze članova odabrane Zajednice ponuditelja da svoje resurse stave na raspolaganje ostalim članovima (međusobno) za potrebe sudjelovanja u postupku javne nabave i izvršenja predmeta nabave, koja volja da se očituje kroz pojedine dijelove njihove zajedničke ponude, primjerice uvez ponude i ESPD obrasce.

3.8. Traženi iznos troška smatra neosnovanim, jer je protivan članku 79. stavku 2. ZUS-a. Predlaže Sudu da tužbeni zahtjev odbije kao neosnovan, a u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva sam riješi stvar.

4. Naručitelj kao zainteresirana osoba u odgovoru na tužbu, a vezano na ispunjavanje uvjeta profesionalne sposobnosti FESB-a, ističe kako ZJN ne propisuje obvezu naručitelja da u postupku javne nabave zahtijeva dokaz o registraciji djelatnosti. Prema točki 4.1. DON-a, koja je sukladna članku 257. ZJN-a, gospodarski subjekti dokazuju sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti upisom u registar. Osim toga iz sudskog registra razvidno je kako je FESB registriran, između ostalog, i za obavljanje poslova nadzora, izrade znanstvenih stručnih projekata, razvoj i izradu uređaja, konstrukcija i slično, ispitivanja, mjerenja i stručne ekspertize, kontrolu tehničke dokumentacije, izdavačku djelatnost, ustrojava i izvodi programe stručnog usavršavanja radnika drugih ustanova i gospodarstva.

4.1. Smatra neosnovanim tužbeni prigovor o nepostojanju tehničke i stručne sposobnosti FESB-a te ističe kako bi traženje da gospodarski subjekt ima zaposlenog određenog stručnjaka, bila osobito bitna povreda postupka javne nabave. Detaljno analizira odabranu ponudu i mjerodavne odredbe DON-a iz čega zaključuje da je odabrana Zajednica ponuditelja dokazala da raspolaže potrebnim brojem traženih tehničkih stručnjaka. U odnosu na dio troškovničke stavke 12.1. Izrada elektrotehničkog proračuna kabela, za koju je navedeno da će izvršiti FESB dio stavke za izradu glavnog projekta zamjene kabelskog voda 110kV voda, ističe da je proračun dio tekstualnog dijela projekta te se kao takav ne može definirati ni smatrati projektiranjem u cijelosti. Iz odabrane ponude i traženog pojašnjenja razvidno je da će izradu glavnog projekta zamjene kabelskog 110kV voda, osim proračuna, izvršavati član Zajednice ponuditelja PBS koji je za navedenu djelatnost projektiranja registriran te je stručno iskustvo njihovog glavnog projektanta bilo predmetom bodovanja.

4.2. Vezano na prigovore uz programski alat CymCap, poziva se na točku 4.2.4. DON-a te navodi kako u postupku pregleda i ocjene ponuda nije imao razloga sumnjati u istinitost dostavljenih podataka. Uporaba računalnih programa podliježe autorskim pravima i zaštiti intelektualnog vlasništva. Nositelj autorskog prava na računalnim programima kao autorskim djelima su tvrtke koje su te programe razvile i izdale na tržište. Stoga je moguće zaključiti da proizvođači softvera, kao pravilo, „prodaju“ pravo na korištenje kopije/a računalnog programa, tj. kupac kopije računalnog programa na temelju licence stječe pravo korištenja kopije, a ne pravo vlasništva računalnog programa te je dužan koristiti program u skladu s ugovorom sklopljenim s autorom programa. ZJN ne daje ovlaštenje naručitelju da izvrši uvid u ugovor koji je ponuditelj sklopio s autorom programa pa i iz tog razloga u DON-u nije

ni propisana vrsta prava korištenja licence, već samo da ponuditelj istu posjeduje odnosno da posjeduje pravo korištenja, što je odabrana Zajednica ponuditelja dokazala.

4.3. Vezano na prigovor o valjanosti punomoći FESB-a ističe kako naručitelj ne zahtijeva od zajednice gospodarskih subjekata određeni pravni oblik u trenutku dostavljanja ponuda, ali može zahtijevati da ima određeni pravni oblik nakon sklapanja ugovora u mjeri u kojoj to nužno za uredno izvršenje ugovora. U spornoj punomoći razvidno je da se radi o omašci jer je dostavljena na memorandumu FESB-a, ovjerena i potpisana od strane ovlaštene osobe za zastupanje odnosno dekana prof. dr. sc. Srdjana Podruga te je opunomoćen PBS da u ime članova zajednice potpiše ponudu i ugovor.

4.4. Zaključuje da su članovi zajednice ponuditelja dostavili e-ESPD obrasce, jamstvo za ozbiljnost ponude te punomoći. Predlaže Sudu da odbije tužbeni zahtjev.

5. Odabrana Zajednica ponuditelja kao zainteresirana osoba u odgovoru na tužbu smatra neosnovanim tužbeni prigovor da FESB nema profesionalnu sposobnost potrebnu za obavljanje djelatnosti, što je dokazao sukladno traženju iz DON-a, u smislu koje je dostavljen eESPD obrazac iz sudskog registra iz kojeg je vidljivo da je upisan u sudski registar. Navodi odredbu članka 257. stavka 1. ZJN-a te ukazuje na zaključak sjednice sudaca Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 15. travnja 2019. Zaključuje da naručitelj nije smio od člana zajednice ponuditelja uvjetovati da mora biti registriran za obavljanje djelatnosti projektiranja.

5.1. U odnosu na osporavanje tehničke i stručne sposobnosti člana Zajednice ponuditelja, FESB, pozivom na članak 3. stavak 1. točku 22. ZJN-a i odredbe DON-a proizlazi da su neosnovani tužbeni prigovori da je član Zajednice ponuditelja, FESB, morao samostalno dokazati da ima zaposlenog ovlaštenog inženjera ili ovlaštenog arhitekta da bi mogao obavljati poslove projektiranja u izvršenju predmetnog ugovora o javnoj nabavi. Pogrešno je tumačenje tužitelja da je izrada proračuna zagrijavanja kabela zaseban projekt, za koji je potrebno ovlaštenje za projektiranje. Naručitelj je u DON-u jasno, precizno, razumljivo i nedvojbeno odredio uvjete kojim stručnjacima ponuditelj mora raspolagati kako bi dokazao tehničku i stručnu sposobnost. Odabrani ponuditelj je angažirao tražene stručnjake i dokazao da je sposoban izvršiti ugovor o javnoj nabavi.

5.2. U odnosu na prigovore o programskom alatu CymCap, iz DON-a proizlazi da naručitelj uvjetima nije propisao raspolaganje isključivo komercijalnom verzijom tog programskog alata. Iz e-mail komunikacije između tužitelja i EATON (izdavatelj licence za programski alat CymCap), koju je tužitelj dostavio u prilogu tužbe, ne proizlazi da se nekomercijalne licence mogu koristiti isključivo u svrhu obrazovanja i znanstvene djelatnosti, kako to tužitelj pogrešno insinuirao. To tim više što je odabrani ponuditelj u prilogu odgovora na žalbu, dostavio račune iz kojih je vidljivo da programski alat CymCap, FESB-u nije stavljen na raspolaganje isključivo u nekomercijalne svrhe, već ga je isti kupio. Dostavljen je i ugovor, u kojem se ne postavljaju nikakva ograničenja FESB-u u vidu mogućnosti korištenja programskog alata, što znači da je Fakultet potpuno slobodan koristiti alat u bilo koju svrhu.

5.3. Vezano na prigovore kojima se osporava valjanost punomoći potpisane od FESB-a, ističe da je došlo do očite omaške u pisanju. Iz svega proizlazi namjera FESB-a da ovlasti vodećeg člana zajednice da ga predstavlja te u njegovo ime potpiše ponudu i ugovor. Punomoć je valjana potpisana od strane dekana Fakulteta.

5.4. U odnosu na prigovore kojima se ponuda odabranog ponuditelja osporava s obrazloženjem da se Zajednica ponuditelja oslanja na sposobnost vlastitih članova, a uz ponudu nije dostavljena posebna izjava, sporazum ili ugovor kojim bi članovi zajednice ponuditelja prihvatili obvezu stavljanja na raspolaganje svojih resursa Zajednici ponuditelja za izvršenje ugovora o nabavi; ističe da iz prirode odnosa između članova Zajednice proizlazi da će Zajednica imati na raspolaganju sve potrebne resurse svih članova. Samim podnošenjem ponude svaki od članova Zajednice ponuditelja prihvatio je obvezu da će sve svoje resurse imati na raspolaganju za uredno izvršenje ugovora o javnoj nabavi. Obveza davanja izjave koju navodi tužitelj odnosi se na situaciju kada se gospodarski subjekt oslanja na sposobnost drugih gospodarskih subjekata te se članak 390. ZJN-a, u dijelu koji se odnosi na obvezu dokazivanja naručitelju da će imati na raspolaganju potrebne resurse za izvršenje ugovora, primjenjuje u slučaju oslanjanja ponuditelja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta.

6. Tužitelj u očitovanju na navode odgovora na tužbu ostaje kod svih navoda iznesenih u tužbi te se dodatno očituje o nepostojanju tehničke sposobnosti odabrane Zajednice ponuditelja, nevaljanosti punomoći izdane od strane FESB te nedostacima u dokumentaciji odabrane Zajednice ponuditelja.

6.1. U prilog tvrdnji o nepostojanju tehničke sposobnosti odabrane Zajednice ponuditelja, a vezano uz programski alat CymCap, ističe da u prilog njegovim tvrdnjama govori činjenica iz odgovora na tužbu kako je iz ponude za taj programski alat nedvojbeno vidljivo kako je FESB zbog statusa visokoškolske ustanove dobio popust od 50% na cijenu programskog alata. Također, iz ponude je nedvojbeno vidljivo kako se radi o samostalnoj namjenskoj licenci za programski alat CymCap, a imajući u vidu ostvareni popust u cijeni zbog činjenice FESB-a kao visokoškolske ustanove, jasno je da se radi o licenci za obrazovne potrebe, odnosno o nekomercijalnoj verziji programskog alata. Tužitelj nije ostvario niti je mogao ostvariti popust na cijenu programskog alata, već ga je platio višestruko skuplje od FESB-a, što je vidljivo iz računa dostavljenog u prilogu tužbe. Dokumentacija dostavljena uz spis prati logiku sadržaja e-mail komunikacije tužitelja i EATON-a, vezano uz vrste licenca programskog alata. Budući da odabrana Zajednica ponuditelja nema programski alat koji kvalitativno omogućuje obavljanje usluge koja je zatražena u postupku javne nabave, ne može dokazati tehničku sposobnost za obavljanje predmetne usluge. Uz to, ponavlja da postupanje vezano uz programski alat predstavlja narušavanje tržišnog natjecanja jer je nedvojbeno kako je FESB nekomercijalnu vezuju programskog alata CymCap pribavio po ocjeni sniženoj za 50% koristeći status visokoškolske ustanove. Tužitelj je komercijalnu verziju programskog alata pribavio pod uobičajenim uvjetima i cijeni koja je višestruko viša od cijene koja je ponuđena FESB-u. Iz cjelokupnog postupka vidljivo je da je FESB uveden u Zajednicu ponuditelja samo iz razloga posjedovanja programskog alata te je na taj način nositelj Zajednice ponuditelja izbjegao kupnju programskog alata po tržišnim uvjetima. Ovu činjenicu tužitelj je problematizirao i u žalbenom postupku, međutim osporeno rješenje se ne osvrće na te navode.

6.2. U odnosu na nevaljanost punomoći FESB-a, tužbene navode potvrđuje i izjava FESB-a od 10. studenoga 2021., koja je dostavljena uz odgovor na tužbu odabrane Zajednice ponuditelja. Iz te izjave proizlazi kako je Zajednica ponuditelja svjesna nevaljanosti punomoći te je navedeno pokušala „popraviti“ davanjem dodatne izjave. Izjava je dana nakon što je tužitelj pokrenuo žalbeni postupak.

Zajednica ponuditelja ni na koji način ne može ispraviti nevaljanost punomoći te su svi poslovi koji su napravljeni na temelju takve punomoći nevaljani, sve u smislu odredbe članka 315. stavka 3. Zakona o obveznim odnosima. FESB se pozvao na odredbu članka 312. stavka 1. Zakona o obveznim odnosima, koja međutim govori o naknadnoj potvrdi ugovora sklopljenih bez ovlaštenja, a ne o valjanosti punomoći i radnjama koje nisu sklapanje ugovora. U tom smislu Mirko Ivančić nije bio valjano ovlašten poduzimati radnje u postupku javne nabave kao opunomoćenik FESB-a te se ima smatrati da takve radnje nisu ni poduzete. U osporenom rješenju se navodi da se radi o omašci u pisanju te da se iz ostalog sadržaja punomoći može valjano zaključiti o sadržaju cijele punomoći, što je smatra suprotno navodima kojima se ističe da je postupak javne nabave strogo formalan postupak kao i odlukama Suda u tom smislu. U odgovoru na tužbu tuženica navodi odredbu članka 280. stavka 10. ZJN-a, koja je neprimjenjiva na predmetnu situaciju, jer se u konkretnom predmetu ne radi o nedostatku potpisa na ponudi, već o tome da osoba koja je potpisala ponudu nije za to bila valjano ovlaštena od strane jednog od članova Zajednice ponuditelja, ako je takva zajednica uopće nastala s obzirom na nevaljanost punomoći.

6.3. Navodima iz odgovora na tužbu koji se tiču nedostataka u dokumentaciji Zajednice ponuditelja u smislu točke 6.2.3. DON-a, tuženica je ponovno kontradiktorna sama sebi. To iz razloga što se u odgovoru na tužbu posebno ističe kako je postupak javne nabave strogo formalan postupak, dok se u odgovoru na tužbu ostaje na stajalištu iz rješenja te brani pozicija kako se pri inzistiranju na dostavi dokumentacije propisane DON-om radi o pretjeranom formalizmu. Navedeno rezoniranje u svakom slučaju sadrži logičku pogrešku. Smatra nedvojbenim da odabrana Zajednica ponuditelja nije dostavila dokumentaciju propisanu točkom 6.2.3. DON-a koja sadržajno prati logiku članka 390. ZJN-a, međutim suprotno navodima iz odgovora na tužbu sadrži dodatne odredbe koje se tiču dokumentacije koju je potrebno dostaviti uz ponudu kako bi se dokazalo pravo oslanjanja na sposobnost drugih subjekata i obveznog sadržaja predmetne dokumentacije. Citira točku 6.2.3. DON-a i zaključuje da Zajednica ponuditelja nije dostavila dokumente uz ponudu. Predlaže Sudu usvojiti tužbeni zahtjev i potražuje trošak sastava podneska.

7. Na temelju razmatranja svih činjeničnih i pravnih pitanja (članak 55. stavak 3. ZUS-a) Sud tužbeni zahtjev ocjenjuje neosnovanim.

8. Neosnovan je prigovor tužitelja o pogrešnoj primjeni odredbe članka 257. stavka 1. ZJN-a, vezano na sposobnost FESB-a za obavljanje profesionalne djelatnosti.

8.1. Naime, prema točki 4.1.1. DON-a kao preliminarni dokaz iz ove podtočke u ponudi se dostavlja ispunjeni e-ESPD obrazac (Dio IV. Kriterij za odabir gospodarskog subjekta, Odjeljak A: Sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti: Upis u strukovni registar ili upis u obrtni registar.). Nesporno je FESB dostavio navedeni dokaz, a takav dokaz je sukladan Popisu relevantnih registara iz Priloga XII., na koji upućuje odredba članka 257. stavak 3. ZJN-a, odnosno dostatan je za ocjenu o sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti. Stoga pozivanje tužitelja na odgovarajuće materijalne propise vezane uz obavljanje djelatnosti projektiranja, nije odlučno.

9. Nadalje, neosnovano tužitelj smatra da bi član odabrane Zajednice ponuditelja (FESB) morao imati zaposlene stručnjake. To ne proizlazi ni iz točke 4.2.2. DON-a ni

iz članka 259. ZJN-a nego je dostatno da gospodarski subjekt dokaže da će osigurati tražene stručnjake.

9.1. Prema točki 4.2.2. Podaci o angažiranim tehničkim stručnjacima ili tehničkim tijelima, ponuditelj ovim dokazom sposobnosti mora dokazati da će imati na raspolaganju tehničke stručnjake potrebne za pružanje usluga koje su predmet nabave te su u nastavku pobrojani stručnjaci koji su minimalno potrebni. Dakle, mjerodavnom odredbom DON-a nije traženo da tehnički stručnjaci moraju biti zaposlenici člana Zajednice ponuditelja niti to traži odredba članka 259. stavak 1. ZJN-a kojom je propisano da javni naručitelj može odrediti 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, a osobito zahtijevati da gospodarski subjekt ima dovoljnu razinu iskustva, što se dokazuje odgovarajućim referencijama iz prije izvršenih ugovora. U konkretnom slučaju, odabrana Zajednica ponuditelja je kao cjelina dokazala tehničku i stručnu sposobnost raspolaganjem traženih stručnjaka pa nije od utjecaja činjenica što njezin član (FESB) u ESPD obrascu nije naveo podatke o raspoloživim stručnjacima.

10. Neosnovan je i prigovor da bi bila povrijeđena točka 4.2.4. DON-a Izjava o alatima, postrojenjima ili tehničkoj opremi koja je na raspolaganju pružatelju usluga, prema kojoj ponuditelj mora dokazati da raspolaže alatima, uređajima ili tehničkom opremom potrebnom za izvršavanje usluga koje su predmet ove nabave, među kojima je, između ostalog, obavezno programski alat CymCap. Primjenjujući navedenu odredbu, osnovano se u osporenom rješenju navodi kako DON-om nije uvjetovano da se treba raditi o komercijalnoj verziji tog programskog alata pa je pravilan zaključak iz osporenog rješenja da je ponuda pregledana i ocijenjena na temelju uvjeta i zahtjeva iz DON-a, što je sukladno odredbi članka 290. stavak 1. ZJN-a. Tužitelj je prigovorima o nužnosti raspolaganja komercijalnom verzijom programskog alata za provedbu konkretnog predmeta nabave, imao mogućnost osporiti DON, a u fazi žalbe na odluku o odabiru ne može s uspjehom osporavati uvjete tražene DON-om odnosno sadržaj DON-a (članak 406. stavak 2. ZJN-a). Stoga, u konkretnom slučaju Sud ocjenjuje da nije povrijeđeno načelo tržišnog natjecanja.

11. U odnosu na prigovor valjanosti punomoći kojom FESB ovlašćuje PBS da u ime odabranog ponuditelja potpiše ponudu i ugovor, Sud prihvaća obrazloženje osporenog rješenja da iz punomoći nedvojbeno proizlazi da ju je dao i potpisao dekan FESB-a, a iz teksta punomoći proizlazi da Zajednicu gospodarskih subjekata čini, između ostalih, Sveučilište u Splitu – Fakultet elektrotehnike, strojarstva i brodogradnje te se zaključno navodi: „opunomoćujem Projektni biro Split d.o.o. da u naše ime i u ime zajednice ponuditelja potpiše ponudu i ugovor“. Stoga činjenica što je u tekstu punomoći navedeno: „opunomoćujem Projektni biro Split d.o.o. ... da ... predstavlja Fractal d.o.o.“, u okolnostima konkretnog slučaja ima značenje omaške u pisanju.

12. Prema točki 6.2.3. DON-a Oslanjanje na sposobnost drugih subjekata, 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. Slijedom toga proizlazi da valjana izjava, sporazum ili ugovor kojom drugi subjekt prihvaća obvezu stavljanja na raspolaganje

ponuditelju ili zajednici gospodarskih subjekata resursa nužnih za izvršenje ugovora o javnoj nabavi, mora sadržavati minimalno sljedeće elemente: naziv drugog subjekta koji stavlja na raspolaganje svoje resurse, naziv ponuditelja ili zajednice gospodarskih subjekata kojemu se resursi ustupaju, naziv predmeta ove javne nabave, odnosno puni naziv projekta koji je predmet ovog javnog nadmetanja za koji se resursi stavljaju na raspolaganje, specificirani opis resursa koji se ustupaju za izvršenje ovog ugovora (tehnički/stručni/financijski), navod o solidarnoj odgovornosti u slučaju oslanjanja na ekonomsku i financijsku sposobnost, potpis osobe/osoba ovlaštene/ih za zastupanje gospodarskog subjekta.

12.1. Tumačeći navedenu odredbu DON-a, a imajući na umu članak 390. ZJN-a, i prema ocjeni Suda naručitelj nije odredio da bi dokaz stavljanja resursa na raspolaganje morala biti izjava o davanju resursa na raspolaganje nego je propisao sadržaj o traženom, koji sadržaj je zadovoljen, kako je to detaljno opisano u obrazloženju osporenog rješenja. To posebice imajući na umu da se u konkretnom slučaju radi o nabavi male vrijednosti (članak 14. ZJN-a).

13. Zbog svega navedenog, Sud je na temelju odredbe članka 57. stavak 1. ZUS-a tužbeni zahtjev kao neosnovan odbio.

14. Zahtjev tužitelja za naknadu troškova spora je neosnovan na temelju odredbe članka 79. stavak 4. ZUS-a.

U Zagrebu 9. ožujka 2022.

Predsjednica vijeća
mr. sc. Inga Vezmar Barlek, v.r.

Za točnost otpravka – ovlaštenu službenik

Tanja Nemčić

