



**REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE**

KLASA: UP/II-034-02/22-01/323

URBROJ: 354-02/11-22-14

Zagreb, 15. lipnja 2022.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članova: Anđelka Rukelja, zamjenika predsjednice, te Danijele Antolković i Zvonimira Jukića, članova, u žalbenom postupku pokrenutom po žalbi žalitelja Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska, nacionalni identifikacijski broj: 67670, kojeg zastupaju opunomoćenici Zoran Tomić, Ivana Božić i Vlatka Klišanin, odvjetnici iz Odvjetničkog društva Tomić & partneri d.o.o. Zagreb, u odnosu na Odluku o odabiru u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F5-0032202, predmet nabave: radovi na građevinskom i elektroenergetskom željezničkom infrastrukturnom podsustavu Projekta „Rekonstrukcija postojećeg i izgradnja drugog kolosijeka na dionici Hrvatski Leskovac - Karlovac“, naručitelja HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb, OIB: 39901919995, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13, 74/14, 98/19 i 40/21) te članka 398. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16, nadalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Odbija se žalba žalitelja Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska kao neosnovana.

2. Odbija se zahtjev žalitelja Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska za naknadu troškova žalbenog postupka kao neosnovan.

O b r a z l o Ź e n j e

Naručitelj HŽ Infrastruktura d.o.o. Zagreb objavio je 7. rujna 2020. u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje u tekstu: EOJN RH) poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F5-0032202, predmet nabave: radovi na građevinskom i elektroenergetskom željezničkom infrastrukturnom podsustavu Projekta „Rekonstrukcija postojećeg i izgradnja drugog kolosijeka na dionici Hrvatski Leskovac - Karlovac“. Kriterij odabira je ekonomski najpovoljnija ponuda koja se određuje na

temelju pondera: Cijena ponude 90%; Razdoblje osiguravanja i zamjene dijelova skretnica 5% i Razdoblje osiguravanja svih potrebnih dijelova elektroenergetskog podsustava i njihove zamjene 5%, maksimalni broj bodova 100.

U predmetnom postupku javne nabave dostavljeno je 15 ponuda. Naručitelj je u postupku pregleda i ocjene ponuda šest ponuda ocijenio valjanima te je 25. siječnja 2022. donio Odluku o odabiru Broj: 3-17/22-P kojom je kao ekonomski najpovoljniju odabrao ponudu zajednice gospodarskih subjekata Strabag AG, Spittal an der Drau, Republika Austrija, Strabag d.o.o. Zagreb i Strabag Rail a.s., Usti nad Labem, Češka Republika.

Na navedenu Odluku o odabiru žalbu je 3. veljače 2022. izjavio žalitelj Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska.

Postupajući po navedenoj žalbi Državna komisija je 10. ožujka 2022. donijela Rješenje KLASA: UP/II-034-02/22-01/76; URBROJ: 354-02/11-22-12 (dalje u tekstu: prethodno Rješenje), kojim je poništila Odluku o odabiru od 25. siječnja 2022.

Nakon objave navedenog Rješenja naručitelj je proveo ponovljeni pregled i ocjenu ponuda, u kojemu je šest ponuda ocijenio valjanima te je 28. travnja 2022. donio novu Odluku o odabiru kojom je ponovno odabrao ponudu zajednice gospodarskih subjekata Strabag AG, Spittal an der Drau, Republika Austrija, Strabag d.o.o. Zagreb i Strabag Rail a.s., Usti nad Labem, Češka Republika (dalje u tekstu odabrana zajednica).

Na novu Odluku o odabiru žalbu je 9. svibnja 2022. putem preporučene pošte ponovno izjavio, i naručitelju u roku za žalbu dostavio, žalitelj Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, Republika Turska.

Žalitelj u žalbi osporava zakonitost ponovljenog pregleda i ocjene odabrane ponude. Žalbenim zahtjevom žalitelj predlaže poništiti novu Odluku o odabiru i naknaditi mu troškove žalbenog postupka.

U odgovoru na žalbu naručitelj osporava žalbene navode u cijelosti te predlaže odbiti žalbu kao neosnovanu.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju na žalbu i odgovor na žalbu osporava žalbene navode u cijelosti i predlaže odbiti žalbu kao neosnovanu.

U tijeku postupka pred ovim tijelom izvedeni su dokazi pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala koji se sastoji od poziva na nadmetanje, dokumentacije o nabavi, Zapisnika o (prvom) pregledu i ocjeni ponuda, Zapisnika o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda sa priložima, nove Odluke o odabiru, odabrane ponude te ostalih dokaza pribavljenih u spis žalbenog predmeta.

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

Žalba je neosnovana.

Žalitelj navodi da je naručitelj u ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda pogrešno ponovno utvrdio da referenca „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko - Hodoš -

Izvedba sklop B“ zadovoljava postavljene uvjete tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Smatra kako su obrazloženja naručitelja navedena u Zapisniku o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda u cijelosti neosnovana te da naručitelj zapravo odbija prihvatiti obrazložene stavove Državne komisije iz prethodnog Rješenja. Iz sporne reference jasno se vidi, ističe žalitelj, da je Strabag AG, Austrija izvodio radove na izgradnji novog podvožnjaka Dornava i novog nadvožnjaka Moškanjci, no da nije izvodio sve radove na izgradnji tih objekata, a kako je zahtijevano dokumentacijom o nabavi. Žalitelj smatra da je naručitelj ponovnim priznavanjem predmetne reference postupio protivno prethodnom Rješenju Državne komisije.

Naručitelj u odgovoru na žalbu ističe kako nije pogriješio kada je utvrdio da predmetna referenca zadovoljava postavljene uvjete. Obrazlaže da mu je prethodnim Rješenjem Državne komisije predmet vraćen na ponovni pregled i ocjenu ponuda te da je postupio u potpunosti sukladno Rješenju. Ističe da je u ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda, postupajući sukladno rješenju Državne komisije predočio činjenice i dokazao sa stručnog stajališta koji su dijelovi mosta te da uporište u svojem stavu ima u znanosti i zakonodavnom okviru, što je, smatra, u ponovljenom Zapisniku dokazao i obrazložio te priložio relevantnu dokumentaciju. Naručitelj dalje iznosi svoj stav da je s praksom nespojivo to da sve moguće radove koji nisu esencijalni, ali su vezani uz gradnju jednog mosta, izvodi isto društvo te naglašava da je pod „svim radovima“ uvijek podrazumijevao izvedbu esencijalnih dijelova mosta.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju smatra da je naručitelj obrazložio kako je zaštita građevinske jame privremena konstrukcija koja nije dio mosta te jasno ukazao kako ti radovi ne pripadaju u konstruktivne elemente mosta, odnosno da je u odnosu na dostavljenu Potvrdu valjano utvrdio kako zadovoljava propisane uvjete. Nadalje, odabrana zajednica ističe da se iz reference „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko - Hodoš“ jasno vidi da je Strabag AG, Austrija u okviru ugovora izveo 95,65% radova, odnosno sve konstruktivne radove na izgradnji objekata u okviru potpisanog Ugovora, čime je dokazao posjedovanje tehničke i stručne sposobnosti za izvršenje predmetnog Ugovora, dok je preostali dio radova izveo drugi član zajednice.

Ispitujući žalbeni navod izvršen je uvid u prethodno Rješenje Državne komisije te Zapisnik o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda.

U prethodnom Rješenju Državna komisija je ocijenila da naručitelj nije dokazao na temelju kojih činjenica i okolnosti je ocijenio da odabrana zajednica udovoljava uvjetima propisanim u točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi odnosno da je Strabag AG, Austrija izvršio sve radove na izgradnji jednog (1) ili najviše tri (3) mosta ili vijadukta ili nadvožnjaka ili podvožnjaka (željeznička ili cestovna) ukupne vrijednosti najmanje 30.000.000,00 HRK (bez PDV-a) budući da je iz dostavljene Potvrde druge ugovorne strane jasno razvidno da je u izgradnji konkretnog podvožnjaka Dornava, na koji se referenca odnosi izrađena i zaštita građevinske jame, odnosno razvidno je da su u izgradnji konkretnog nadvožnjaka Moškanjci, na koji se referenca odnosi izrađeni i piloti te da je te radove (zaštita građevinske jame i izrada pilota) nije izradio član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija, nego društvo SGP Pomgrad d.d.

Uvidom u Zapisnik o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj odabranoj zajednici ponovno prihvatio referencu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko - Hodoš - Izvedba sklop B“ kao valjanu za dokazivanje traženog iskustva u točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi i svoju ocjenu

obrazložio na sljedeći način: „Izgradnja mosta podrazumijeva izgradnju upornjaka, rasponskog sklopa i stupišta. U sklopu projekta, ovisno o vrsti tla može se pojaviti potreba za izvedbom pilota te zaštitom građevne jame, ali to nije uvijek slučaj. Isto je razvidno i iz predmetnih potvrda ponuditelja - jedna sadrži pilote, a druga zaštitu građevne jame. Također, postoje mostovi/nadvožnjaci/podvožnjaci koji ne iziskuju niti jednu od navedenih vrsta radova koji inače spadaju u geotehničke konstrukcije. Piloti i zaštita građevne jame mogu biti dijelovi bilo koje građevinske konstrukcije kao npr. zgrada, nebodera, hala, u sklopu prometnica, kod vodoopskrbnih i odvodnih sustava i sl. Piloti se izvode za ojačanje tla odnosno poboljšanje geomehaničkih karakteristika temeljnog tla. Ojačanje tla spada u prethodne radove da bi se mogla izvesti nosiva konstrukcija građevine (u ovom slučaju nadvožnjak) na lošem temeljnom tlu. Građevna jama je privremena geotehnička konstrukcija i služi kako bi se omogućilo izvođenje radova na konstrukciji (u našem slučaju podvožnjaka) koja se nakon završetka radova zatrpava te samim tim više ne postoji. Sukladno navedenom naručitelj radove izvedbe pilota i zaštite građevne jame ne smatra radovima za ocjenjivanje sposobnosti gospodarskog subjekta da izvede radove na mostu/vijaduktu/nadvožnjaku/podvožnjaku te je priznao referencu za izgradnju podvožnjaka Dornava iako u sklopu iste ponuditelj nije izveo zaštitu građevne jame i također referencu za gradnju nadvožnjaka Moškanjci iako ponuditelj nije izveo pilote. Izvedbu pilota i zaštitu građevinske jame naručitelj inače priznaje i traži kao uvjet sposobnosti za izvedbu geotehničkih građevina. Uporište u ovakvom stavu, osim stručnih i tehničkih znanja kojima raspolažu stručnjaci naručitelja koji su sudjelovali u pregledu i ocjeni ponuda, naručitelj ima i u znanosti. Konkretno na Građevinskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu postoji više (5) smjerova diplomskog studija, a među njima i zasebni smjer Geotehnika te zasebni smjer Konstrukcije. Smjer Geotehnika se između ostalog bavi temeljenjem i pilotima, a smjer Konstrukcija pokriva mostove/vijadukate/nadvožnjake/podvožnjake. Dakle, u znanstvenom smislu, to su zasebne discipline građevinske struke (kao dokaz naručitelj prilaže izlist smjerova i relevantnih kolegija s predmetnog fakulteta). Nadalje, u zakonskom smislu ukoliko uzmemo u obzir Pravilnik o kontroli projekata (Narodne novine, broj 32/14 i 72/20), kontrola glavnog projekta obvezna je između ostalog posebno za prometne građevine koje predstavljaju zasebnu cjelinu (tu spadaju mostovi), a posebno za podzemne građevine u koje spadaju građevne jame dublje od 5 m, te posebna temeljenja i sanacije klizišta u koje spadaju temeljenja na pilotima (kao dokaz naručitelj prilaže relevantni dio predmetnog Pravilnika). Nadalje, argument da su u tehničkim specifikacijama navedeni iskopi i zaštita građevinskih jama nema veze s određenim uvjetom sposobnosti jer sukladno dosadašnjoj praksi Državne komisije naručitelj ocjenjuje ponudu i sposobnost ponuditelja sukladno propisanim uvjetima (u ovom slučaju tehničke) sposobnosti, a ne tehničkim specifikacijama. U pogledu navoda da naručitelj implicira da piloti ne bi bili dio nadvožnjaka Moškanjci, naručitelj dodatno argumentira i pojašnjava svoj stav: naručitelj nigdje nije izriječno naveo da izvedeni piloti nisu dio ugovora o izvođenju nadvožnjaka Moškanjci, odnosno da predmetni radovi nisu izvedeni u sklopu predmetnog objekta, već je naručitelj naveo da piloti nisu *nužno* odnosno *uvijek* njihov sastavni dio, što znači da u svim mogućim slučajevima kada se radi o izgradnji nadvožnjaka/mosta/vijadukta/podvožnjaka postoje i oni nadvožnjaci/mostovi/vijadukti/podvožnjaci kod kojih piloti nisu sastavni dio. Naručitelj dakle, sa stanovišta struke, znanosti i zakona, što je potkrijepljeno i priložima, smatra i dokazuje da je ponuditelj koji je sposoban izvesti ključne dijelove mosta u koje ne spadaju piloti i zaštita građevne jame, sposoban izvesti i cijeli nadvožnjak/mosti/vijadukt/podvožnjak. Kada bi se uzela u obzir kriva argumentacija uvjeta sposobnosti temeljem koje je isključivo sadržaj potvrde meritoran za procjenu

sposobnosti ponuditelja, to bi značilo i da ako su u potvrdi navedeni radovi na izvođenju rasvjete na mostu, oni automatski moraju biti izvedeni od strane ponuditelja. Takav stav je pogrešan. Radovi koji moraju biti izvedeni od strane Ponuditelja su oni koji čine ključne dijelove objekta, a ne svi radovi nabrojani u potvrdi. Naručitelj smatra da je navedenom argumentacijom i dokazima na zadovoljavajući način obrazložio svoje prihvaćanje navedenih potvrda te da je za referencu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš - Izvedba sklopa B“ odabrana zajednica dokazala tehničku i stručnu sposobnost u smislu točke 4.3.a. dokumentacije o nabavi.“

Zapisniku o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda naručitelj je priložio (i u EOJN RH objavio) Pravilnik o kontroli projekata i Izvedbeni plan diplomskog studija Građevinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu na koje se u Zapisniku poziva.

Nadalje, radi potpunog i pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja, relevantne činjenice se dodatno ističu.

Prema točki 2.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je predmet nabave opisao kao radove na građevinskom i elektroenergetskom željezničkom infrastrukturnom podsustavu projekta „Rekonstrukcija postojećeg i izgradnja drugog kolosijeka na dionici Hrvatski Leskovac-Karlovac“. Detaljan opis predmeta nabave i cjelokupnog projekta nalazi se u Svesku III - Knjiga 1 dokumentacije o nabavi.

Točkom 4.3. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj je propisao minimalne razine tehničke i stručne sposobnosti i način njihova dokazivanja.

Prema točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima gospodarski subjekt tehničku i stručnu sposobnost dokazuje popisom radova kojima dokazuje: da je u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom deset (10) godina koje prethode toj godini, uredno izvršio sve radove na izgradnji jednog (1) ili najviše tri (3) mosta ili vijadukta ili nadvožnjaka ili podvožnjaka (željeznička ili cestovna) ukupne vrijednosti najmanje 30.000.000,00 HRK (bez PDV-a).

Nadalje je u istoj točki dokumentacije o nabavi naručitelj propisao da je kao preliminarni dokaz tehničke i stručne sposobnosti propisane točkama 4.3.a. - 4.3.d. gospodarski subjekt obvezan u ponudi dostaviti ESPD obrazac ispunjen u dijelu IV: Kriteriji za odabir gospodarskog subjekta, C: Tehnička i stručna sposobnost - točka 1a. U trenutku provjere informacija navedenih u ESPD obrascu, uvjete sposobnosti propisane točkama 4.3.a. - 4.3.d. gospodarski subjekt dokazuje popisom izvršenih radova (Obrazac 4 Popis izvršenih radova) koji su isti ili slični predmetu nabave, i koji sadrži ili mu se prilaže potvrda druge ugovorne strane o urednom izvođenju i ishodu radova (Obrazac 5). Potvrda o urednom izvršenju radova mora sadržavati: naziv i sjedište izvođača, naziv i sjedište druge ugovorne strane, predmet i vrijednost radova obuhvaćenih ugovorom, popis radova obuhvaćenih ugovorom koje je gospodarski subjekt izvršio samostalno i njihova pojedinačna vrijednost⁷ (objašnjenje fus note broj 7: potvrde u eurima ili drugim valutama će se preračunavati u kune prema srednjem tečaju Hrvatske narodne banke (HNB) na dan početka postupka javne nabave); popis radova obuhvaćenih ugovorom koje su izvršili samostalno ostali članovi zajednice i njihova pojedinačna vrijednost (ako je primjenjivo); datum i mjesto izvođenja radova (godina ugovaranja i završetka radova); izjavu druge ugovorne strane o urednom izvođenju i ishodu radova. U slučaju da se potvrda izdaje za zajednicu izvođača čiji član se nadmeće u ovom postupku javne nabave, potvrda treba na jasan i nedvosmislen način sadržavati podatke koji se odnose na člana zajednice koji se nadmeće u ovom postupku i to popis radova i njihovu vrijednost (bez PDV-a) koje je izvršio taj član zajednice, a ispunjavaju propisane minimalne uvjete (vrstu izvedenih radova i njihovu vrijednost).

Nadalje je u istoj točki 4.3. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi naručitelj dao dodatno pojašnjenje vezano uz dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti propisane točkama 4.3.a. - 4.3.d.: Popis izvršenih radova i potvrda o urednom izvođenju i ishodu radova moraju sadržavati detaljnu specifikaciju izvedenih radova (kako je već navedeno u točki 4.3. i u Obrascu 5) kako bi naručitelj nedvojbeno utvrdio da li dostavljeni dokumenti dokazuju ispunjenje pojedinog propisanog uvjeta sposobnosti. Npr.: - za naručitelja nije prihvatljiva potvrda u kojoj je navedeno da je gospodarski subjekt izveo određeni postotak ukupno ugovorenih radova (koji su npr. uključivali rekonstrukciju željezničke pruge u duljini 20 km, obnovu kolodvorskih zgrada te elektrifikaciju pruge), - za točku 4.3.a. iz potvrde mora biti razvidno da je ponuditelj izgradio min. jedan most ili vijadukt ili nadvožnjak, a ne dio radova na mostu ili vijaduktu ili nadvožnjaku u nekom postotku. Zbog svega navedenoga potrebno je točno nabrojati i specificirati sve pojedinačne radove koje je gospodarski subjekt stvarno izveo. Ako je potrebno, naručitelj može izravno od druge ugovorne strane zatražiti provjeru istinitosti potvrde.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 290. stavka 1., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3., članka 403. te članka 425. stavka 6. ZJN 2016.

Iz spisa predmeta proizlazi da je Državna komisija u prethodnom Rješenju ocijenila osnovanim žalbeni navod da je naručitelj pogrešno ocijenio da referenca „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“ udovoljava uvjetima postavljenim u točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, odnosno da naručitelj nije, sukladno svojoj obvezi iz članka 403. ZJN 2016, dokazao na temelju kojih činjenica i okolnosti je utvrdio da je Strabag AG, Austrija izvršio sve radove na izgradnji jednog (1) ili najviše tri (3) mosta ili vijadukta ili nadvožnjaka ili podvožnjaka (željeznička ili cestovna) ukupne vrijednosti najmanje 30.000.000,00 HRK (bez PDV-a), a vezano za upravo tu referencu navedenu u ESPD obrascu člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija.

Iz spisa ovoga žalbenog predmeta proizlazi da je naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda odabranoj zajednici ponovno priznao navedenu referencu kao valjanu za dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi i da je u Zapisniku o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda dodatno obrazložio razloge na osnovu kojih je navedenu referencu priznao, odnosno razloge zbog kojih radove izvedbe pilota i radove zaštite građevinske jame ne smatra ključnim radovima za ocjenu sposobnosti gospodarskog subjekta da izvede radove na mostu/viaduktu/nadvožnjaku/podvožnjaku, iako je nesporno da član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija nije izveo sve radove odnosno da u sklopu izgradnje podvožnjaka Dornava nije izradio pilote, a u sklopu izgradnje nadvožnjaka Moškanjci nije izveo zaštitu građevinske jame. Naručiteljev glavni argument na osnovu kojeg je ponovno priznao istu referencu je taj da su radovi koji moraju biti izvedeni od strane ponuditelja oni radovi koji čine ključne dijelove objekta, a ne svi radovi nabrojani u potvrdi o uredno izvršenim radovima, odnosno da radovi na izvedbi pilota i zaštitne jame ne čine ključne dijelove objekta pa tako niti ne utječu na ocjenu sposobnosti. Kao što je to izričito navedeno i u prethodnom Rješenju Državne komisije, u odredbi točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, naručitelj je jasno propisao da će tehničku i stručnu sposobnost iz te točke dokazati onaj gospodarski subjekt koji dokaže da je izveo *sve radove* na nekom od propisanih objekata. Naručitelj je, dakle, u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda postupajući po prethodnom Rješenju ponovno prihvatio predmetnu referencu, međutim niti dodatnom argumentacijom i

dokumentima priloženim Zapisniku o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda naručitelj nije dokazao da odabrana zajednica zadovoljava uvjet iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi u pogledu reference „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“, budući da je iz cjelokupne dokumentacije razvidno da član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija nije izveo sve radove na izgradnji podvožnjaka Dornava i nadvožnjaka Moškanjci, kako je to traženo u točki 4.3.a. dokumentacije o nabavi, dok tvrdnja naručitelja da su za ocjenu sposobnosti relevantni samo ključni dijelovi objekta ne proizlazi iz iste točke dokumentacije. Slijedom navedenog, žalbeni navod da je naručitelj u ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda pogrešno ocijenio da referenca „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“ zadovoljava uvjete tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi ocijenjen je osnovanim, no osnovanost ovoga navoda ne utječe na rješenje ove upravne stvari iz razloga koji se navode u obrazloženju sljedećih žalbenih navoda, a tiču se ocjene postojanja tehničke i stručne sposobnosti iz iste točke dokumentacije o nabavi.

Žalitelj nadalje smatra da je naručitelj pogrešno utvrdio da odabrana zajednica zadovoljava minimalnu razinu tehničke i stručne sposobnosti traženu u (istoj toj) točki 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi novom naknadno dostavljenom referencom „Potpuna izgradnja Klaus lanaca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu Lot 1 Vijadukt preko doline Steyr i Lučni most“. Žalitelj je stava da naručitelj nije imao pravnu osnovu pozvati odabranu zajednicu da u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda dopuni ažurirane popratne dokumente koji su već dostavljeni u prvom pregledu i ocjeni ponuda. Smatra da je naručitelj povrijedio odredbe članka 263. ZJN 2016 i načela javne nabave te da je to dovelo do pogodovanja odabranom zajednici, kao i da je zakonske odredbe i sudsku praksu tumačio arbitrarno. Žalitelj se poziva na pravnu praksu Državne komisije iznesenu u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/18-01/1008 te Presude Viskog upravnog suda RH Poslovni broj: UsII-550/19 i Poslovni broj: UsII-200/2020.

Naručitelj u odgovoru na žalbu osporava navod žalitelja i navodi kako je postupio u skladu s Rješenjem Državne komisije KLASA: UP/II-034-02/19-01/571 te pravnim stajalištima u Presudi Visokog upravnog suda RH Poslovni broj: UsII-550/19. Naručitelj ističe da je višestruka nadopuna ažuriranih dokumenta uobičajena praksa, pogotovo u kompleksnim postupcima ovako velike vrijednosti koji zahtijevaju dostavu velikog broja dokumenata. U odnosu na navod da je povrijedio načela javne nabave, naručitelj ističe da je ponuda odabrane zajednice ekonomski najpovoljnija ponuda pa je, u skladu s načelom ekonomičnosti iz članka 4. stavka 3. ZJN 2016, bio obvezan primjenjivati odredbe toga Zakona na način koji omogućava učinkovitu javnu nabavu te ekonomično i svrhovito trošenje javnih sredstava.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju u bitnom navodi da je Državna komisija u prethodnom Rješenju uputila naručitelja da mora ponoviti postupak pregleda i ocjene ponuda te na temelju rezultata ponovljenog postupka donijeti novu Odluku o odabiru.

Ispitujući osnovanost žalbenog navoda izvršen je uvid u EOJN RH kojim su utvrđene sljedeće činjenice.

Dana 6. travnja 2022. naručitelj je na temelju odredbe članka 263. stavka 2. ZJN 2016 zatražio od odabrane zajednice da dostavi, ako ima: nadopunjeni popis izvršenih

radova (Obrazac 4 - popis izvršenih radova) za točku 4.3.a., koji sadrži ili mu se prilaže: potvrda druge ugovorne strane o urednom izvođenju i ishodu radova (Obrazac 5).

Dana 7. travnja 2022. odabrana zajednica je naručitelju dostavila, kako sama u podnesku navodi, nadopunjeni Popis izvršenih radova od 7. travnja 2022. i Potvrdu druge ugovorne strane o uredno izvršenim radovima od 21. ožujka 2016.

Uvidom u Popis izvršenih radova (Obrazac 4), koji je odabrana zajednica dostavila naručitelju, utvrđeno je da je predmetni Popis dopunjen s referencom „A8 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1 Talubergang Steyr und Rampenbruck, Lot 1 potpuna izgradnja Klaus lanaca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu vijadukt preko doline Steyr i lučni most“; da je jasno navedeno da je Strabag AG, Austrija izveo sve radove na projektu izgradnje novih objekata: izgradnja objekta „PY50.2 Lučni most“ i izgradnja objekta „PY51.2 Vijadukt Steyr“ te da je ukupna vrijednost ta dva objekta 6.900.000,00 EUR, preračunato 51.929.400,00 HRK. Opisanom Popisu izvršenih radova priložena je Potvrda druge ugovorne strane ASFINAG Bau Managment GmbH, kojom potvrđuje da je Strabag AG, Austrija izveo kompletne radove, kao glavni i jedini izvođač, na objektu novogradnje PY50.2 Lučni most i objektu novogradnje PY51.2 Vijadukt Steyer, u sklopu građevinskog projekta „Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau Baulos 1 Tulübergang Steyr und Rampenbrücke, Lot 1, potpuna izgradnja Klaus lanaca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu, vijadukt preko doline Steyr i lučni most“.

Nadalje je iz EOJN RH razvidno da je 13. travnja 2022. na temelju odredbe članka 263. stavka 2. ZJN 2016 naručitelj od odabrane zajednice zatražio „ispravak/nadopunu potvrde druge ugovorne strane iz koje će biti razvidno koja je točno vrijednost izvedenih radova na objektima Lučni most i Vijadukt Steyer“ ili alternativno da na ispravljenom Popisu izvršenih radova dostavi ovjeru navoda koji se odnose na izgradnju objekta Lučni most i objekta Vijadukt Steyer od strane ovlaštenog predstavnika naručitelja radova (ASFINAG Bau Managment GmbH). Naručitelj je u zahtjevu naveo da bi ovjera trebala sadržavati ime i prezime ovlaštene osobe, funkciju ovlaštene osobe, potpis i žig.

Dana 21. travnja 2022. je odabrana zajednica naručitelju dostavila podnesak u kojemu navodi kako dostavlja „nadopunu potvrde izdane od strane naručitelja radova iz koje je razvidna točna vrijednost radova izvedenih na predmetnim objektima“ te „nadopunjeni Popis izvršenih radova Obrazac 4“. Uvidom u dopunjeni Popis izvršenih radova (Obrazac 4) utvrđeno je da sadrži izričit navod da se iznos od 6.900.000,00 EUR, odnosno 51.929.400,00 HRK odnosi na oba objekta i isključivo ta dva objekta te da se u stupcu 7. toga Popisa „Potvrda druge ugovorne strane (ukoliko se potvrda ne prilaže zasebno)“ u dijelu koji se odnosi na predmetnu referencu, nalazi rukom napisano Manuel Prenter i Christian Eckardt te funkcija obje osobe (voditelj projekta), a razvidni su i vlastoručni potpisi kraj njihovih imena na dnu obrasca, gdje se nalazi i ovjera pečatom druge ugovorne strane ASFINAG Bau Managment GmbH.

Uvidom u Zapisnik o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je naručitelj nakon obrazloženja razloga zašto ponovno priznaje referencu „Modernizacija razinskih prijelaza Pragersko-Hodoš“ kao valjanu za dokazivanje sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi konstatirao sljedeće:

„Međutim, opreza radi, a postupajući u skladu s pravnim shvaćanjem Visokog upravnog suda Republike Hrvatske u odluci Poslovni broj: UsII-396/20-10 od 10. prosinca 2020. te Rješenjem Državne komisije KLASA: UP/II-034-02/21-01/394 od 28. svibnja 2021. u kojima se u bitnom navodi da naručitelj može u cilju utvrđivanja tehničke sposobnosti uzeti u obzir i nove dokaze o iskustvu ponuditelja pod uvjetom da je ono stečeno prije isteka roka za dostavu ponuda u konkretnom postupku javne nabave,

naručitelj je dana 6. travnja 2022. od zajednice ponuditelja Strabag AG; Strabag d.o.o.; Strabag Rail a.s. zatražio nadopunu ažuriranih popratnih dokumenata u smislu dostavljanja potvrde o stečenom iskustvu od strane ponuditelja sukladno pravnom mišljenju i praksi Državne komisije, a u cilju zadovoljavanja uvjeta iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nadmetanju. Zajednica ponuditelja Strabag AG; Strabag d.o.o.; Strabag Rail a.s. je 7. travnja 2022. dostavila nadopunu ažuriranih popratnih dokumenata, konkretno Potvrdu o uspješno izvedenim svim radovima na Vijaduktu preko doline Steyr i Lučnom mostu ukupne vrijednosti 51.929400,00 HRK. Naručitelj je 13. travnja 2022. ponovno zatražio nadopunu ažuriranih popratnih dokumenata, odnosno predmetne Potvrde. Zajednica ponuditelja Strabag AG; Strabag d.o.o.; Strabag Rail a.s. je 22. travnja 2022. dostavila nadopunu ažuriranih popratnih dokumenata, koje je naručitelj nakon pregleda prihvatio te je na temelju dostavljenih dokaza nedvojbeno utvrdio da predmetna referenca s obzirom na vrijednost samostalno zadovoljava uvjet propisan dokumentacijom o nabavi točkom 4.3.a. Uputa ponuditeljima. Zaključno, ponuditelj je svim predmetnim dostavljenim referencama višestruko zadovoljio postavljeni uvjet tehničke sposobnosti u točki 4.3.a. te je ocijenjen sposobnim u smislu uvjeta iz dokumentacije o nabavi.“

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 4., članka 263., članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016.

Žalitelj nije u pravu kada tvrdi da u konkretnom slučaju naručitelj nije imao pravnu osnovu u ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda pozvati odabranu zajednicu da sukladno odredbi članka 263. stavka 2. ZJN 2016 upotpuni već dostavljene ažurirane popratne dokumente koji se odnose na dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Naime, odredbom članka 263. stavka 2. ZJN 2016 propisano je da naručitelj može pozvati gospodarske subjekte da nadopune ili objasne zaprimljene ažurirane popratne dokumente. Ponovljeni postupak pregleda i ocjene ponuda predstavlja zaseban postupak pregleda u kojem naručitelj ima obvezu postupiti sukladno članku 425. stavku 6. ZJN 2016, a u kojem postupku je radi pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja ovlašten tražiti dodatna pojašnjenja ili dopunu već dostavljenih ažuriranih popratnih dokumenata u cilju pravilne ocjene tehničke i stručne sposobnosti određenog gospodarskog subjekta. Dakle, naručitelj je u ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda, vezan pravnim shvaćanjem iz Rješenja Državne komisije, obavezan provesti ponovni postupak pregleda i ocjene ponuda u smislu utvrđivanja svih odlučnih činjenica relevantnih za ocjenu valjanosti pojedine ponude. Prema odredbama ZJN 2016 obveza je naručitelja pregledati i ocijeniti ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi koristeći pri tome sva ovlaštenja koja mu je zakonodavac dao te na temelju utvrđenih činjenica donijeti novu odluku koja mora biti valjana obrazložena. Za takvo utvrđivanje, odnosno prikupljanje dokaza i odlučnih činjenica u svrhu provjere valjanosti svih referenci ekonomski najpovoljnije ponude u postupku javne nabave, naručitelj je sukladno odredbama članka 263. ZJN 2016 ovlašten primijeniti institut pojašnjenja i upotpunjavanja zaprimljene dokumentacije. Presuda Visokog upravnog suda RH Poslovni broj: UsII-550/19, od 27. studenog 2019., na koju se i sam žalitelj poziva, izražava isto pravno stajalište Suda, a to je da odredba članka 263. stavka 2. ZJN 216 ne daje temelja za zaključak da bi naručitelj mogao samo jedanput tražiti pojašnjenje/dopunu ažuriranih popratnih dokumenata, a isto pravno stajalište zauzima Sud i u recentnim Presudama (primjerice Presudi Poslovni broj: UsII-43/22 od 9. ožujka 2022. i Poslovni broj: UsII-169/21 od 30. lipnja 2021.). Slijedom navedenog, žalbeni navod da je naručitelj pozivajući odabranu

zajednicu da nadopuni ažurirane popratne dokumente u konkretnom slučaju postupio protivno odredbama članka 263. ZJN 2016 i načelima javne nabave ocijenjen je neosnovanim.

U odnosu na ranije već opisanu Potvrdu druge ugovorne strane ASFINAG Bau Management GmbH za referencu „Potpuna izgradnja Klaus lanaca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu vijadukt preko doline Steyr i lučni most“ žalitelj u nastavku navodi:

1. da je iz Potvrde vidljivo da je izdana 21. ožujka 2016. te da se, sukladno Pravilniku o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave, ista ne smatra ažuriranim popratnim dokumentom budući da je starija više od 4 godine od dana početka postupka javne nabave te se zbog toga ne može koristiti za dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi kao ažurirani popratni dokument.

2. žalitelj ističe kako predmetna Potvrda sadrži podatak da je kontakt osoba u ime društva ASFINAG Bau Management GmbH, ovdje druge ugovorne strane, Di Edgar Rami koji nije osoba koja se bavi poslovima izvođenja projekata, već je na poziciji menadžera rizika te je, smatra žalitelj, upitno je li ovlašten za zastupanje društva i potvrđivanje da su radovi uredno izvršeni (kao dokaz predlaže uvid u javno objavljeni životopis osobe Di Edgar Rami na stranici LinkedIn Corporation, navodi poveznicu na mrežnu stranicu).

3. Nadalje, vezano uz sadržaj predmetne Potvrde, žalitelj ističe kako Potvrda ne sadrži popis radova obuhvaćenih ugovorom koje je gospodarski subjekt Strabag AG, Austrija izvršio samostalno i njihovu pojedinačnu vrijednost, budući da je iz Potvrde vidljivo da se izgradnja objekta PY50.2 Lučni most te objekta PY51.2 Vijadukt Steyr odvija u sklopu ugovora koji je obuhvaćao potpunu izgradnju Klaus lanaca tunela na autocesti A9 na pyhmskom pravcu. S obzirom na to da je nužno da Potvrda druge ugovorne strane sadrži cjelokupni popis radova obuhvaćenih ugovorom u sklopu kojeg su izgrađeni predmetni most i vijadukt, stav je žalitelja da predmetna Potvrda ne ispunjava uvjete propisane dokumentacijom o nabavi u pogledu sadržaja.

4. Na kraju, žalitelj tvrdi da je predmetna Potvrda nerazumljiva u dijelu u kojem se navodi popis obrta koordiniranih vlastitim rukovodećim osobljem, koja formulacija, prema mišljenju žalitelja, čini predmetnu Potvrdu sumnjivom te podsjeća da je točkom 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi propisano da gopodarski subjekt mora dokazati da je izvršio sve radove na nekom objektu.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da se pravila o starosti dokumenata odnose na dokaze kojima se dokazuje nepostojanje osnova za isključenje gospodarskih subjekata, a ne na potvrde o urednom izvršenju radova, koji dokazi su po svojoj naravi nepromjenjivi, bez obzira na protok vremena od dana kada su izdani. Naglašava da je potvrdu druge ugovorne strane propisao kao dokaz postojanja sposobnosti iz točke 4.3. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi te da nije stipulirao starost potvrde.

U odnosu na žalbeni navod o ovjeri predmetne Potvrde, naručitelj smatra da žalitelj ničim nije dokazao da Di Edgar Rami u ovom slučaju ne nastupa kao punomoćnik po zaposlenju te da nije ovlašten na potpisivanje Potvrde. Osim toga, nastavlja naručitelj, iz navedenih žalbenih navoda i priloženog životopisa Di Edgara Ramija razvidno je da je u vrijeme izvođenja predmetnih radova radio kao voditelj projekata novogradnje i velikih projekata u društvu ASFINAG Bau Managment GmbH te je žalitelj upravo tim dokazom dokazao da je itekako kvalificiran za potpisivanje predmetne Potvrde.

Žalbeni navod da predmetna Potvrda sadrži formalan nedostatak naručitelj smatra potpuno neosnovanim jer je u Potvrdi izrijekom navedeno da su izvedeni sljedeći radovi: pregradovi, radovi čišćenja i zemljani radovi; radovi na odvodnji i na kopanju kanala za kabele; temeljni radovi; betonska, armiranobetonski i zidarski radovi; površinska zaštita i izolacija betona; opremanje mostova; korištenje kamenja, osiguranje nasipa, obale i korita; planum donjeg ustroja, nevezane podloge i bankine; bitumenski osnovni i gornji slojevi; radovi na asfaltiranju i ograničavanje rubova; radovi na bušenju, sidrenju i ubrizgavanju. Naručitelj također ističe da je u Potvrdi naveden i opis navedenih objekata; da je navedeno da se radi o izvođenju kompletnih radova; da je Strabag AG, Austrija glavni izvođač radova te da nije bilo konzorcija. Vezano uz navod žalitelja kako potvrda treba sadržavati popis radova obuhvaćenih ugovorom koje je gospodarski subjekt izvršio samostalno i njihovu pojedinačnu vrijednost, naručitelj ističe da se ova odredba dokumentacije o nabavi odnosi na slučaj da je potvrda izdana za ugovor na temelju kojeg se izvodilo više vrsta radova pa da naručitelj može nedvojbeno utvrditi da ponuditelj zadovoljava uvjet sposobnosti za određenu vrstu radova.

Vezano uz navod žalitelja u kojem upire da Potvrda sadržajno ne odgovara zahtjevima iz dokumentacije o nabavi jer iz Potvrde nije razvidno tko je izveo ostale radove na projektu „Potpuna izgradnja Klaus lanaca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu“, naručitelj ističe da je ovakvo tumačenje uvjeta iz dokumentacije potpuno besmisleno. Potvrde se, nastavlja naručitelj, izdaju za izvršene radove, a ne izvršene ugovore, a u ZJN 2016 i dokumentaciji o nabavi ne postoji niti jedna zapreka da se potvrda o uredno izvršenim radovima na projektu izda samo za vrstu radova koje je izveo pojedini izvođač, nego je dapače, takva potvrda sa njegovog stanovišta jasnija i poželjnija. Ističe da se u predmetnom Popisu izvršenih radova i predmetnoj Potvrdi o izvršenim radovima jasno navodi da se cijeli projekt sastoji od puno manjih lotova.

Odabrana zajednica je, u odnosu na navode vezane za starost Potvrde druge ugovorne strane te pitanje kvalificiranosti osobe Di Edgar Rami za potpisivanje iste, u cijelosti prihvatila objašnjenje i obrazloženje naručitelja u odgovoru na žalbu. Smatra da žalitelj ničim nije dokazao protupravno postupanje naručitelja u odnosu na ocjenu i pregled odabrane ponude.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 280. stavka 1. i 4., članka 290. stavka 1., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredba članka 19. stavka 1. te članka 20. stavka 2., 9. i 10. Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave (Narodne novine, broj 65/17 i 75/20; dalje u tekstu: Pravilnik).

Prema odredbi članka 20. stavka 2. Pravilnika ažurirani popratni dokument je svaki dokument u kojem su sadržani podaci važeći, odgovaraju stvarnom činjeničnom stanju u trenutku dostave naručitelju te dokazuju ono što je ponuditelj naveo u e-ESPD-u. Sukladno stavku 9. toga članka, smatra se da su dokumenti iz članka 265. stavak 1. točke 1. ZJN 2016 (izvadak iz kaznene evidencije) ažurirani ako nisu stariji više od šest mjeseci od dana početka postupka javne nabave. Prema stavku 10. toga članka smatra se da su dokumenti iz članka 265. stavka 1. točke 2. i 3. i stavka 2. ZJN 2016 (potvrda porezne uprave, izvadak iz sudskog registra) ažurirani ako nisu stariji od dana početka postupka javne nabave.

Ispitujući prvi žalbeni navod iz ove cjeline, utvrđeno je da je žalitelj ispravno naveo da je predmetna Potvrda izdana 21. ožujka 2016. te da se Potvrdom dokazuje uspješan završetak radova koji su započeli u veljači 2014., a završeni su u prosincu

2015. Citiranim odredbama Pravilnika jasno je propisano da je ažurirani popratni dokument svaki dokument u kojemu su sadržani podaci važeći, odgovaraju stvarnom činjeničnom stanju u trenutku dostave naručitelju te dokazuju ono što je gospodarski subjekt naveo u ESPD obrascu, a da je samo u odnosu na pojedine dokaze (kaznena evidencija, potvrde porezne uprave, izvadci iz registara kojima se dokazuje odsustvo osnova za isključenje) propisana starost dokaza kao uvjet valjanosti ažuriranog popratnog dokumenta. Također, niti odredbama dokumentacije o nabavi naručitelj nije uvjetovao valjanost potvrde o urednom izvršenju radova njezinom starošću, odnosno datumom izdavanja potvrde. U pravu je naručitelj kada navodi da su potvrde druge ugovorne strane o uredno izvršenim radovima (kao uostalom i potvrde o uredno pružanim uslugama i isporukama robe) dokazi koji su po svojoj naravi nepromjenjivi jer se izdaju nakon što su radovi/usluge/iskoruke završeni i predstavljaju dokaz o nekim činjenicama i okolnostima koje su se dogodile u prošlosti, drugim riječima predstavljaju dokaz o prethodnom iskustvu ponuditelja u izvršenju radova/pružanju usluga/iskorukama robe. U konkretnom slučaju predmetna Potvrda dokazuje da su uredno izvršeni radovi na građevinskim objektima koji su započeti u veljači 2014., a završeni u prosincu 2015. pa stoga činjenica da je predmetna Potvrda izdana 21. ožujka 2016. nema utjecaja na valjanost te Potvrde za dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Slijedom navedenoga, žalbeni navod je neosnovan.

Ispitujući drugi žalbeni navod utvrđeno je da se u spornoj Potvrdi navodi da je druga ugovorna strana ASFINAG Bau Management GmbH, ovdje izdavatelj Potvrde, zastupana po osobi Di Edgar Rami i da je ista osoba navedena kao kontakt izdavatelja Potvrde (uz navođenje broja telefona, telefaksa i adrese elektroničke pošte). U odnosu na žaliteljevo paušalno propitivanje je li Di Edgar Rami ovlašten za izdavanje potvrda o urednom izvršenju radova jer je zapravo u tom društvu menadžer, a ne projektant, ocijenjeno je da u konkretnom slučaju funkcija kontakt osobe navedene na Potvrdi nema nikakvog utjecaja na valjanost predmetne Potvrde za dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi pa je žalbeni navod ocijenjen neosnovanim.

Ispitujući treći i četvrti žalbeni navod utvrđeno je da predmetna Potvrda sadrži jasan navod da je Strabag AG, Austrija u sklopu ugovora/projekta potpune izgradnje Klaus lanca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu, kao glavni izvođač (bez konzorcija i podizvođitelja) izvršio kompletne radove na novoizgrađenom objektu PY50.2 Lučni most i novoizgrađenom objektu PY51.2 Vijaduktu Steyr. Utvrđeno je također da Potvrda sadrži popis radova izvedenih u sklopu izgradnje ova dva objekta, na način kako je naručitelj u odgovoru na žalbu naveo. Iz spisa predmeta razvidno je da je naručitelj odabranu zajednicu zatražio dodatno pojašnjenje odnosi li se iznos od 6.900.000,00 EUR isključivo na ta dva objekta (vijadukt i lučni most), što mu je odabrana zajednica dodatno potvrdila u dopunjenom Popisu izvršenih radova (Obrazac 4) od 14. travnja 2022. uz obrazloženje da predmetna Potvrda ne uključuje izvođenje radova na tunelima. Potvrda, dakle, sadrži popis radova koje je Strabag AG, Austrija izveo u sklopu izgradnje lučnog mosta i vijadukta te vrijednost radova koje je taj gospodarski subjekt izveo samostalno, odnosno vrijednost svih izvedenih radova na ta dva objekta, budući da je jasno i nedvosmisleno navedeno da je kompletne radove izveo Strabag AG, Austrija. Žalitelj smatra da se iz predmetne Potvrde mora vidjeti popis radova izvedenih na svim ostalim objektima koji su izgrađeni u sklopu ugovora/projekta o izgradnji Klaus lanca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu i njihova pojedinačna vrijednost, međutim navedeno ne proizlazi iz odredbe točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi niti bi činjenica poznavanja ostalih radova

izvršenih u okviru cjelokupnog projekta/ugovora i njihove vrijednosti (dakle, radova na svim lotovima) imala utjecaja na dokazivanje uredno izvršenih radova na samo ova dva navedena objekta koji su izrađeni u sklopu lota 1 a koji su jedini relevantni za ocjenu sposobnosti. Osim toga, napominje se da je točno da se iznad popisa izvedenih radova nalazi podnaslov koji glasi „popis obrta koordiniranih vlastitim rukovodećim osobljem“, međutim u nastavku se navode radovi primjerice, temeljni radovi, betinski, armiranobetonski i zidarski radovi, radovi na odvodnji, radovi na bušenju, sidrenju i ubrizgavanju pa prema tome sam podnaslov ne čini konkretnu Potvrdu nerazumljivom niti dovodi u pitanje da je Strabag AG, Austrija samostalno izveo kompletne radove na izgradnji ta dva objekta (vijadukt i lučni most) jer je iz cjelokupnog sadržaja Potvrde jasno da nikakvi obrti nisu sudjelovali u izgradnji navedena dva objekta. Slijedom navedenog, i preostala dva žalbena navoda kojima je žalitelj isticao nevaljanost predmetne Potvrde za dokazivanje uvjeta tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.a. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, ocijenjeni su neosnovanima.

Nastavno na navode o nevaljanosti predmetne Potvrde o urednom izvršenju radova izdane od druge ugovorne strane ASFINAG Bau Management GmbH, žalitelj dalje navodi kako je postupajući po zahtjevu naručitelja odabrana zajednica 21. travnja 2022. naručitelju dostavila, kako sama tvrdi, nadopunu predmete Potvrde iz koje je razvidna vrijednost radova izvedenih na objektima Py50.2 Lučni most te PY51.2 Vijadukt Steyr te da je dostavila nadopunjen Popis izvršenih radova (Obrazac 4). Žalitelj ističe kako naručitelj nakon javne objave Odluke o odabiru te Zapisnika o (ponovljenom) pregledu i ocjeni ponuda nije javno objavio i nadopunu predmetne Potvrde izdane od druge ugovorne strane ASFINAG Bau Management GmbH, već isključivo nadopunjen Popis izvršenih radova (Obrazac 4). S obzirom na to da odabrana zajednica sama navodi da je dostavila nadopunu predmetne Potvrde, žalitelj ističe kako je neobjavlivanjem tog dokumenta povrijeđeno načelo transparentnosti u ovome postupku javne nabave.

Naručitelj ovaj žalbeni navod smatra u potpunosti neosnovanim jer iako je odabrana zajednica 21. travnja 2022. u svojem podnesku navela da dostavlja „nadopunu Potvrde“, dostavljeni podnesak nije sadržavao nadopunu Potvrde, već je u skladu s traženjem dostavljen nadopunjen Popis izvršenih radova (Obrazac 4). Naručitelj dalje podsjeća da je u svojem zahtjevu od 13. travnja 2022. odabranoj zajednici pružio mogućnost da dostavi nadopunjenu potvrdu ili da alternativno dostavi nadopunjen popis izvršenih radova (Obrazac 4), koji mora sadržavati ime i prezime ovlaštene osobe, funkciju ovlaštene osobe, potpis i žig, a odabrana zajednica je postupila u skladu s traženjem.

Odabrana zajednica se u svojem očitovanju u cijelosti priklanja argumenaciji naručitelja.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 4. stavka 1., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016.

Uz obrazloženje prethodnih žalbenih navoda navedeno je utvrđeno činjenično stanje vezano za zahtjeve naručitelja i dokumentaciju koju je po tih zahtjevima odabrana zajednica naručitelju dostavila.

Iz spisa predmeta proizlazi da je odabrana zajednica u svojem podnesku naručitelju od 21. travnja 2022. navela da dostavlja nadopunu već dostavljene Potvrde druge ugovorne strane ASFINAG Bau Management GmbH o uredno izvršenim

radovima, međutim nadopuna Potvrde kao zaseban dokument nije dostavljena, nego je dostavljen dopunjen Popis izvršenih radova (Obrazac 4) ovjeren od člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija i izdavatelja Potvrde društva ASFINAG Bau Management GmbH. Budući da je naručitelj odabranoj zajednici dao na dispoziciju hoće li dostaviti dopunjenu Potvrdu druge ugovorne strane ili alternativno dostaviti dopunjen Popis izvršenih radova (Obrazac 4) ovjeren od ovlaštenog predstavnika druge ugovorne strane, ovdje društva ASFINAG Bau Management GmbH, a odabrana zajednica je naručitelju dostavila dopunjen Popis izvršenih radova (Obrazac 4), proizlazi da je odabrana zajednica postupila po zahtjevu naručitelja. Slijedom navedenog, naručitelj nije počinio propust prilikom objave Odluke o odabiru i Zapisnika o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda budući da nadopunjenu Potvrdu o urednom izvršenim radovima, suprotno tvrdnji žalitelja, naručitelj od odabrane zajednice nije zaprimio, pri čemu je odabrana zajednica postupila sukladno zahtjevu naručitelja prema kojem je bilo dovoljno da dostavi samo dopunjeni Popis izvršenih radova (Obrazac 4), što je odabrana zajednica i učinila, a žalitelj ne osporava. Slijedom navedenog, neosnovan je navod žalitelja da je naručitelj u konkretnom slučaju povrijedio načelo transparentnosti postupka javne nabave.

Žalitelj dalje navodi kako je iz dostavljenog nadopunjenog Popisa izvršenih radova (Obrazac 4) razvidno kako potpisnik više nije Di Edgar Rami, već se navodi da su odgovorne osobe sada Manuel Prentner i Christian Eckhardt. Uz imena odgovornih osoba, navodi dalje žalitelj, rukom je nadopisano kako su obojica voditelji projekta pri društvu ASFINAG Bau Management GmbH. Zanimljivo je za istaknuti, nastavlja žalitelj, kako je i u njemačkom izvorniku i u hrvatskom prijevodu nadopisana rukom i istim rukopisom funkcija potpisnika, a što neizbježno dovodi do zaključka da je isto učinjeno nakon službene ovjere prijevoda koja je tim postupkom obezvrjeđena. Žalitelj ističe i da je zanimljivo kako je ponuditelj kao kontakt osobu odabrao Manuela Prentnera koji je za vrijeme provedbe projekta „Potpuna izgradnja Klaus lanaca tunela na autocesti A9 na pyhrnskom pravcu“ bio zaposlenik Strabag AG, Austrija, a ne druge ugovorne strane i ne može stoga u njezino ime potvrđivati da je uredno izvršen projekt (kao dokaz predlaže uvid u javno objavljeni životopis Manuela Prentnera na stranici LinkedIn Corporation, navodi poveznicu na mrežnu stranicu). Žalitelj ukazuje na članak 285. stavak 3. ZJN 2016 prema kojem javni naručitelj mora odrediti kriterije za odabir ponude na način koji mu omogućava učinkovit pregled i ocjenu ponuda te provjeru informacija dostavljenih od ponuditelja, a u slučaju dvojbe mora učinkovito provjeriti točnost dostavljenih podataka i dokaza u ponudi te da je naručitelj bio dužan, sukladno toj odredbi, provjeriti točnost dostavljenih podataka u predmetnoj Potvrdi.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da žalitelj neosnovano tvrdi (na osnovi životopisa s mrežne stranice LinkedIn) da Manuel Prentner ne bi bio ovlašten od strane druge ugovorne strane ASFINAG Bau Management GmbH ovjeriti nadopunjen Popis izvršenih radova (Obrazac 4). Žalitelj ničime nije dokazao, smatra naručitelj, da Manuel Prentner nije ovdje nastupio u funkciji punomoćnika po zaposlenju niti da je bio u kakvoj nezakonitoj koluziji sa svojim bivšim poslodavcem. Žalitelj također zanemaruje činjenicu da je nadopunjeni popis izvršenih radova (Obrazac 4) ovjeren od strane još jednog zaposlenika društva ASFINAG Bau Management GmbH - Christiana Eckarta. Vezano uz žalbeni navod kako je u izvorniku na njemačkom jeziku te ovjerenom prijevodu na hrvatski jezik nadopisana rukom i istim rukopisom funkcija potpisnika, naručitelj ističe da je izvornik Popisa dvojezičan dokument, odnosno da je izdan na njemačkom i hrvatskom jeziku te da su tako i dvojezično navedena imena i funkcije potpisnika

obrasca. Nakon izvornika, nastavlja naručitelj, slijedi ovjereni prijevod sudskog tumača na hrvatski jezik u kojem su navedena imena i funkcije potpisnika obrasca s napomenom "u rukopisu". Zaključno ističe da predmetni Popis sadržajno odgovara traženome jer sadrži ime i prezime te funkciju ovlaštene osobe, kao i potpis te žig.

Odabrana zajednica u svojem se očitovanju priklanja argumentaciji naručitelja u odgovoru na žalbu.

Za ocjenu osnovanosti ovoga žalbenog navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 290. stavka 1., članka 301. stavka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016.

U odnosu na navod žalitelja kojim dovodi u pitanje vjerodostojnost dostavljenog prijevoda dopunjenog Popisa izvršenih radova (Obrasca 4) od 14. travnja 2022., ističe se da je ispitujući žalbeni navod izvršen uvid u dostavljeni dopunjeni Popis kojim je utvrđeno da je naručiteljeva argumentacija osnovana. Naime, razvidno je da je dopunjeni Popis sačinjen na njemačkom i hrvatskom jeziku te da sadrži, kako je to naručitelj u zahtjevu od 7. travnja 2022. zahtijevao, ovjeru predstavnika druge ugovorne strane društva ASFINAG Bau Management GmbH koja ovjera se sastoji od imena i prezimena ovlaštenih osoba (Manuela Prentnera i Christiana Eckardta), funkcije ovlaštene osobe (oboje voditelji projekta), potpisa ovlaštenih osoba (za ponuditelja Vesna Potoku te potpisi pokraj imena Manuel Prentner i Christian Eckardt) te žig društva ASFINAG Bau Management GmbH i žig člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija. Žalitelj ne osporava da dopunjeni Popis izvršenih radova (Obrazac 4) sadrži sve potrebne podatke, a svoje sumnje u vjerodostojnost prijevoda koji je učinjen po stalnom sudskom tumaču za engleski, njemački i talijanski jezik prof. Delimiru Škrgatiću iz Zagreba, ničim nije dokazao.

Žalbeni navod da Manuel Prentner ne može u ime društva ASFINAG Bau Management GmbH potvrđivati da su radovi uredno izvršeni jer je u vrijeme izvođenja radova bio zaposlenik člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija, a ne izdavatelja Potvrde ocijenjen je neosnovanim, budući da činjenica da je Manuel Prentner ranije bio zaposlenik ponuditelja nije mjerodavna za njegov sadašnji radnopravni status niti je žalitelj ičim dokazao da Manuel Prentner nije ovlašten za potpisivanje predmetnog dokumenta. Osim toga, dopunjeni Popis izvršenih radova svojim je potpisom ovjerio još jedan voditelj projekta kojeg žalitelj ne osporava, a prema zahtjevu naručitelja bila je dovoljna ovjera i samo jedne ovlaštene osobe predstavnika druge ugovorne strane (naručitelja radova).

Žalitelj se pogrešno poziva na odredbe članka 285. ZJN 2016 budući da se one odnose na dokaze vezane za kriterije za odabir ponude, a ovdje se radi o dokazivanju uvjeta tehničke i stručne sposobnosti kao kriterija za odabir gospodarskog subjekta.

Slijedom svega naprijed navedenog, žalbeni navodi ocijenjeni su neosnovanima.

Žalitelj dalje navodi da naručitelj nije pregledao ponudu odabrane zajednice sukladno uvjetima i zahtjevima iz dokumentacije o nabavi (uključujući i sva kasnija objavljena Pojašnjenja dokumentacije o nabavi), jer odabrana zajednica nije ponudila predmet nabave sukladno uvjetima i zahtjevima iz dokumentacije o nabavi.

Žalitelj također navodi da je naručitelj neosnovano zaključio da predloženi stručnjak 2 odabrane zajednice Goran Denkov zadovoljava minimalne razine sposobnosti iz točke 4.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Za ocjenu ovih žalbenih navoda mjerodave su sljedeće odredbe ZJN 2016.

Članak 404. stavak 3. ZJN 2016 propisuje da Državna komisija nije ovlaštena kontrolirati činjenično i pravno stanje koje je bilo predmetom prethodne žalbe u istom postupku nabave.

Članak 425. stavak 6. ZJN 2016 propisuje da je naručitelj obvezan postupiti sukladno izreci odluke Državne komisije, najkasnije u roku od 30 dana od dostave izvršne odluke, pri čemu je vezan pravnim shvaćanjem i primjedbama Državne komisije.

Iz žalbe je razvidno da žalitelj osporava činjenično i pravno stanje koje je bilo predmetom kontrole zakonitosti postupanja naručitelja po prethodnoj žalbi u istom postupku nabave te je o istom pravomoćno odlučeno Rješenjem Državne komisije KLASA: UP/II-034-02/22-01/76, URBROJ: 354-02/11-22-12 od 10. ožujka 2022. Naime, prethodnim Rješenjem Državna komisija je ocijenila da žalitelj nije s uspjehom osporio valjanost odabrane ponude u pogledu ponuđenog predmeta nabave i u pogledu dokazivanja ispunjenja minimalnih razina sposobnosti za predloženog stručnjaka 2 Gorana Denkova. Slijedom navedenog, budući da prema odredbi članka 404. stavka 3. ZJN 2016 Državna komisija nije ovlaštena kontrolirati činjenično i pravno stanje koje je bilo predmetom prethodne žalbe u istom postupku, žalitelj u konkretnom slučaju nema pravni interes za izjavljivanje konkretnih žalbenih navoda.

Žalitelj dalje navodi da je u Zapisniku o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda izostalo bilo kakvo obrazloženje glede nastupa pravomoćnosti odluke Kartelnog suda Republike Austrije u odnosu na člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija te da iz toga proizlazi kako naručitelj nije ni ispitao i ocijenio jesu li ispunjeni uvjeti za obvezno isključenje toga člana odabrane zajednice sukladno točki 3.1. dokumentacije o nabavi.

Žalitelj također navodi da naručitelj nije na ispravan način utvrdio da kod odabrane zajednice ne postoje ostale osnove za isključenje iz točaka 3.3.c. i 3.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi.

Naručitelj u bitnom podsjeća kako je nedvojbeno da je tijekom prvog pregleda i ocjene ponuda od odabrane zajednice zatražio i dobio dokaze o poduzetim korektivnim mjerama u odnosu na razloge isključenja iz članka 251. stavka 1. ZJN 2016, a sukladno članku 255. stavak 1. ZJN 2016.

U odnosu na navod da nije ocijenio postojanje ostalih osnova za isključenje naručitelj podsjeća da je Državna komisija o tome odlučila u prethodnom Rješenju.

Odabrana zajednica u bitnom navodi da protiv njezinog člana Strabag AG, Austrija nije izrečena kaznena presuda jer taj postupak nije okončan, već da je izrečena upravna mjera - novčana kazna. Podsjeća da je naručitelju u prvom pregledu i ocjeni ponuda dostavio Potvrdu nadležnog Državnog odvjetništva te izjavu odvjetnice kojima potvrđuje da je kazneni postupak još uvijek u tijeku.

Za ocjenu ovih žalbenih navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 301. stavaka 1. i 2., članka 399. stavka 3., članka 403., članka 404. te članka 425. stavka 6. ZJN 2016.

U prethodnom Rješenju Državna komisija je jasno navela da je iz spisa predmeta evidentno da je Savezna agencija za zaštitu tržišnog natjecanja Republike Austrije 14. srpnja 2021. podnijela zahtjev Kartelnom sudu Republike Austrije za izricanje novčane kazne za dva društva iz koncerna Strabag SE, među kojima je i član odabrane zajednice Strabag AG, Austrija, a da je 21. listopada 2021. Kartelni sud donio odluku o izricanju

novčane kazne tim društvima; da je naručitelj u Zahtjevu od 6. listopada 2021. od odabrane zajednice tražio dostavu dokaza o poduzetim korektivnim mjerama; da je odabrana zajednica naručitelju dostavila ažurirane popratne dokumente u svrhu dokazivanja nepostojanja obvezne osnove za isključenje iz točke 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi (Nekažnjavanje); da je odabrana zajednica naručitelju dostavila dokaze o poduzetim mjerama samokorigiranja sukladno članku 255. ZJN 2016; da je dostavljene dokaze naručitelj prihvatio i utvrdio da ne postoje ostale obvezne osnove za isključenje iz točke 3.3.c. i točke 3.3.e. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi. Dakle, prethodnim Rješenjem Državna komisija je ocijenila da žalitelj nije s uspjehom osporio zakonitost postupanja naručitelja pri ocjenjivanju ostalih osnova za isključenje iz točke 3.3.c. i 3.3.e., a s obzirom na to da prema odredbi članka 404. stavka 3. ZJN 2016 Državna komisija nije ovlaštena kontrolirati činjenično i pravno stanje koje je bilo predmetom prethodne žalbe u istom postupku javne nabave, žalitelj u ovome slučaju nema pravni interes za izjavljivanje konkretnog žalbenog navoda.

U odnosu na žalbeni navod da naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda nije ispitao i ocijenio postojanje obvezne osnove za isključenje iz točke 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, valja skrenuti pozornost da je odluka Kartelnog suda Republike Austrije donesena 21. listopada 2022., dakle u tijeku postupka prvog pregleda i ocjene ponuda, odnosno prije donošenja prve Odluke o odabiru; da je iz spisa predmeta evidentno da je odabrana zajednica naručitelju u svrhu dokazivanja poduzetih mjera samokorigiranja u prvom pregledu i ocjeni ponuda dostavila, između ostalog, i Potvrdu glavnog državnog odvjetništva za gospodarski kriminal i korupciju iz Beča od 4. siječnja 2022. kojom se potvrđuje da društvo Strabag AG, Austrija u Austriji dosad nije bilo kazneno osuđivano; da je sve dostavljene dokaze naručitelj ocijenio već u prvom postupku pregleda i ocjene ponuda te da je sve te okolnosti Državna komisija navela u prethodnom Rješenju u obrazloženju žalbenog navoda vezano za ispitivanje ostalih osnova za isključenje, slijedom kojih okolnosti za naručitelja nije bilo obveze u ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda ponovno ispitivati postojanje obvezne osnove za isključenje iz točke 3.1. Uputa ponuditeljima dokumentacije o nabavi, suprotno navodima žalitelja. Slijedom navedenog, ovaj žalbeni navod ocijenjen je neosnovanim.

Žalitelj navodi da je naručitelj propustio utvrditi postoje li na strani odabrane zajednice dodatne okolnosti koje onemogućuju naručitelja da sukladno ZJN 2016 provede postupak javne nabave ekonomično i svrhovito. Naime, žalitelj objašnjava da je Vijeće Europske unije 8. travnja 2022. donijelo *Uredbu 2022/576 o izmjeni Uredbe (EU) br. 833/2014 o mjerama ograničavanja s obzirom na djelovanja Rusije kojima se destabilizira stanje u Ukrajini*, koja u članku 5.k. propisuje osobitu važnu zabranu za naručitelje u pogledu sklapanja ugovora o javnoj nabavi. Žalitelj je stava da je naručitelj bio dužan od odabrane zajednice zatražiti detaljan prikaz vlasničke strukture svakog člana zajednice kako bi nedvojbeno utvrdio da ne postupa protivno citiranoj Uredbi, a zato što, prema mišljenju žalitelja, kod odabrane zajednice postoje opravdani razlozi za vjerovati da u većoj mjeri ili u cijelosti u gospodarskom poslovanju ovisi od ruskih fizičkih ili pravnih osoba (kao dokaz žalitelj je priložio dokument Vlasnička struktura društva Strabag SE i dokument Obrazac 1.2. - Opis poslovnih aktivnosti članova društva, Opis koncentracije za društvo Strabag SE). Da takva obveza naručitelja postoji, nastavlja dalje žalitelj, dokazuje i dokument objavljen u službenom listu Europske unije 6. travnja 2022. pod brojem 2022/C 151/01 pod nazivom *Smjernice za države članice o izravnim stranim ulaganjima iz Rusije i Bjelorusije s obzirom na vojnu agresiju na Ukrajinu i mjere*

ograničavanja utvrđene u nedavno donesenim uredbama Vijeća o sankcijama. U nastavku žalitelj ukazuje i na to da je Provedbena uredba Vijeća (EU) 2022/581 od 8. travnja 2022. o provedbi uredbe (EU) br. 269/2014 o mjerama ograničavanja u odnosu na djelovanja koja podrivaju ili ugrožavaju teritorijalnu cjelovitost, suverenost i neovisnost Ukrajine dopunjena na način da je na popis fizičkih i pravnih osoba, subjekata i tijela koji podliježu mjerama ograničavanja uvršten i Oleg Vladimirovich Deripaska, vlasnik društva Rasperia Trading Limited koje društvo je suvlasnik društva Strabag SE. Zbog opisanih okolnosti, smatra žalitelj, potpuno je neizvjesna tržišna sudbina odabrane zajednice i mogućnost izvršavanja ugovora koji je predmet ove nabave. Budući da naručitelj ni na koji način nije razmotrio navedene okolnosti iako je bio obavezan isto učiniti time i Odluka o odabiru ne može biti valjana i konačna jer je više nego izgledno da bi u ovakvom projektu od šireg društvenog značaja mogla nastati nepopravljiva šteta koja se može otkloniti odabirom adekvatnog ponuditelja i pravilnom evaluacijom ponuda.

Naručitelj u odgovoru na žalbu u bitnom navodi da je pregled i ocjenu ponuda izvršio sukladno ZJN 2016 i uvjetima propisanim u dokumentaciji o nabavi. Također ističe da od strane Republike Hrvatske, odnosno nadležnog Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja, nisu izdane nikakve upute o postupanju po pitanju ponuditelja koji i dalje uredno posluju i izvode radove u RH, a budući da je, nastavlja naručitelj, u javnom medijskom prostoru objavljena vlasnička struktura društva Strabag SE smatra da ne proizlazi potreba za bilo kakvom suspenzijom ili ograničenjem u pogledu sklapanja ugovora o javnoj nabavi.

Odabrana zajednica u svojem očitovanju navodi da niti jedna odredba ZJN 2016 i predmetne dokumentacije o nabavi ne sadrže niti jedan kriterij niti uvjet prema kojima bi ponuditelji morali dokazivati svoju vlasničku strukturu. Dalje ističe da društvu Strabag SE i njegovim povezanim društvima nisu izrečene nikakve sankcije pa stoga, njihov je stav, poslovni odnosi sa društvom Strabag SE nisu povezani s bilo kakvim rizikom od sankcija za sadašnje ili potencijalne poslovne partnere. Kao što je poznato, nastavlja odabrana zajednica, Oleg Deripaska ima neizravni udio manji od 50% u društvu Rasperia te da društvo (koncern) Strabag SE nikada nije kontroliralo društvo Rasperia (ili neizravno Deripaska) u smislu ovih režima sankcija.

Osim toga, nastavlja dalje odabrana zajednica, većinu dionica društva Strabag SE drže glavni austrijski dioničari, obitelj Haselsteiner i Uniqa/Raiffeisen grupa te dijele vlasništvo kroz ugovor o sindiciranju s ruskim društvom Rasperia Trading Limited, koje ima udio od 27,8%. Ruski državljanin Oleg Deripaska ima neizravni udio manji od 50% u društvu Rasperia, no kontrolira ga izravno Deripaska. Međutim, nastavlja odabrana zajednica, 15. ožujka 2022. je Strabag SE obaviješten od strane njegovog temeljnog dioničara, obitelji Haselsteiner, da je izdana obavijest o raskidu ugovora o sindiciranju s društvom Rasperia i Grupacijom Uniqa/Raiffeisen te da će ugovor o sindiciranju isteći krajem 2022. Osim toga, 8. travnja 2022. je Oleg Deripaska, nastavlja odabrana zajednica, stavljen na popis sankcija kojim činom su suspendirana sva njegova prava koja proizlaze iz dionica (prilaže dokument Pravno tumačenje režima EU sankcija - implikacije na Olega Deripaska od 12. travnja 2022. i Smjernice Austrijske narodne banke o sankcijama Rusiji i Bjelorusiji 2022., od 5. travnja 2022.). Pored toga, odabrana zajednica naglašava da je tim činom Oleg Deripaska izbrisan iz Registra stvarnih vlasnika društva Strabag SE i društva Strabag AG (prilaže Izvadak iz registra stvarnih vlasnika društva Strabag SE od 12. travnja 2022. i Izvadak iz registra stvarnih vlasnika društva Strabag AG od 11. travnja 2022.).

Dodatno odabrana zajednica navodi da Oleg Deripaska nema pravnih sredstava kojima može utjecati na operativno poslovanje koncerna te da su zbog sankcija Europske unije protiv njega osobno, „zamrznuti“ udjeli društva Rasperia u društvu Strabag SE, kao i sva prava povezana s tim dionicama (uključujući pravo glasa i prava na dividendu). Zaključno odabrana zajednica navodi da je iz svega navedenog razvidno da je poslovanje koncerna Strabag u cijelosti usklađeno sa primjenjivim zakonodavstvom Europske unije.

Za ocjenu ovih žalbenih navoda mjerodavno pravo čine odredbe članka 301. stavaka 1. i 2., članka 399. stavka 3. te članka 403. ZJN 2016, kao i odredbe koje se u nastavku citiraju.

Člankom 288. Uredbe o funkcioniranju Europske unije propisano je da uredba ima opću primjenu. Obvezujuća je u cijelosti i izravno se primjenjuje u svim državama članicama.

Vijeće Europe je 31. srpnja 2014. donijelo Uredbu (EU) br. 833/2014 kojom su uvedene razne mjere ograničavanja u svrhu pokušaja stabilizacije stanja u Ukrajini. Dana 8. travnja 2022. donesena je Uredba Vijeća (EU) 2022/576 o izmjeni Uredbe (EU) br. 833/2014 o mjerama ograničavanja s obzirom na djelovanja Rusije kojima se destabilizira stanje u Ukrajini. Navedenom Uredbom propisana su razna ograničenja, među kojima i zabrana dodjela ugovora o javnoj nabavi odnosno ugovora o koncesiji ili nastavak izvršavanja takvog ugovora u određenim propisanim slučajevima.

Tako je člankom 5.k. stavkom 1. Uredbe Vijeća 2022/576 (dalje u tekstu: Uredba o sankcijama) propisano da se zabranjuje dodjela bilo kojeg ugovora o javnoj nabavi ili ugovora o koncesiji koji su obuhvaćeni područjem primjene direktiva o javnoj nabavi, kao i članka 10. stavaka 1. i 3., stavka 6. točaka od (a) do (e) te stavaka 8., 9. i 10. i članka 11., 12., 13. i 14. Direktive 2014/23/EU, članka 7. i 8., članka 10. točaka od (b) do (f) te od (h) do (j) Direktive 2014/24/EU, članka 18., članka 21. točaka od (b) do (e) te od (g) do (i) i članka 29. i 30. Direktive 2014/25/EU te članka 13. točaka od (a) do (d) i od (f) do (h) i točke (j) Direktive 2009/81/EZ, sljedećim osobama, subjektima ili tijelima, ili nastavak izvršavanja bilo kojeg takvog ugovora sa sljedećim osobama, subjektima ili tijelima: (a) ruski državljanin ili fizička ili pravna osoba, subjekt ili tijelo s poslovnim nastanom u Rusiji; (b) pravna osoba, subjekt ili tijelo u čijim vlasničkim pravima subjekt iz točke (a) ovog stavka ima izravno ili neizravno više od 50 % udjela; ili (c) fizička ili pravna osoba, subjekt ili tijelo koji djeluju za račun ili prema uputama subjekta iz točke (a) ili (b) ovog stavka, uključujući, ako oni čine više od 10 % vrijednosti ugovora, podugovaratelje, dobavljače ili subjekte na čije se kapacitete oslanja u smislu direktiva o javnoj nabavi. Stavkom 2. toga članka propisana su odstupanja od pravila navedenog u točki 1. u kojim slučajevima nadležna tijela mogu odobriti dodjelu i nastavak izvršavanja ugovora. Stavkom 3. toga članka propisano je da se zabrane iz stavka 1. ne primjenjuju na izvršenje, do 10. listopada 2022., ugovora sklopljenih prije 9. travnja 2022.

Smjernice za države članice o izravnim stranim ulaganjima iz Rusije i Bjelarusia s obzirom na vojnu agresiju na Ukrajinu i mjere ograničavanja utvrđene u nedavno donesenim uredbama Vijeća o sankcijama, broj 2022/C 151 I/01 od 6. travnja 2022., u točki 2. 2. Učinak mjera ograničavanja (sankcija) na izravna strana ulaganja iz Rusije i Bjelarusia te obveza dubinske analize za trgovačka društva iz EU-a, navode da se na određene ruske i bjeloruske fizičke osobe i subjekte primjenjuju pojedinačna financijska ograničenja, koja obuhvaćaju zamrzavanje imovine i zabranu izravnog ili neizravnog stavljanja na raspolaganje financijskih sredstava ili gospodarskih izvora tim osobama i subjektima uvrštenima na popis. Dalje se navodi da osobe ili subjekti uvršteni na popis

ne mogu upotrebljavati svoja sredstva (tj. financijsku imovinu i koristi bilo koje vrste) i gospodarske izvore (imovinu bilo koje vrste) koji su zamrznuti niti im se ikakva financijska sredstva ili gospodarski izvori smiju stavljati na raspolaganje. To znači da građani EU i trgovačka društva iz EU ne smiju obavljati plaćanja niti im dostavljati robu ili drugu imovinu. U suštini, poslovne transakcije s osobama ili subjektima uvrštenima na popis zakonski se ne mogu provoditi, osim ako je to zakonodavstvom iznimno dopušteno. Komisija smatra da se zamrzavanje imovine odnosi i na imovinu svih subjekata koji nisu uvršteni na popis, a koji su u vlasništvu ili pod kontrolom osobe ili subjekta uvrštenog na popis, osim ako se može dokazati da predmetna imovina zapravo nije u vlasništvu ili pod kontrolom osobe ili subjekta uvrštenog na popis.

Uvidom u Prilog I. Provedbene uredbe Vijeća (EU) 2022/581 o provedbi Uredbe (EU) br. 269/2014 o mjerama ograničavanja u odnosu na djelovanja koja podrivaju ili ugrožavaju teritorijalnu cjelovitost, suverenost i neovisnost Ukrajine, od 8. travnja 2022., utvrđeno je da se na popisu fizičkih osoba na koje se sankcije primjenjuju nalazi Oleg Vladimirovich Deripaska, a da na popisu pravnih osoba na koje se primjenjuju sankcije nema društva Strabag SE ni društva Rasperia Trading Limited.

Žalitelj je stava da je naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda bio dužan od odabrane zajednice zatražiti detaljnu vlasničku strukturu članova zajednice, a sve iz razloga jer je na temelju ugovora o sindiciranju (dioničarskog ugovora) jedan od dioničara koncerna Strabag SE društvo Rasperia Trading Limited, koje društvo je pod kontrolom Olega Deripaska, koji se nalazi na popisu sankcioniranih fizičkih osoba Europske unije.

Među strankama nije sporno, a proizlazi i iz dokaza u spisu predmeta, da je društvo Rasperia Trading Limited jedan od dioničara koncerna Strabag SE te da u vlasničkoj strukturi ima udjel od 27,8%. Među strankama nije sporno ni to da je društvo Rasperia Trading Limited pod kontrolom Olega Deripaska, a nije sporno niti to da je Oleg Deripaska uvršten na popis sankcioniranih fizičkih osoba Europske unije.

Uredba o sankcijama je obvezujući zakonodavni akt koji ima opću primjenu te se izravno primjenjuje u svim državama članicama Europske unije. Prema citiranom članku 5.k. Uredbe o sankcijama naručiteljima u državama članicama Europske unije zabranjeno je sklopiti ugovor o javnoj nabavi sa subjektima ili tijelima u odnosu na koje su ispunjene pretpostavke propisane u tome članku. Prema tome, kako je Uredba po pravnom rangu iznad zakona članice Europske unije, naručitelj je u postupku pregleda i ocjene ponuda dužan, sukladno članku 301. ZJN 2016, utvrditi činjenice i okolnosti te ispitati je li u odnosu na ponuditelja ostvarena koja od pretpostavki iz članka 5.k. Uredbe, drugim riječima poduzeti sve radnje koje može kako bi utvrdio postojanje odnosno nepostojanje tih pretpostavki, jer ako bi utvrdio da one postoje, naručitelju je zabranjeno sklopiti ugovor s tim ponuditeljem.

Naručitelj u odgovoru na žalbu implicira da je iz javnih medija saznao za vlasničku strukturu koncerna Strabag AG i da, prema njegovom mišljenju, nema potrebe za bilo kakvom suspenzijom ili ograničenjem u smislu postojanja pretpostavki za primjenu članka 5.k. Uredbe o sankcijama.

Međutim, neovisno o pasivnom držanju naručitelja tijekom pregleda i ocjene ponuda u pogledu provjere pretpostavki iz članka 5.k. Uredbe o sankcijama koje opravdava time da mu je vlasnička struktura koncerna Strabag SE od prije bila poznata, u žalbenom postupku se gospodarskom subjektu koji ima pravni interes za izjavljivanje žalbe ne može uskratiti pravo da sukladno članku 403. ZJN 2016 osporava postupak pregleda i ocjene ponuda, pa tako i u pogledu primjene članka 5.k. Uredbe o sankcijama, iznese sve činjenice na kojima temelji svoje zahtjeve te predloži dokaze kojima se te činjenice utvrđuju. Žalitelj je u žalbenom postupku dostavio dokaze o

vlasničkoj strukturi koncerna Strabag SE, koji je stopostotni vlasnik člana odabrane zajednice Strabag AG, Austrija, a koje je društvo vlasnik ostala dva člana zajednice (Strabag d.o.o. Zagreb i Strabag Rail s.a. Češka) iz koje strukture je razvidno da društvo Rasperia Trading Limited, koje je pod kontrolom Olega Deripaska, a koji se nalazi na popisu sankcioniranih fizičkih osoba, ima udjel od 27,8% u koncernu, kao i obrazac Opis koncentracije kojim su dioničari, među kojima i društvo Rasperia Trading Limited, podnijeli prijavu Europskoj komisiji za predloženo stjecanje zajedničke kontrole u koncernu Strabag SE. Navedenim dokazima žalitelj je u žalbenom postupku izrazio sumnju u eventualnu primjenu odredbi članka 5.k. Uredbe o sankcijama u odnosu na odabranu zajednicu.

Sukladno pravilima o teretu dokazivanja u žalbenom postupku odabranoj zajednici je dostavljena žalba sa svim priložima na očitovanje. Iz očitovanja odabrane zajednice i priloženih dokaza proizlazi da odabrana zajednica potvrđuje da je između dioničara koncerna Strabag SE sklopljen ugovor o sindiciranju (dioničarski ugovor) i da društvo Rasperia Trading Limited ima udjel u vlasničkoj strukturi toga društva 27,8%. Odabrana zajednica u svojem očitovanju nadalje potvrđuje, a isto je razvidno i iz dokumenta Vlasnička struktura koji je žalitelj u žalbi priložio, da je jedan od temeljnih vlasnika i dioničara koncerna Strabag SE, Haselsteiner Grupa 15. ožujka 2022. na mrežnim stranicama koncerna objavio obavijest o raskidu dioničarskog ugovora s dioničarima Rasperia Trading Limited i Uniqa/Raiffeisen koji stupa na snagu 31. prosinca 2022., kojim, kako je objavljeno, prestaje zajednička kontrola društva.

Nadalje, odabrana zajednica je u spis predmeta dostavila dokumente u kojima je navedeno da se udjeli kvalificiraju kao sredstva i stoga se moraju „zamrznuti“ ako pripadaju, ako su u posjedu, u vlasništvu ili pod kontrolom osobe koja se nalazi na tome popisu. Drugim riječima, sankcioniranoj osobi zabranjeno je koristiti bilo kakva glasačka prava koja bi mogla dovesti do bilo kakve promjene u vezi s tim udjelima (npr. u njihovom volumenu, iznosu, lokaciji, vlasništvu, posjedu, karakteru, odredištu itd.). Prema Smjernicama Austrijske narodne banke o sankcijama Rusiji i Bjelorusiji koje je odabrana zajednica dostavila u spis, a koja institucija je austrijsko nadležno tijelo za provedbu istih, udjeli sankcioniranih osoba moraju se „zamrznuti“ u svakom pogledu, a definicija „zamrzavanja“ se tumači općenito, odnosno da nije zabranjena samo prodaja udjela, već i ostvarivanje svih prava povezanih s udjelima, kao što je sazivanje ili sudjelovanje na skupštini dioničara, ostvarivanje prava glasa i sl., a suspendirano je i pravo na primanje dividendi. U Tumačenju režima EU sankcija - implikacije na Olega Deripaska, koje je odabrana zajednica također dostavila, a izradio ga je prof. DDr. Alexander Petsche, stoji da Oleg Deripaska, uslijed „zamrzavanja“ više nema relevantna kontrolna prava i da se mora ukloniti iz austrijskog registra krajnjih stvarnih vlasnika kao krajnji stvarni vlasnik austrijskih podružnica koncerna Strabag SE, a sukladno austrijskom Zakonu o registru krajnjih stvarnih vlasnika prema kojemu krajnji stvarni vlasnik može biti samo fizička osoba. Nastavno na izneseno Tumačenje, odabrana zajednica je u spis predmeta dostavila i Obavijest o krajnjim stvarnim vlasnicima za subjekt Strabag SE od 12. travnja 2022. te za subjekt Strabag AG od 11. travnja 2022., iz kojih je razvidno da kod oba društva Oleg Deripaska nije naveden kao krajnji stvarni vlasnik.

Slijedom navedenoga, utvrđeno je da je naručitelj novu Odluku o odabiru donio 28. travnja 2022., a da je odabrana zajednica dokazima dostavljenim u žalbenom postupku otklonila svaku sumnju da se na odabranu zajednicu odnose okolnosti izrijeком navedene u članku 5.k. Uredbe o sankcijama, odnosno da su postojali navedeni razlozi zabrane sklapanja ugovora prije donošenja nove Odluke o odabiru. Dakle, iako naručitelj nije pristupio provjeri navedenih okolnosti u postupku pregleda i

ocjene ponuda, Državna komisija je primjenom mjerodavnog prava na utvrđeno činjenično stanje, cijeneći svaki dokaz zasebno i sve dokaze zajedno, u žalbenom postupku ocijenila da nisu ispunjene pretpostavke za primjenu članka 5.k. Uredbe o sankcijama u odnosu na odabranu zajednicu u konkretnom slučaju, slijedom čega je žalbeni navod ocijenjen neosnovanim.

Postupajući po službenoj dužnosti temeljem članka 404. stavka 1. ZJN 2016, a u odnosu na osobito bitne povrede iz članka 404. stavka 2. toga Zakona, nisu utvrđene osobito bitne povrede postupka.

Slijedom svega naprijed navedenog, a na temelju odredbe članka 425. stavka 1. točke 3. ZJN 2016, žalba se odbija kao neosnovana te je odlučeno kao u točki 1. izreke ovog Rješenja.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 225.000,00 kuna, koji iznos se odnosi na trošak uplaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka pred Državnom komisijom u iznosu od 100.000,00 kuna, trošak sastava žalbe po opunomoćeniku 100.000,00 kuna te pripadajući PDV u iznosu od 25.000,00 kuna.

Za ocjenu žaliteljevog zahtjeva mjerodavno pravo čine odredbe članka 431. stavka 2. i 4. ZJN 2016.

S obzirom na to da je žalba neosnovana, sukladno odredbi članka 431. stavka 4. ZJN 2016 žalitelju ne pripada pravo na naknadu troškova žalbenog postupka. Slijedom navedenog, odlučeno je kao u točki 2. izreke ovog Rješenja.

UPUTA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv ovoga Rješenja nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske u roku od 30 dana od isteka osmog dana od dana javne objave Rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave. Tužba se predaje Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske neposredno u pisanom obliku, usmeno na zapisnik ili se šalje poštom, odnosno dostavlja u elektroničkom obliku putem informacijskog sustava.

ZAMJENIK PREDsjednice