

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

964

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Ljiljane Karlovčan-Đurović predsjednice vijeća, Lidije Rostaš-Beroš i Sanje Štefan, članica vijeća, te Ivane Firšt zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Hrvatski Telekom d.d. iz Zagreba, Savska cesta 32, kojeg zastupa Iva Cibulić Blažević, protiv tuženika Hrvatske regulatorne agencija za mrežne djelatnosti, Zagreb, Roberta Frangeša Mihanovića 9, kojeg zastupaju Lidija Antonić i Domagoj Maričić, uz sudjelovanje Metronet Telekomunikacije d.d., Ulica grada Vukovara 269, kojeg zastupa Senka Erslan mag. iur., u svojstvu zainteresirane osobe, radi inspekcijskog nadzora, 17. ožujka 2016.

presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev koji glasi: »Poništava se rješenje Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP/I-344-07/13-01/59, urbroj: 376-04/DM-13-07 (DM) od 22. srpnja 2013.«

II. Ova će se presuda objaviti u »Narodnim novinama«.

O b r a z l o ž e n j e

Osporenim rješenjem tuženika točkom I. dispozitiva rješenja utvrđeno je da je trgovačko društvo Hrvatski Telekom d.d., Savska cesta 32, Zagreb prekršilo regulatornu obvezu nadzora maloprodajnih cijena usluga na tržištu pristupa javnoj komunikacijskoj mreži na fiksnoj lokaciji za privatne i poslovne korisnike, te na tržištu javno dostupne telefonske usluge u mjesnom i/ili međumjesnom prometu koja se pruža na fiksnoj lokaciji za poslovne korisnike, točkom II. dispozitiva navedenom trgovačkom društvu zabranjeno je nudaenje, ugovaranje i pružanje usluga po cijenama koje nisu prethodno dostavljene HAKOM-u na uvid i koje nisu sukladne regulatornoj obvezi nadzora maloprodajnih cijena usluga, točkom III. dispozitiva trgovačkom društvu iz točke I. zabranjeno je sklapanje ugovora iz javne nabave u postupcima javne nabave naručitelja Sveučilišta u Zagrebu – Prirodno-matematički fakultet evidencijski broj nabave: 01M-PMF/13, Odluka o odabiru od 12. travnja 2013. godine, za nabavku: Nabava javne usluge u fiksnoj telefoniji za potrebe Prirodno-matematičkog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Ukoliko je ugovor već sklopljen, nalaže mu se u roku od 120 dana od dana primitka rješenja raskinuti ugovor te o provedenom bez odgode obavijestiti inspektora, točkom IV. izreke rješenja određeno je da će u slučaju nepostupanja po rješenju nadzornik izreći odgovornoj osobi u trgovačkom društvu iz točke I. upravnu mjeru izraženu u novčanom iznosu u visini do dvadesetostruke prosječne plaće u Republici Hrvatskoj u proteklom tromjesečju, a svaka sljedeća upravna mjera će se izreći u dvostrukom iznosu.

Tužitelj Hrvatski Telekom d.d. pobija osporeno rješenje u cijelosti. Ističe da je u osporenom rješenju nepravilno primijenjen zakon, da nije postupljeno prema pravilima postupka te da je nepotpuno i nepravilno utvrđeno činjenično stanje.

S obzirom na složenost upravne stvari i značaj osporenog upravnog akta tužitelj predlaže zakazivanje rasprave u ovom upravnom sporu. Što se tiče prigovora vezanih uz nepravilnu primjenu zakona tužitelj smatra da tuženik pogrešno tumači i primjenjuje odredbe Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine« 73/08., 90/11., 133/12., 83/13. – dalje u tekstu: ZEK). Prema navodima tuženika do kršenja regulatornih obveza od strane

tužitelja došlo je u postupku javne nabave kojeg je Prirodno-matematički fakultet (u daljnjem tekstu: PMF) proveo kao obveznik javne nabave temeljem odredbi Zakona o javnoj nabavi (»Narodne novine« 90/11.), u kojem postupku je ponuda tužitelja prema kriteriju najniže cijene odabrana kao najpovoljnija ponuda.

U obrazloženju rješenja tuženik u bitnome navodi kako je tužitelj u postupku javne nabave ponudio cijene usluga koje cijene nisu prethodno dostavljene na uvid HAKOM-u iz čega bi proizlazilo da je tužitelj postupio protivno regulatornoj obvezi nadzora maloprodajnih cijena. Tužitelj se poziva na odredbu članka 41. stavak 11. ZEK-a koja izričito propisuje da se odredbe predmetnog članka ne primjenjuju na pretplatničke ugovore (ugovore sklopljene s operatorom o pružanju javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga) sklopljene u postupku javne nabave. Stoga tužitelj navodi da je svoju ponudu na nadmetanje gore navedenog naručitelja PMF-a dostavio sukladno izričitoj odredbi ZEK-a. Kako je člankom 41. stavkom 3. ZEK-a određeno da se pretplatnički ugovori moraju temeljiti na općim uvjetima poslovanja i cijenama usluga u skladu s odredbama članka 42. i 42a ZEK-a, prema mišljenju tužitelja očito je kako operatori nisu dužni pretplatničke ugovore temeljiti na uobičajenim cijenama usluga i općim uvjetima poslovanja na način određen člancima 42. i 42a ZEK-a, u slučajevima kada pretplatničke ugovore temelje na ponudama dostavljenim u postupcima javne nabave. Tužitelj smatra da je u postupcima javne nabave zakonodavac izričito odredbom članka 41. stavka 11. ZEK-a propisao iznimku od pravila određenih člancima 41., 42. i 42a ZEK-a, a prema kojoj iznimci svi operatori, pa tako i tužitelj kao operator sa značajnom tržišnom snagom smiju odstupiti od obveze, a svoje cijene, odnosno pretplatničke ugovore temelje na objavljenim cjenicima i općim uvjetima poslovanja. Tužitelj smatra da je navedena iznimka unesena upravo stoga da se u postupcima javne nabave kada se nabavljaju elektroničke komunikacijske usluge uz postizanje svrhe provođenja javne nabave, istovremeno osigura i učinkovito tržišno natjecanje svih operatora prisutnih na tom tržištu. U suprotnom, kada operatori u postupcima javne nabave ne bi mogli odstupiti od cijene u javno objavljenim cjenicima, a vezano uz obvezu iz članka 42a ZEK-a odnosno općih uvjeta poslovanja iz članka 42. ZEK-a postupci javne nabave za usluge elektroničkih komunikacija bi zbog svoje predvidivosti izgubili svaki smisao. Slijedom navedenog, prema mišljenju tužitelja, izmjena u članku 41. stavak 11. ZEK-a za razliku od prethodno važećeg Zakona o telekomunikacijama primjenjivog do 10. kolovoza 2011. predviđa iznimku od obveza vezanih za cijene i opće uvjete poslovanja u slučajevima javne nabave. Tužitelj smatra da navedena iznimka iz članka 41. stavak 11. ZEK-a jasno i nedvosmisleno ukazuje na to da svi operatori (uključujući i operatora sa značajnom tržišnom snagom) budući da isti nije naveden kao iznimka smiju odstupiti od obveza da svoje cijene odnosno pretplatničke ugovore temelje na objavljenim cjenicima i općim uvjetima poslovanja. Tužitelj ističe da je osobita specifičnost tržišta elektroničkih komunikacija pri sklapanju pretplatničkih ugovora u tome što takav ugovor čini zahtjev krajnjeg korisnika fizičke i pravne osobe za pružanjem konkretne usluge te opći uvjeti operatora kojima se detaljno regulira pružanje usluga. Dakle, u pravilu se odnos pružatelj – korisnik usluga uspostavlja prihvatom zahtjeva krajnjeg korisnika pa je u tom dijelu logično i opravdano da cjenik usluga i općih uvjeta njihovog pružanja bude javno i transparentno objavljen. S druge pak stranke za postupke javne nabave karakteristično je da se nastoji ostvariti cjenovno najpovoljnije ponude. Dakle, upravo element tajnosti ponuda pridonosi svrsi postupka javne nabave te bi automatsko preuzimanje već objavljenih cjenika i općih uvjeta postupak javne nabave u području elektroničkih komunikacija u potpunosti učinio nepotrebnim. Tužitelj smatra kako tvrdnja tuženika da je u Odluci 1. od 6. travnja 2011. godine bila dana uputa tužitelju na koji način se primjenjuje regulatorne obveze u postupcima javne nabave, pa da je stoga logično da takva uputa vrijedi i za tržište javno dostupne telefonske usluge u mjesnom i/ili međumjesnom prometu koja se pruža na fiksnoj lokaciji za poslovne korisnike, a koje je tržište regulirano zasebnom Odlukom 2., prema mišljenju tužitelja nije osnovana iz razloga što je tuženik po službenoj dužnosti trebao uzeti u obzir a nije, te jasno i nesporno regulirati sva pitanja koja su se u postupku obiju analiza tržišta postavila od strane bilo kojeg operatora. Budući da sukladno članku 52. stavku 2. ZEK-a tuženik provodi postupke analize tržišta najmanje svake tri godine tužitelj smatra da se upravo zbog duljine primjene utvrđenih regulatornih obveza pitanja iz područja postupanja u postupcima javne nabave treba jasno i nedvojbeno odrediti u odlukama o analizi predmetnih tržišta. Isto tako tuženik zanemaruje činjenicu da je Odluka od 6. travnja 2011. donesena na temelju »starog« Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine« 73/08.) koji nije sadržavao iznimku za postupke javne nabave koja je uvedena tek Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine« 90/2011.), a koji Zakon je donesen 20. srpnja 2011., a primjenjuje se od 10. kolovoza 2011. Dakle, prema mišljenju tužitelja sam ZEK je izmijenjen na način da sadrži iznimku za postupke javne nabave, nekoliko mjeseci nakon provedbe analize mjerodavnog tržišta od strane tuženika. Budući da zakonodavac nekoliko mjeseci nakon donošenja Odluke 1. od 6. travnja 2011. unosi odredbu koja izričito dopušta iznimku od primjene odredbe iz članka 41., 42. i 42a ZEK-

a, u postupcima javne nabave prema mišljenju tužitelja pravno je jedino ispravno tumačenje da je zakonodavac izričitom zakonskom odredbom izmijenio odluku regulatornog tijela po tom pitanju ne bi li time omogućio istinsko tržišno natjecanje u postupcima javne nabave.

Osim toga tužitelj smatra kako je tuženik pogrešno primijenio zakon i kada je naložio tužitelju da u roku od 120 dana od dana primitka rješenja raskine ugovore sklopljene povodom provedenog postupka javne nabave, a prema mišljenju tužitelja taksativno navedena ovlaštenja iz članka 112. ZEK-a ne daju tuženiku ovlast zabraniti sklapanje ugovora ili naložiti raskidanje sklopljenih ugovora. Tužitelj smatra da zabrana sklapanja ugovora iz javne nabave u postupku javne nabave naručitelja odnosno obveza raskidanja već sklopljenih ugovora ne može biti predmet odlučivanja od strane tuženika. Posljedično prema mišljenju tužitelja tuženik postupuje protivno članku 112., a u vezi s člankom 111. ZEK-a izlazeći sadržajem rješenja iznad djelokruga i nadležnosti koje su mu kao javnopravnom tijelu dane ZEK-om. Tužitelj također smatra da navedeno rješenje nije obrazloženo sukladno odredbama članka 98. stavka 5. Zakon o općem upravnom postupku (»Narodne novine« 47/09. – dalje: ZUP). Smatra da je tuženik propustio utvrditi pravo stanje stvari čime je povrijedio načelo utvrđivanja materijalne istine iz članka 8. ZUP-a. Isto tako ističe da je tuženik u postupku inspekcijskog nadzora proveo postupak tako da je samo izvršio uvid u dostavljenu dokumentaciju te nije provjeravao navode iz očitovanja tužitelja. Posljedice tako vođenog postupka prema mišljenju tužitelja, bez mogućnosti da se stranka izjasni o svim činjenicama i navoda koje joj se stavljaju na teret predstavlja povredu načela materijalne istine iz članka 8. ZUP-a, te povredu članka 30. stavka 1. ZUP-a, kojim se propisuje obveza omogućiti stranci izjašnjavanje o svim važnim činjenicama i okolnostima važnim za rješavanje upravne stvari. Ističe da tuženik prema odredbi članka 63. stavak 4. ZEK-a može u svrhu promicanja djelotvornog tržišnog natjecanja i zaštite interesa krajnjih korisnika primijeniti samo mjere na operatora sa značajnom tržišnom snagom koje su propisane u toj odredbi Zakona, a to je utvrđivanje najviše razine maloprodajnih cijena usluga, nadzor pojedinačnih cijena usluga, troškovnu usmjerenost cijena usluga, određivanja cijena prema cijenama u usporedivim tržištima. Stoga tužitelj ističe da, čak da je tuženik i imao pravo na tužitelja primijeniti gore navedene mjere u nadzoru maloprodajnih cijena usluga, smatra da je tuženik u ovom postupku prekoračio svoje ovlasti određene ZEK-om, budući da je tužitelju izričito zabranjeno sklapanje ugovora iz javne nabave odnosno naredio tužitelj raskinuti ugovor ukoliko je isti već sklopljen u roku od 120 dana od dana primitka rješenja, a koja mjera nije predviđena gore navedenim člankom 63. stavkom 4. ZEK-a. Stoga tužitelj predlaže da Sud sukladno članku 26. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima (»Narodne novine« 20/10., 143/12. i 152/14.) donese rješenje o odgodnom učinku tužbe odnosno sukladno članku 47. ZUS-a izda privremenu mjeru i sukladno članku 58. stavku 2. ZUS-a donese presudu kojom će usvoji tužbeni zahtjev i poništiti u cijelosti rješenje tuženika od 22. srpnja 2013.

Tuženik u odgovoru na tužbu ističe da je tužiteljevo tumačenje odredbe članka 41. stavak 1. ZEK-a potpuno neutemeljeno, a posebno navodi da je navedenom odredbom izuzeta primjena odredbi članka 41. ZEK-a koje se tiču pretplatničkih ugovora na postupke javne nabave. Naime, člankom 41. stavkom 11. ZEK-a regulirana je zaštita prava krajnjih korisnika usluga, dok je člankom 63. ZEK-a regulirana primjena regulatorne obveze nadzora maloprodajnih cijena. Tuženik ističe da je uzimajući u obzir članak 63. ZEK-a u svrhu ostvarivanja regulatornih načela i ciljeva iz članka 5. ZEK-a odredio tužitelju regulatornu obvezu nadzora maloprodajnih cijena odlukom HAKOM-a klasa: UP/I-344-01/10-01/456, urbroj: 376-11-11-25 od 6. travnja 2011. (dalje Odluka 1.), te odlukom HAKOM-a klasa: UP/I-344-01/11-07/03, urbroj: 376-11-11-5 od 20. srpnja 2011. (dalje Odluka 2.) na tržištu pristupa javnoj komunikacijskoj mreži na fiksnoj lokaciji za privatne i poslovne korisnike, te na tržištu javno dostupne telefonske usluge u mjesnom ili međumjesnom prometu koji se pruža na fiksnoj lokaciji za poslovne korisnike. Izuzetak od primjene regulatorne obveze nadzora maloprodajnih cijena mora bi biti isključivo propisan unutar članka 63. ZEK-a. Tuženik ističe da se nikakvim tumačenjem zakona ne može izvesti zaključak da se odredba članka 41. stavka 11. ZEK-a primjenjuje na regulatornu obvezu iz članka 63. ZEK-a, odnosno da se regulatorna obveza nadzora maloprodajnih cijena usluga ne primjenjuje na cijene ponuđene u postupcima javne nabave. Tužitelj prigovara i navodima tuženika da je u Odluci 1. bila dana uputa tužitelju na koji način se primjenjuje regulatorna obveza u postupcima javne nabave, te je stoga bilo logično da takva uputa vrijedi za tržište regulirane Odlukom 2. Tuženik ističe da je sve detaljno obrazloženo u osporavanom rješenju. Isto tako tuženik smatra da nije prekoračio ovlasti u postupku inspekcijskog nadzora u odnosu na članak 112. ZEK-a. Tuženik ističe da inspektor elektroničkih komunikacija u obavljanju inspekcijskog nadzora ima ovlasti propisane u članku 112. ZEK-a. U svrhu sprječavanja nastanka kršenja, tuženik je sukladno ovlastima iz članka 112. stavak 1. točke 20. ZEK-a naložio mjere iz točke II. i III. dispozitiva osporavanog rješenja, s time da je točkom III. dispozitiva obuhvaćen konkretni postupak javne nabave, te određivanjem roka od 120 dana od dana zaprimanja rješenja tuženik je imao u vidu potrebno vrijeme za postupak provođenja nove javne nabave. Isto tako tuženik ističe da su navodi tužitelja da je rješenje neobrazloženo i nije doneseno sukladno članku 98. ZUP-a smatra