

Številka: 018-039/2023-4

Datum: 12. 4. 2023

**SKLEP**

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 55. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011, s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Marka Medveda, kot predsednika senata ter Aleksandra Petrovčiča in Igorja Luzarja, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Priklop na Mrzlek*«, na podlagi pritožbe, ki sta jo vložili družbi JHP projektne rešitve d.o.o., Cesta talcev 5, Domžale in CIMMEX Inženiring in trgovina d.o.o., Vojkova cesta 8, Solkan (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Kanal ob Soči, Trg svobode 23, Kanal (v nadaljevanju: naročnik), dne 12. 4. 2023

**odločila:**

1. Pritožbi se ugodi in se razveljavi naročnikov sklep o zavrženju zahtevka za revizijo št. 430-0017/2022-18, z dne 22. 3. 2023.
2. Naročnik mora o zahtevku za revizijo, ob ugotovitvi izpolnjevanja procesnih predpostavk, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN.

**Obrazložitev:**

Naročnik je obvestilo o javnem naročilu, ki ga oddaja po postopku naročila male vrednosti, dne 27. 2. 2023 objavil na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN001029/2023-W01.

Zoper razpisno dokumentacijo je vlagatelj dne 21. 3. 2023 vložil zahtevek za revizijo. Vlagatelj je v zahtevku za revizijo navedel, da so tehnične zahteve določene nezakonito, saj jih lahko izpolnijo le preferirani proizvodi proizvajalca Saint Gobain PAM. Naročnik je tako onemogočil oddajo ponudb vsem potencialnim ponudnikom, ki bi bili sicer v celoti usposobljeni izvesti predmet javnega naročila z enakovrednimi proizvodi. Vlagatelj nasprotuje dvema tehničnima zahtevama - zahtevi, v skladu s katero morajo biti fazonski kosi in cevi od istega proizvajalca ter zahtevi, ki se nanaša na CE certifikat za notranje cementne obloge. Vlagatelj predlaga, naj se postopek oddaje predmetnega javnega naročila delno ali v celoti razveljavi ter zahteva povrnitev stroškov pravnega varstva.

Naročnik je s sklepom št. 430-0017/2022-18 z dne 22. 3. 2023 vlagatelj zahtevke za revizijo zavrgel in zavrnil zahtevo za povrnitev stroškov. Naročnik navaja, da je predmet javnega naročila gradnja, in sicer novogradnja črpališča, primarnega vodovoda, NN priključka in vodovoda. Pojasnjuje, da z izvedbo postopka oddaje predmetnega javnega naročila išče izvajalca, ki bo izvedel celoten predmet javnega naročila. Navedeno pa pomeni, da lahko predmet javnega naročila izvede le gospodarski subjekt, ki na trgu opravlja dejavnost gradnje. Javno naročilo bi lahko izvedla tudi skupina gospodarskih subjektov, od katerih pa mora biti vsaj en gospodarski subjekt registriran za opravljanje dejavnosti, ki je predmet javnega naročila. Navaja, da je vsak gospodarski subjekt, ki v Republiki Sloveniji opravlja dejavnost, dolžan določiti dejavnost skladno z Uredbo o standardni klasifikaciji dejavnosti (Uradni list RS, št. 69/07 in 17/08; v nadaljevanju: Uredba) ter lahko opravlja le posle v okviru dejavnosti, ki so določene v statutu ali družbeni pogodbi (tretji odstavek 6. člena Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/06 s spremembami)). Zato je vpogledal v dejavnosti, kot so razvrščene v Uredbi, pri čemer je ugotovil, da so dejavnosti gradnje razvrščene v področja 41 - Gradnja stavb, 42 - Gradnja inženirskih objektov in 43 - Specializirana gradbena dela. Preveril je dejavnosti vlagatelja, ki so navedene v aktih o ustanovitvi obeh vlagateljevih družb (družbe JPH d.o.o. in družbe CIMMEX d.o.o.). Glede na to, da je predmet javnega naročila novogradnja črpališča, primarnega vodovoda, NN priključka in vodovoda, kar je razvidno tudi iz specifikacije predračuna (popisa del), mora biti zainteresiran subjekt za dodelitev naročila registriran za opravljanje dejavnosti, ki je predmet javnega naročila (kot so dejavnosti: 42.110 - Gradnja cest; 42.210 - Gradnja objektov oskrbe infrastrukture za tekočine in pline ter 42.990 - Gradnja drugih objektov nizke gradnje). Naročnik ugotavlja, da noben subjekt iz vlagateljeve skupine ni registriran za opravljanje dejavnosti, ki bi bile navedene v področju 42 (Gradnja inženirskih objektov). Družba JPH d.o.o. je registrirana za organizacijo izvedbe stavbnih projektov (41.100) in za zemeljska pripravljalna dela (43.120), družba CIMMEX d.o.o. pa za inštaliranje vodovodnih, plinskih in ogrevalnih napeljav in naprav (43.220) in za drugo inštaliranje pri gradnjah (43.290). Ker iz navedenega razloga vlagatelj nima interesa za opravljanje dejavnosti, ki so predmet naročila (interesa za dodelitev javnega naročila), mu ni mogoče priznati aktivne legitimacije. Ob navedenem pa tudi ni mogoče najti niti hipotetične vzročne povezave med domnevnimi kršitvami in verjetnim nastankom škode. Naročnik tako ugotavlja, da vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije, kot jo določa prvi odstavek 14. člena ZPVPJN, zato je zahtevke za revizijo na podlagi tretjega odstavka 26. člena ZPVPJN zavrgel.

Zoper sklep o zavrženju zahtevka za revizijo je vlagatelj pravočasno vložil pritožbo (vloga z dne 28. 3. 2023). V pritožbi navaja, da je naročnikov sklep o zavrženju zahtevka za revizijo nezakonit in arbitraren ter v nasprotju tako z uveljavljeno prakso Državne revizijske komisije, kakor tudi z namenom pravnega varstva v postopkih javnega naročanja. Predlaga, naj se izpodbijani sklep razveljavi ter naročniku naloži, da o vložnem zahtevku za revizijo odloči skladno z določbami 28. člena ZPVPJN oziroma podredno, da Državna revizijska komisija odločanje o zahtevku za revizijo prevzame sama. Navaja, da je naročnik zahteve iz razpisne dokumentacije razširil na način, da bi morali imeti vsi sodelujoči gospodarski subjekti registrirano dejavnost s področja 41 (Gradnja stavb), 42 (Gradnja inženirskih objektov) ali 43 (Specializirana gradbena dela), čemur pa ni mogoče slediti, saj tovrstne zahteve v razpisni dokumentaciji ni. Celotno, če bi razpisna dokumentacija takšno zahtevo vsebovala, pa glede na uveljavljeno prakso Državne revizijske komisije, naročnik ni imel podlage, da mu je odrekel aktivno legitimacijo. Vlagatelj se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije št. 018-015/2016 in navaja, da aktivna legitimacija v delu, ki se nanaša na obstoj interesa ni enaka predložitvi ponudbe oziroma celo izpolnjevanju razpisnih pogojev, poleg tega lahko zahtevke za revizijo vložijo tudi eden izmed skupnih ponudnikov, ki bo prevzel le del naročila. Navaja, da je v zahtevku za revizijo celo izrecno navedel, da bo oddal skupno ponudbo, pri čemer je skupina ponudnikov, s katerimi je nameraval oddati ponudbo, registrirana za opravljanje dejavnosti, ki je predmet javnega naročila, poleg tega je opravila številna primerljiva dela s področja predmeta naročila. Vlagatelj zatrjuje, da je registriran najmanj

za izvedbo dela javnega naročila (zemeljska pripravljalna dela, organizacija izvedbe stavbnih projektov, inštaliranje vodovodnih naprav itn.), kar glede na uveljavljeno prakso za priznanje aktivne legitimacije vsekakor zadostuje. Pojasnjuje, da je predvsem družba CIMMEX d.o.o. v predhodnih postopkih javnega naročanja za enak ali podoben predmet javnega naročila, kakor tudi pri zasebnih poslih, nastopala kot partner ali podizvajalec v skupini ponudnikov, ki so jo sestavljale družbe, ki izvajajo gradnje vodovodnih omrežij. Navaja še, da je v predhodnih postopkih javnega naročanja redno nastopal s skupino gospodarskih družb, ki se ukvarjajo z izgradnjo, vzdrževanjem in ostalimi deli, ki se nanašajo na vodovodne sisteme. Ker ZPVPJN ne zahteva več, da v primeru nameravane oddaje skupne ponudbe zahtevke za revizijo vložijo vsi partnerji skupaj, ne more biti sporno, da je izkazal interes za dodelitev javnega naročila in s tem aktivno legitimacijo za vložitev zahtevka za revizijo, poleg tega bi mu v primeru, če bi se njegov zahtevke za revizijo izkazal kot utemeljen, lahko nastala škoda, ki se kaže v nezmožnosti predložitve partnerske ponudbe.

Naročnik se je dne 30. 3. 2023 z vlogo št. 430-0017/2022-20 opredelil do vlagateljevih navedb. Naročnik nasprotuje vlagateljevim navedbam, vztraja pri vseh ugotovitvah in se dodatno opredeljuje do posameznih vlagateljevih navedb. Navaja, da morajo biti za priznanje aktivne legitimacije, in s tem za sodelovanje v postopku pravnega varstva, izpolnjeni minimalni vstopni pogoji, ki vlagatelja povezujejo s predmetom javnega naročila vsaj na način, da lahko dokaže obstoj interesa za dodelitev javnega naročila in potencialno škodo, ki bi mu lahko nastala z domnevno kršitvijo. Povezavo pravnega subjekta (ki želi pridobiti status vlagatelja) s predmetom javnega naročila pa izkazuje tudi njegovo siceršnje udejstvovanje na prostem trgu, kar izkazuje z registracijo dejavnosti in aktivnostmi na trgu. Razlog za zavrženje zahtevka za revizijo ni v tem, da zahtevka ni vložil skupaj s partnerji oziroma drugimi subjekti, s katerimi bi sodeloval v postopku javnega naročanja, temveč dejstvo, da vlagatelj ni uspel izkazati zadostne povezave med predmetom javnega naročila in svojim udejstvovanjem na trgu. Naročnik še pripominja, da se določba tretjega odstavka 14. člena ZPVPJN nanaša na primere uveljavljanja pravnega varstva po poteku roka za prejem ponudb, ko je bil interes za dodelitev naročila izpolnjen že z oddajo ponudbe, medtem ko te določbe ni mogoče tolmačiti na način, da se nanaša tudi na obdobje pred potekom roka za prejem ponudb, saj bi v tem primeru lahko zahtevke za revizijo vložil kdorkoli, četudi bi znašal njegov delež le 0,001 % vrednosti naročila. Da bi bilo mogoče vlagatelju priznati aktivno legitimacijo pred potekom roka za prejem ponudb, jo mora torej v celoti izpolnjevati sam. Zato vlagateljevo zatrjevanje, da bi v primeru oddaje ponudbe le-to oddal še z drugimi subjekti (ki sedaj ne nastopajo v vlagateljevi skupini), ni relevantno.

Državna revizijska komisija po proučitvi pritožbe in predložene dokumentacije ugotavlja, da je pritožba vlagatelja utemeljena, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Naročnik pred vsebinsko (meritorno) obravnavo zahtevka za revizijo opravi predhodni preizkus zahtevka za revizijo, v okviru katerega preveri ali so izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN, in sicer ali je bil zahtevke za revizijo vloženi pravočasno, ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN, ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN, ali ne obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je dopusten (prim. drugi odstavek v povezavi s prvim odstavkom 26. člena ZPVPJN). Če naročnik ugotovi, da ni izpolnjen procesni pogoj iz tretje alineje prvega odstavka 26. člena ZPVPJN (torej, da ga ni vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN), zahtevke za revizijo s sklepom zavrže (prim. tretji odstavek 26. člena ZPVPJN). Zoper sklep o zavrženju lahko vlagatelj vložijo pritožbo (prim. peti odstavek 26. člena ZPVPJN).

V predmetnem postopku pravnega varstva je naročnik vlagateljev zahtevke za revizijo zavrzel, ker je ugotovil, da vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo. Naročnikovo ravnanje z vlagateljevim zahtevkom za revizijo je treba presojeti z vidika 26.

člena ZPVPJN, ki v tretjem odstavku (v povezavi s prvim odstavkom) med drugim določa, da naročnik zavrže zahtevek za revizijo, če ugotovi, da ga ni vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN. Skladno s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN, se aktivna legitimacija v predrevizijskem in revizijskem postopku prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila, sklenitev okvirnega sporazuma ali vključitev v dinamični nabavni sistem ali kvalifikacijski sistem in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda (1. alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN), ter zagovorniku javnega interesa (2. alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN). Drugi odstavek 14. člena ZPVPJN določa, da se v primeru, če je rok za oddajo prijav ali ponudb že potekel, šteje, da je interes za dodelitev javnega naročila izkazala tista oseba, ki je oddala pravočasno prijavo oziroma ponudbo. V primeru konkurenčnega dialoga, konkurenčnega postopka s pogajanjem ali postopka s pogajanjem brez predhodne objave, ki ga naročnik ob upoštevanju določb ZJN-3 izvaja zaradi prejšnjega neuspešno izvedenega postopka, se interes za dodelitev javnega naročila prizna tudi kandidatu ali ponudniku, ki je v prejšnjem neuspešnem postopku pravočasno oddal prijavo oziroma ponudbo in v tem postopku ni bil povabljen k oddaji ponudbe, pa bi v skladu z ZJN-3 moral biti.

Iz citiranih določb 14. člena ZPVPJN izhajata dva bistvena elementa za priznanje aktivne legitimacije: (1) interes za dodelitev javnega naročila in (2) možnost nastanka škode, ki bi vlagatelju utegnila nastati zaradi zatrjevane kršitve. Oba elementa morata biti izpolnjena kumulativno, zato mora vlagatelj za priznanje aktivne legitimacije izkazati tako interes za pridobitev naročila, kakor tudi, da bi mu zaradi kršitev, ki jih navaja v zahtevku za revizijo, lahko nastala škoda.

Naročnik vlagatelju odreja oba elementa aktivne legitimacije. Navaja, da iz razloga, ker vlagatelj ni registriran za opravljanje (vseh) dejavnosti, ki so predmet javnega naročila, nima interesa za dodelitev naročila. Ker vlagatelj nima interesa za dodelitev naročila oziroma za opravljanje dejavnosti, ki je predmet naročila, pa ni mogoče najti niti hipotetične vzročne povezave med domnevnimi kršitvami in verjetnim nastankom škode.

Kot pravilno navaja vlagatelj, je Državna revizijska komisija že večkrat zapisala (tudi v sklepu št. 018-015/2016, na katerega se sklicuje vlagatelj), da ni mogoče sprejeti stališča, da bi moral vlagatelj za izkazovanje interesa za dodelitev naročila izkazati zmožnost izvajanja vseh dejavnosti, ki jih zahteva predmet javnega naročila. Treba je namreč upoštevati, da lahko ponudbo odda tudi skupina ponudnikov (npr. partnerjev ali ponudnikov in podizvajalcev), pri čemer ZPVPJN ne zahteva, da v primeru nameravane oddaje skupne ponudbe zahtevek za revizijo vložijo vsi partnerji skupaj. Navedeno pa pomeni, da lahko zahtevek za revizijo vloži le eden izmed skupnih ponudnikov, ki bo prevzel del naročila, zato bi bilo tudi nesorazmerno, če bi od takega subjekta zahtevali izkazovanje zmožnosti opravljanja vseh dejavnosti. Z vidika ugotavljanja interesa za dodelitev naročila zato zadostuje, da vlagatelj izkaže zmožnost opravljanja vsaj nekaterih izmed potrebnih dejavnosti.

Državna revizijska ob tem še ugotavlja, da v sklepu o zavrženju zahtevka za revizijo naročnik že sam navaja, da je ena izmed obeh družb (JHP d.o.o.), ki sta vložili zahtevek za revizijo, registrirana za organizacijo izvedbe stavbnih projektov in zemeljska pripravljalna dela, druga družba (CIMMEX d.o.o.) pa za inštaliranje vodovodnih, plinskih in ogrevalnih napeljav ter naprav in za drugo inštaliranje pri gradnjah. Navedeno pa pomeni, da ima vlagatelj oziroma vsaka od obeh družb, ki sta vložili zahtevek za revizijo, v aktu o ustanovitvi oziroma družbeni pogodbi določene vsaj nekatere dejavnosti, ki so predmet zadevnega javnega naročila. Res je, da vlagatelj v zahtevku za revizijo ni izkazal, da lahko opravlja vse dejavnosti, ki so potrebne za izvedbo predmeta javnega naročila, vendar pa vlagatelj tega v zahtevku za revizijo niti ni zatrjeval, saj je zapisal le, da namerava oddati skupno ponudbo oziroma da je skupina gospodarskih subjektov, s katerimi je nameraval oddati skupno ponudbo, registrirana za opravljanje dejavnosti, ki so

predmet javnega naročila ter da je v okviru takšne (skupne) ponudbe v preteklosti opravil številna primerljiva dela s področja predmeta naročila. Poleg tega je vlagatelj v pritožbi tudi navedel, da v postopkih javnega naročanja redno nastopa s skupino gospodarskih družb, ki se ukvarjajo z gradnjo, vzdrževanjem in ostalimi deli, vezanimi na vodovodne sisteme. Vlagatelj je, kar med strankama v tem postopku ni sporno, dobavitelj vodovodnega in kanalizacijskega materiala, dobava in montaža različnega vodovodnega materiala pa (kot je razvidno iz popisa del oziroma specifikacije predračuna) predstavlja tudi precejšnji del predmetnega javnega naročila. Vlagatelj je k pritožbi priložil tudi izjavi dveh gospodarskih subjektov (ki se oba ukvarjata z gradnjo), iz katerih je razvidno, da je pri dveh referenčnih gradnjah (prva se nanaša na javno naročilo »Nadgradnja vodovodnega sistema B«, ki je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN002442/2020-B01, druga pa na javno naročilo »Celovito hidravlično uravnoteženje vodooskrbnega sistema Hubelj Skuk«, ki je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno pod št. objave JN003774/2021-B01) sodeloval kot dobavitelj vodovodnega materiala. Navedena dejstva so v predmetnem postopku pravnega varstva odločilna za presojo aktivne legitimacije vlagatelja in kažejo na to, da vlagatelj izkazuje interes za pridobitev naročila. Ob navedenem pa tudi naročnikova ugotovitev o tem, »da vlagatelj ni uspel izkazati zadostne povezave med predmetom javnega naročila in svojim udejstvovanjem na trgu«, ne more vzdržati revizijske presoje.

Ker, kot že izhaja iz te obrazložitve, ZPVPJN ne zahteva, da morajo v primeru nameravane skupne ponudbe zahtevke za revizijo vložiti vsi partnerji skupaj, ob vsem navedenem vlagatelju ni mogoče odreči interesa za dodelitev javnega naročila in s tem aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo, saj bi mu v primeru, če bi se njegov zahtevek izkazal kot utemeljen, lahko nastala (tudi) škoda, ki se kaže v nezmožnosti predložitve partnerske ponudbe. Vlagatelj namreč v zahtevku za revizijo zatrjuje, da zaradi naročnikovih tehničnih zahtev ne more konkurirati za pridobitev razpisanega posla, kar je temeljni poslovni interes vsake gospodarske družbe, s čimer pa je (zaradi zatrjevanih kršitev) podan tudi element možnosti nastanka škode.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik ravnal v nasprotju s 14. členom ZPVPJN, ko vlagatelju ni priznal aktivne legitimacije, posledično pa tudi v nasprotju s tretjim odstavkom 26. člena ZPVPJN, ko je zahtevek za revizijo zavrgel. Državna revizijska komisija je zato pritožbi vlagatelja, na podlagi prvega odstavka 55. člena ZPVPJN, ugodila in razveljavila sklep št. 430-0017/2022-18, z dne 22. 3. 2023, s katerim je naročnik zahtevek za revizijo zavrgel.

Državna revizijska komisija kljub (podrednemu) predlogu vlagatelja, naj zahtevek za revizijo sama sprejme v obravnavo, tega vrača v odločanje naročniku z napotkom, da mora o zahtevku za revizijo, ob ugotovitvi izpolnjevanja ostalih procesnih predpostavk, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN. Naročnik, ki se v predmetnem postopku pravnega varstva do zahtevka za revizijo vsebinsko ni opredelil, ima namreč pravico in dolžnost, da po ugotovitvi obstoja vseh procesnih predpostavk o zahtevku za revizijo najprej meritorno odloči sam.

S tem je odločitev Državne revizijske komisije iz 1. in 2. točke izreka tega sklepa utemeljena.

Pravni pouk: Zoper to odločitev upravni spor po 39.a členu ZPVPJN ni dovoljen.

Predsednik senata:  
Marko Medved, univ. dipl. prav.  
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- vlagatelj,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.