

Primjeri prakse Visokog upravnog suda

Martina Bogner
Voditelj odjela pravnih poslova
LIBUSOFT CICOM d.o.o.
04. listopada 2019.

Ustavni sud Republike Hrvatske je odlukom broj U-I-2911/2017 od 5. veljače 2019. godine odbio zahtjev Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (nastavno; VUS) za ocjenu suglasnosti s Ustavom članaka 434. i 435. Zakona o javnoj nabavi ("Narodne novine" broj: 120/16; nastavno: ZJN 2016). Podsjetimo se ukratko, VUS je držao neustavnim čl. 434. st. 3. ZJN 2016, kojim se određuje rok od 30 dana za donošenje odluke u upravnom sporu od dana podnošenja uredne tužbe. VUS smatra kako ga je zakonodavac takvim pristupom sveo na status javnopravnog (upravnog) tijela, te kako bi takvo postupanje moglo rezultirati pogrešnim odlukama pa time i pritisku na sudstvo, uzevši u obzir odredbe čl. 435. ZJN 2016 kojim svaka osoba koja je pretrpjela štetu zbog povreda ZJN 2016 ima mogućnost naknade štete pred nadležnim sudom prema općim propisima o naknadi štete. Ustavni sud, polazeći od stajališta da razlozi ekonomičnosti ne mogu ići na uštrb pravičnosti postupka, ukazuje na to da u slučaju da okolnosti konkretnog predmeta odnosno situacije u kojem se o njemu odlučuje dovedu do toga da bi rok ugrozio mogućnost suda da donese ispravnu odluku, u mjeri u kojoj bi bili povrijeđeni bilo pojedinačni interesi stranaka tako i opći interes zaštite svrhovitosti javne nabave, ustavno jamstvo nezavisnosti sudske vlasti zahtijevalo bi od suda da odstupi od takvog roka uz sveobuhvatno i precizno navođenje razloga na temelju kojih je ocijenio da je takvo odstupanje nužno. Navedeno ne dopušta tumačenje prema kojem bi se propisani rok iz osporavane odredbe transformirao u puki instruktivni rok.

VUS nadalje drži kako je neustavan i čl. 434. st. 4. ZJN 2016 kojim je utvrđeno kako ako VUS poništi odluku Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (nastavno; DKOM), svojom će presudom odlučiti i o žalbi u postupku javne nabave. VUS smatra, prije svega, kako je konkretnom odredbom povrijeđeno ustavno jamstvo prava na žalbu u sudskom postupku propisano čl. 18. Ustava, s obzirom na to da je VUS jedina sudska instanca koja odlučuje u upravnom sporu pokrenutom nakon završetka postupka javne nabave koji se provodi u obliku upravnog postupka. Ustavni sud smatra da sama činjenica da je konačnu, meritornu pojedinačnu odluku o nekom pitanju, kao što je javna nabava, zakonodavac uvrstio pod nadležnost sudske, a ne upravne vlasti, ne može biti dovoljna kako bi se zaključilo da je time povrijedio načelo neovisnosti sudske vlasti iz čl. 115. Ustava odnosno da je narušio načelo trodiobe vlasti iz čl. 4. Ustava.

Ustavni je sud gore navedenom odlukom odbio zahtjev za ocjenu suglasnosti s Ustavom čl. 434. i 435. ZJN 2016 te je VUS nastavio postupke kojima je bio određen zastoj. Ovdje ćemo razmotriti nekoliko važnijih odluka VUS-a za koje smatramo da u većoj mjeri utječu na dosadašnju praksu DKOM-a.

Trenutak dokaza sposobnosti

U predmetu KLASA: UP/II-034-02/18-01/942 od 18. prosinca 2018. godine sporno je bilo pitanje trenutka kada u postupku javne nabave odabrani ponuditelj mora dokazati svoju tehničku i stručnu sposobnost. Naime, tijekom ponovljenog postupka pregleda i ocjene ponuda po rješenju DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/18-01/537 od 30. kolovoza 2018. godine, naručitelj je temeljem čl. 293. st. 1. ZJN 2016 pozvao odabranog ponuditelja da otkloni nedostatke u svojoj ponudi u pogledu dokaza da raspolaže opremom koja je uvjet tehničke i stručne sposobnosti iz dokumentacije o nabavi. Odabrani je ponuditelj nakon navedenog poziva dostavio dokaz da drugi gospodarski subjekt na čije se sposobnost oslanja, ispunjava uvjete tehničke i stručne sposobnosti. DKOM je stajališta kako bitni elementi ponude čine predmet i kriterij za odabir ponude, jer se ti elementi u ponudi ne mogu mijenjati te kako ZJN čl. 275. st. 2. ZJN 2016 propisuje mogućnost da javni naručitelj od gospodarskog subjekta zahtijeva da zamjeni gospodarski subjekt na čiju se sposobnost oslonio radi dokazivanja kriterija za odabir ako utvrdi da kod tog subjekta postoje osnove za isključenje ili da ne udovoljava relevantnim kriterijima za odabir i nakon isteka roka za dostavu ponude. Sukladno svemu navedenom DKOM je žalbeni navod, u skladu sa dotadašnjom praksom DKOM-a ocijenio neosnovanim.

Nezadovoljan ovakvim ishodom žalitelj pokreće upravni spor, kojim povodom VUS donosi presudu UsII-32/19-8 i poništava gore navedeno rješenje DKOM-a radi pogrešne primjene materijalnog prava. Prije svega, temeljem čl. 293. st. 1. ZJN 2016 javni naručitelj može zahtijevati od gospodarskih subjekata da dopune, razjasne, upotpune ili dostave nužne informacije u primjerenom roku nakon dostave ponude, međutim uvođenje novog gospodarskog subjekta na čiju se sposobnost ponuditelja oslanja nakon predaje ponude, nije zahtjev za dopunu, razjašnjenje, upotpunjavanje ili dostavu nužnih informacija ili dokumentacije u smislu čl. 293 ZJN 2016 prema mišljenju VUS-a. Konkretno, iz navedenog predmeta proizlazi kako ponuditelj u trenutku predaje svoje ponude nije ispunjavao uvjete tehničke i stručne sposobnosti, ali nije ni u trenutku predaje ponude naveo gospodarski subjekt na čiju će se sposobnost oslanjati. Prema ocjeni VUS-a, dopuštanje naknadnog oslanjanja na sposobnost drugog subjekta daje prednost ponuditelju kojem se to naknadno oslanjanje dopušta u odnosu na ostale ponuditelje čime je narušeno načelo jednakog tretmana.

Primjena ZUP-a

Kod pravne zaštite u postupcima javna nabave bitno je uvijek imati na umu kako se žalbeni postupak temelji na načelima javne nabave i upravnog postupka te kako se žalbeni postupak vodi prema odredbama ZJN 2016 i Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“ broj: 47/09; nastavno: ZUP). Koliko je važna primjena ZUP-a vidimo iz presude VUS UsII-320/19-7 kojim se poništilo rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/19-01/182 od 10. travnja 2019. godine, ali ne temeljem navoda koje iznosi tužitelj. Prije svega VUS je otklonio prigovor DKOM-a, odnosno tuženika u ovom predmetu, da tužitelj ne bi bio aktivno legitiman iz razloga što je po njegovoj žalbi poništen dio dokumentacije zahvaćen nezakonitošću. Bez obzira što je predmet vraćen na ponovni postupak, tužitelj ima pravni interes osporavati rješenje u odnosu na žalbene prigovore s kojima nije uspio. Iako je VUS tužbene navode tužitelja, kao i DKOM, ocijenio neosnovanim, ipak je poništio rješenje DKOM-a i to iz razloga koje proizlaze iz odredaba čl. 98. s. 3. ZUP-a koji propisuje kako izreka mora biti kratka i određena, kada sadržava rok, uvjete, namet, pridržaj opoziva ili obvezu sklapanja upravnog ugovora, to treba biti sadržano u izreci. Dakle, rješenje stvari koja je predmet postupka mora biti sadržano u izreci. Izreka ne sadrži ni pravne ni činjenične razloge jer je isto stvar obrazloženja kao sastavnog dijela rješenja. Stoga VUS utvrđuje kako je nezakonito rješenje koje u neodređenoj izreci upućuje na obrazloženje iz kojeg bi trebalo biti vidljivo što je i kako je odlučeno u upravnoj stvari. Obrazloženje i izreka prema ZUP-u imaju dvije različite svrhe i stoga obrazloženje ne može zamijeniti izreku i obratno.

Dopuna dokumentacije nakon isteka roka za dostavu ponude

Primjer presude kojom se odstupa od dosadašnje prakse DKOM-a je UsII-179/19-7. Sporno je pitanje primjene čl. 263. st. 2. ZJN 2016 koji propisuje da javni naručitelj može pozvati gospodarske subjekte da nadopune ili objasne dokumente zaprimljene sukladno pododjeljcima 2. i 4. odjeljka C. ZJN 2016, odnosno da nadopune ili objasne ažurirane popratne dokumente, a ukoliko javni naručitelj ne postupi u smislu navedenog stavka, obavezan je u zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda obrazložiti razloge zbog kojih nije primijenio mogućnost nadopune. U konkretnom slučaju radilo se o obveznim razlozima za isključenje u skladu s čl. 251. ZJN 2016, koji se dokazuju izvatkom iz kaznene evidencije ili drugog odgovarajućeg registra ili, ako to nije moguće, jed-nakovrijedni dokument nadležne sudske ili upravne vlasti u državi poslovnog nastana gospodarskog subjek-ta, odnosno državi čiji je osoba državljanin. Naručitelj je uvidom u bazu e-Certis utvrdio kako je žalitelj imao mogućnost u državni poslovnog nastana ishoditi tražene dokumente, odnosno da u tim državama postoje javna tijela koja izdaju navedene dokumente, stoga naručitelj nije prihvatio dostavljene Izjave o nekažnja-vanju ovjerene kod bilježnika u Zagrebu kao dostatan dokaz nepostojanja razloga za isključenje jer, smatra, isto ne predstavlja dokaz u smislu čl. 265. st. 1. ZJN 2016 pa je vođen tom logikom odbio ponudu žalitelja. Prema ocjeni DKOM-a, kako je navedeno u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/18-01/1054 od 7. siječnja 2019. go-dine, naručitelj je pogrešno postupio kada nije tražio pojašnjenje i/ili dopunu ovako dostavljenih ažuriranih dokumenta, dakle Izjave o nekažnjavanju, te je trebao ili primijeniti navedeni institut iz čl. 263. st. 2. ZJN 2016 ili obrazložiti razloge ne postupanja u skladu s navedenim člankom u zapisniku u pregledu i ocjeni ponuda. VUS je zauzeo drugačiji stav. Točnije, VUS je stava kako naručitelj u ovom slučaju nije bio dužan ponovno pozvati gospodarski subjekt da dodatno pojaсни naknado dostavljene dokumente i to iz razloga jer je utvrdio kako je u konkretnom slučaju naručitelj, sada tužitelj, u zapisniku detaljno izložio komunikaciju s ponuditeljem i obrazložio razloge neprihvatanja ponude, uz pojašnjenje kako se radi o obvezujućoj dokumentaciji ponude, koju ponuditelj niti nakon dodatnog poziva nije dostavio. Nadalje, VUS je ustanovio kako je dodatan poziv na pojašnjenje već dostavljenih ažuriranih popratnih dokumenata mogućnost ali ne i obveza naručitelj, uz napo-menu kako je tuženik „... arbitrarnim i pretjerano formalističkim tumačenjem...“ spornih odredaba povrijedio zakon na štetu tužitelj tj. naručitelja.

Dakle u navedenom predmetu VUS, upozorava na pretjerani formalizam u postupcima javne nabave, koji je problem smatramo, doveo do velikih poteškoća u praksi. Dugotrajni postupci same nabave, pa tako i postupci povodom žalbe, pretjerano opterećenja ponuditelja, a time i naručitelja u postupku pregleda i ocjene, preko-mjerno traženje raznih dokaza sposobnosti nepovezanih s predmetom nabave, strogo tumačenje diskrimini-rajućih uvjeta i slični problemi koji se pojavljuju u praksi dovode zasigurno do dodatnih troškova i dugotrajno-sti čitavog postupka.

Obveza dostave ažuriranih popratnih dokumenata

Kada je u pitanju formalnost postupka, u nastavku navodimo obratni primjer od prethodnog, gdje je prema našem mišljenju VUS presudio u skladu s formalnom prirodom postupka. Radi se o presudi UsII-228/19-7 od 22. svibnja 2019. godine. Naručitelj je u ovom predmetu kao dokaz tehničke i stručne sposobnosti tražio po-pis glavnih isporuka izvršenih u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom tri godine koje prethode toj godini, kojim ponuditelj dokazuje da je uredno izvršio isporuku iste ili slične robe kao predmet nabave, minimalno u visini procijenjene vrijednosti nabave za predmet za koju podnosi ponudu. Ako se radi o više isporuka njihov zbirni iznos mora biti minimalno u visini procijenjene vrijednosti nabave. Uz navedeno u dokumentaciji je naručitelj naglasio kako kao preliminarni dokaz tehničke i stručne sposobnosti, gospodarski subjekt ispunjava ESPD obrazac te kako naručitelj može prije donošenja odluke od ponuditelja koji je dostavio

najpovoljniju ponudu zatražiti u primjerenom roku, ne kraćem od 5 dana, da dostavi ažurirani popratni dokument uz navod o kojim se dokumentima radi. Valja naglasiti da se u ovom predmetu radi o postupku javne nabave male vrijednosti gdje ZJN 2016 jasno propisuje kako naručitelj u postupcima male vrijednosti može od ponuditelja koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu zatražiti da u primjerenom roku, ne kraćem od pet dana, dostavi ažurirane popratne dokumente, osim ako već posjeduje te dokumente. Odabrani ponuditelj ispunio je ESPD u dijelu koji se odnosi na tehničku i stručnu sposobnost, međutim žalitelj ocjenjuje kako samim time odabrani ponuditelj nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost jer podaci koje je naveo u ESPD-u nisu dostatni za dokazivanje istoga s obzirom da su navedeni isključivo iznosi koji se odnose na proizvoljno odabrana razdoblja navedena u rubrikama „od-do“ bez da bi na bilo koji način, kako žalitelj tvrdi, bilo vidljivo o kojem broju isporuka je riječ, kolika je vrijednost pojedine isporuke niti puni, nedvojbena naziv druge ugovorne strane. Stoga, smatra žalitelj, naručitelj je trebao iskoristiti mogućnosti i od odabranog ponuditelja tražiti ažurirani popis glavnih isporuka, što je propustio učiniti. DKOM je rješenjem KLASA: UP/II-034-02/19-01/110 od 14. ožujka 2019. godine ovaj žalbeni navod ocijenio neosnovanim upravo iz razloga jer naručitelj nije imao obvezu tražiti ažurirane popratne dokumente u ovom smislu, a samim ESPD-om je utvrđen iznos i razdoblje isporuka. Ovakvo rješenje DKOM-a VUS je poništio argumentacijom kako se odabrani ponuditelj nije striktno držao DON-a, a s obzirom da nije dostavio popis glavnih isporuka za svaku pojedinu isporuku za traženo razdoblje već dostavlja za vremensko razdoblje „od – do“ zbog čega ponuda nije u skladu s DON prema mišljenju VUS-a. Zanimljivo je kako VUS ovdje napominje „... da je postupka javne nabave strogo formalan postupak pa ne daje mogućnost tumačenja priloženih dokumenta drugačije nego što je to navedeno i propisano u DON, upravo ta formalnost postupka doprinosi jednakom tretmanu svih sudionika u postupku javne nabave – ponuditelja.“

Oslanjanje na sposobnost drugog subjekta

Primjer prakse gdje postoji suglasnost pravnog shvaćanja DKOM-a i VUS je Rješenje KLASA: UP/II-034-02/19-01/177 od 29. ožujka 2019. godine i presuda UsII-263/19-6 od 5. lipnja 2019. godine. U bitnom, radi se o predmetu gdje se žalitelj u svojoj ponudi radi dokazivanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti oslonio na drugi gospodarski subjekt, što samo po sebi nije sporno, ali podugovaratelj na kojega se žalitelj oslanja izvršiti će 0,01 % u postotnom dijelu ukupnih radova. Nije sporno kako je čl. 273. st. 1. ZJN 2016 propisano da se gospodarski subjekt radi dokazivanja ispunjavanja kriterija za odabir iz čl. 258. i 259. ZJN 2016 može osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobnog odnosa, dok je stavkom 2. istog članka propisano da se gospodarski subjekt može u postupku javne nabave osloniti na sposobnost drugih subjekata radi dokazivanja ispunjavanja kriterija koji su vezani uz obrazovne i stručne kvalifikacije iz čl. 268. st. 1. t. 8. ZJN 2016 ili uz relevantno stručno iskustvo, samo ako će ti subjekti izvoditi radove ili pružati usluge za koje se ta sposobnost traži. Dakle ZJN 2016 izričito ne propisuje postotak ili količinu, u ovom slučaju radova, koja treba biti izvršena da bi se ispunio uvjet iz čl. 273. ZJN 2016, ali imajući na umu smisao i svrhu navedenog članka ipak oba tijela zaključuju kako budući da se doista radi o neznatnom dijelu izvršenja predmeta nabave nisu ispunjeni zakonski uvjeti i žalba je osnovana.