

Številka: 018-059/2023-6

Datum: 9. 6. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 in spremembe; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Červeka kot predsednika senata ter dr. Mateje Škabar in mag. Zlate Jerman kot članic senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Medgeneracijski center Beltinci*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja HOVING, Napredne gradbene storitve, d.o.o., Jugovo 24, Beltinci (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Beltinci, Mladinska ulica 2, Beltinci (v nadaljevanju: naročnik), dne 9. 6. 2023

odločila:

1. Zahtevka za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o naročilu, ki ga oddaja po postopku naročila male vrednosti, na portalu javnih naročil objavil dne 22. 3. 2023, pod številko objave JN001627/2023-W01. Na portalu javnih naročil je dne 14. 4. 2023 naročnik objavil dokument »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, zoper katerega je bil dne 21. 4. 2023 vložen zahtevka za revizijo, kateremu je naročnik z odločitvijo dne 3. 5. 2023 ugodil.

Naročnik je dne 4. 5. 2023 na portalu javnih naročil objavil dokument »*Odločitev o oddaji naročila*«, iz katerega je razvidno, da je javno naročilo oddal ponudniku BLISK MONTAŽA, inštalacije, krovsko kleparska in zaključna dela v gradbeništvu d.o.o., Pleše 9, Murska Sobota (v nadaljevanju: izbrani ponudnik) v višini 402.087,35 EUR brez DDV oz. 490.546,57 EUR z DDV.

Iz odločitve o oddaji naročila izhaja, da je po merilu za oddajo javnega naročila najugodnejša ponudba vlagatelja, ki je oddal ponudbo v višini 392.913,06 EUR brez DDV oz. 479.353,94 EUR z DDV, vendar je ponudbo naročnik označil kot nedopustno iz razlogov, navedenih v nadaljevanju, saj vlagatelj ni:

1. izkazal tehnične sposobnosti,
2. predložil vseh pooblastil za preverjanje nekaznovanosti,
3. pravilno izpolnil postavke 601 v predračunu,
4. predložil finančnega zavarovanja za resnost ponudbe v skladu z vzorcem bančne garancije iz razpisne dokumentacije.

Zoper naročnikovo odločitev je vlagatelj pravočasno, z vlogo dne 11. 5. 2023, vložil zahtevek za revizijo, s katero predlaga, da se zahtevku za revizijo ugotovi, da se razveljavi izpodbijano odločitev, ter ponovno odloči o izboru najugodnejšega ponudnika tako, da se vlagatelju kot najugodnejšemu odda javno naročilo, hkrati pa vlagatelj zahteva še povrnitev stroškov revizijskega postopka. V zahtevku za revizijo vlagatelj naročniku očita kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov ter kršitev 90. člena v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), ker naj bi naročnik vlagateljevo ponudbo v nasprotju z zakonodajo označil kot nedopustno in jo posledično izključil iz postopka oddaje javnega naročila, medtem ko je ponudbo izbranega ponudnika označil kot dopustno kljub obstoju enakih nepravilnosti.

Vlagatelj nasprotuje očitku naročnika, da ni izkazal tehnične sposobnosti. Po mnenju vlagatelja je s tem, ko je ponudbo oddal skupaj s podizvajalcem GDO, gradnja, dom, okolje, d.o.o., Maistrov trg 5, Gornja Radgona (v nadaljevanju: podizvajalec), kateri je predložil ustrezne reference, izpolnil pogoj iz razpisne dokumentacije, ki predvideva, da mora ponudnik predložiti vsaj 3 primerljiva dela, ki jih je uspešno opravil v zadnjih 5 letih pred rokom za oddajo ponudb, pri čemer mora biti pogodbena vrednost posameznega dela najmanj 200.000 EUR brez DDV. Vlagatelj se sklicuje na 81. člen ZJN-3, ki določa, da *lahko gospodarski subjekt glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami pa lahko gospodarski subjekt uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi gospodarski subjekt uporabiti zmogljivosti drugih subjektov, mora naročniku dokazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil teh subjektov v ta namen.* Vlagatelj je v skladu s ponudbo predvidel, da bo podizvajalec izvedel gradbeno obrtniška, strojna in elektroinštalacijska dela v skupnem deležu 58,40% od končne ponudbene vrednosti. Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik napačno uporabil določila 81. člena ZJN-3, ki se nanaša na uporabo zmogljivosti drugih subjektov in je kot nesmiselno označil utemeljitev naročnika, da bi moral sam predložiti referenco, ker bo opravil 41,60% del. Naročnik bi lahko v skladu s četrtem odstavkom 81. člena ZJN3 v zvezi z *javnim naročilom gradnje, storitve in blaga, ki vključuje namestitvena ali inštalacijska dela, zahteval, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam, če pa ponudbo predloži skupina gospodarskih subjektov, pa sodelujoči v tej skupini, pa tega v razpisni dokumentaciji ni predvidel.*

Vlagatelj prav tako nasprotuje očitku naročnika, da ni predložil vseh pooblastil za preverjanje nekaznovanosti, zaradi česar je naročnik vlagateljevo ponudbo prav tako označil kot nedopustno, ker ni predložil pooblastila za pridobitev podatkov iz kazenske evidence za podizvajalčevega prokurista I.V. Vlagatelj zatrjuje, da iz sklepa Državne revizijske komisije št. 018-075/2018, izhaja, da *»je iz citiranih določil ZJN-3 razvidno, da ima naročnik v skladu s 77. in 79. členom ZJN-3 več*

možnosti preverjanja nekaznovanosti, saj lahko dokazilo iz sodnega registra zahteva neposredno od ponudnikov, zahteva lahko predložitev izjave na obrazcu ESPD (in dokazilo iz sodnega registra naknadno zahteva le od ponudnika, kateremu se je odločil oddati javno naročilo), lahko pa tudi sam vpogleda v enotni informacijski sistem, če ponudnik zagotovi, da so podatki o nekaznovanosti na voljo in da ima naročnik ustrezen dostop.« Po mnenju vlagatelja iz citiranega nikjer ne izhaja, da lahko naročnik zahteva pooblastilo za pridobitev podatkov iz kazenske evidence. V predmetnem javnem naročilu se je po mnenju vlagatelja naročnik odločil, da bo preveril nekaznovanost gospodarskih subjektov in fizičnih oseb, ki so člani organov gospodarskega subjekta oz. zastopnike gospodarskih subjektov z izpolnitvijo krovne izjave, ki naj bi bila zaradi postopka oddaje naročila male vrednosti ekvivalentna obrazcu ESPD. Glede na navedbe vlagatelja se skladno s sedmim odstavkom 79. člena ZJN-3 in zgoraj citiranim sklepom Državne revizijske komisije, lahko zahteva (dodatna) dokazila od ponudnika, kateremu se je naročnik odločil oddati javno naročilo (torej po izdaji odločitve o oddaji naročila), vendar tudi v tem primeru lahko naročnik zahteva dokazila v skladu s 77. oz. 78. členom ZJN-3, kjer pa pooblastilo za pridobitev podatkov iz kazenske evidence ni predvideno. Šesti odstavek 78. člena ZJN-3 predvideva, da lahko naročnik ponudnike in kandidate kadar koli med postopkom pozove, da predložijo vsa dokazila ali del dokazil v zvezi z navedbami v ESPD, vendar v tem postopku naročnik vlagatelja ni pozval. Na podlagi navedb vlagatelja v postopku naročila male vrednosti v skladu s tretjim odstavkom 47. člena ZJN-3 ni potrebno preverjati obstoja in vsebine navedb v ponudbi, razen če naročnik dvomi v resničnost izjav v ESPD (krovni izjavi), kar pa bi moral naročnik tudi izkazati. Prav tako bi moral naročnik v odločitvi izkazati dvom o nekaznovanosti, o čemer pa odločitev ne govori. Po mnenju vlagatelja naročnik tega dvoma ni izkazal, zaradi česar naj ne bi imel pravice zahtevati dodatnih dokazil. Vlagatelj meni, da bi bilo edino zakonito ravnanje naročnika, da bi vlagatelja izbral kot najugodnejšega ponudnika in nato zahteval predložitev ustreznega dokazila v skladu s 77. in 79. členom ZJN-3, ki bi potrjevalo navedbo v krovni izjavi. Druga možnost pa naj bi bila, da bi naročnik namesto izjave v razpisni dokumentaciji določil, da morajo gospodarski subjekti predložiti potrdila o nekaznovanosti iz ustrezne evidence. Vlagatelj navaja, da je v postopkih naročila male vrednosti dolžnost naročnika, da pozove ponudnika k predložitvi dokazil, za katere je podal lastno izjavo oz. ESPD obrazec. Člena 77. in 78. ZJN-3 naj ne bi poznala pooblastila kot dokazila, ampak zahtevata potrdilo o nekaznovanosti. Vlagatelj navaja, da je v tretjem odstavku 77. člena ZJN-3 kot zadosten dokaz določeno, da ne obstaja razlog za izključitev, da naročnik v zvezi s prvim odstavkom 75. člena ZJN-3 kot dokazilo sprejme izpis iz ustrezne evidence, kakršna je kazenska evidenca in le-ta ni starejši od 4 mesecev, šteto od roka za oddajo ponudb, ali je pridobljen najpozneje v 90 dneh od roka za oddajo ponudb. Iz razpisne dokumentacije je razvidno, da mora ponudnik predložiti pooblastilo za preverjanje nekaznovanosti. Vlagatelj je predložil pooblastila za zakonita zastopnika vlagatelja in podizvajalca, ne pa za prokurista. Vlagatelj zavrača očitke naročnika, da bi moral predložiti pooblastilo tudi za prokurista, saj ta ni (zakoniti) zastopnik družbe, kakor tudi ni član vodstvenega ali nadzornega organa. Vlagatelj še očita naročniku, da ni upošteval novele ZJN-3D (Uradni list RS, št. 28/23), v skladu s katero je preko portala e-Dosje možno neposredno dostopanje in preverjanje razloga za izključitev glede nekaznovanosti, zaradi česar od 2. 4. 2023 soglasje gospodarskih subjektov za vpogled v evidenco ni več potrebno, kar naj bi veljalo tudi za postopke javnih naročil, ki so bili začeti pred 2. 4. 2023.

Vlagatelj se dalje ne strinja z očitkom naročnika, da je napačno izpolnil postavko 601 »Projektantski nadzor (gradbeno obrtniška dela) 1%« v poglavju B predračuna, ker je v ponudbi kot ceno na enoto pri tej postavki vnesel 100 EUR, vrednost postavke 1 EUR, kar je v skladu z odločitvijo naročnika nepravilno, saj iz ponudbe izhaja, da je vrednost gradbenih del 116.415,52 EUR, obrtniških del pa 158.902,38 EUR, kar skupaj znese 275.317,90 EUR, od česar znaša 1% v višini 2.753,18 EUR, zaradi česar bi moral vlagatelj v ponudbo navesti znesek 2.753,18 EUR in ne 1 EUR. Vlagatelj naročniku očita, da je postavka 601 nejasna, v razpisni dokumentaciji pa ni navodil, kako bi bilo potrebno to postavko izpolniti, zaradi česar se vlagatelju ne bi smelo očitati,

da je ravnal v nasprotju z zahtevami naročnika. Vlagatelj se sklicuje na sklep Državne revizijske komisije št. 018-065/2022, ki med drugim določa: *»V zvezi s temi navedbami je treba pojasniti, da mora, kot je bilo že zapisano, naročnik v skladu z načelom preglednosti pri oblikovanju zahtev le-te določiti na jasen in nedvoumen način ter da morebitnih nejasnih določb ne sme razlagati ponudnikom v škodo.«* Vlagatelj v tem delu opozarja tudi na neenakopravno obravnavo ponudnikov, ki se nanaša na izpolnjevanje postavke 601, zaradi česar predlaga Državni revizijski komisiji vpogled v ostale ponudbene predračune in sprejetje ustrezne odločitve, upoštevaje načela in pravila ZJN-3.

Vlagatelj se tudi ne strinja z očitkom naročnika, da zavarovanje za resnost ponudbe v njegovi ponudbi ni skladno z vzorcem bančne garancije iz razpisne dokumentacije, posledično pa, da je ponudba nedopustna, saj naj bi bila neskladnost nebitna in ne vpliva na veljavnost bančne garancije. Vlagatelj se na podlagi naročnikovih navedb v odločitvi sklicuje na sklepe št. 018-183/2015, 018-149/2016, 018-196/2016 in 018-062/2017 Državne revizijske komisije, iz katerih izhaja, da je namen finančnega zavarovanja za resnost ponudbe ta, da ga naročnik unovči v primeru, če ponudnik umakne svojo ponudbo po poteku roka za predložitev ponudb. Vlagatelj meni, da je predložil ustrezno bančno garancijo za resnost ponudbe, poleg tega pa ne obstajajo napake, ki bi vplivale na možnost unovčenja garancije ali bi jih bilo potrebno odpravljati kljub temu, da ne vsebuje izjave Uprave Republike Slovenije za javna plačila, da so zahtevek za unovčenje podpisale osebe, ki so pooblaščenice za zastopanje. Glede na navedbe vlagatelja iz bančne garancije izhaja, da zahtevi za plačilo ni potrebno priložiti nobene listine, tudi izjave Uprave Republike Slovenije za javna plačila, kar predstavlja enako učinkovito finančno zavarovanje kot vzorčno, njegova unovčitev pa je lažja. S strani vlagatelja ne obstaja noben zadržek, da finančnega zavarovanja ne bi bilo mogoče unovčiti. Prav tako je glede na navedbe vlagatelja predložena bančna garancija za resnost ponudbe za naročnika bolj ugodna glede oblike predložitve, saj ponuja vse možnosti kot vzorčna, poleg oblik iz vzorčne bančne garancije še druge oblike, zaradi česar ne more biti neustrezna. Zaradi navedenega je po mnenju vlagatelja ponudba v tem delu dopustna in predlaga razveljavitev naročnikove odločitve. Vlagatelj zatrjuje, da v nasprotju z njegovo bančno garancijo za resnost ponudbe le-ta pri izbranem ponudniku ni unovčljiva, saj naročnik naj ne bi imel originalnega izvoda bančne garancije, ki je v ponudbi izbranega ponudnika zahtevana in bi jo moral predložiti (v zvezi s tem pa naročnik vlagateljevi bančni garanciji očita neustreznost). Hkrati vlagatelj navaja, da je razpisna dokumentacija v tem delu v celoti nezakonita in bi bilo potrebno javno naročilo v celoti razveljaviti.

Vlagatelj naročniku očita neenakopravno obravnavo ponudnikov in nedopustnost ponudbe izbranega ponudnika. Naročnik naj bi favoriziral izbranega ponudnika, s čemer je kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov. Vlagatelj navaja, da v kolikor je njegova ponudba nedopustna zaradi napačne izpolnitve postavke 601 v ponudbenem predračunu, bi morala biti nedopustna tudi ponudba izbranega ponudnika, saj je seštevka gradbenih in obrtniških del pri njemu 274.113,38 EUR, 1% od tega zneska pa znaša v višini 2.741,13 EUR in ne 1.800 EUR, kot je izbrani ponudnik zapisal v svojo ponudbo kot vrednost in znesek 180.000 EUR kot ceno za enoto. Vlagatelj zato poziva Državno revizijsko komisijo, da vpogleda v predračun izbranega ponudnika in vlagatelja.

O zahtevku za revizijo vlagatelja se je z vlogo dne 15. 5. 2023 odzval izbrani ponudnik, ki navaja, da je v svoji ponudbi predložil tri primerne reference, zaradi česar po njegovem mnenju sam izpolnjuje pogoj tehnične sposobnosti, vlagatelj pa ne, ampak pogoj izpolnjuje zgolj njegov podizvajalec. Izbrani ponudnik se sklicuje na sodbo Sodišča EU v zadevi C-324/14, v skladu s katero bi po mnenju izbranega ponudnika moralo dela dejansko izvesti tisto podjetje, ki pogoj tehnične usposobljenosti tudi izpolnjuje.

Izbrani ponudnik se dalje opredeli do navedb vlagatelja glede domnevno nepravilno izpolnjenega ponudbenega predračuna, ki se nanaša na postavko 601. Pojasnjuje, da sta možni dve razlagi, kako je mogoče pravilno izpolniti postavko 601, in sicer da predstavlja 1% najvišjo dopustno vrednost projektantskega nadzora ali pa, da je cena določena fiksno, torej 1% od vrednosti gradbeno obrtniških del. Izbrani ponudnik izpostavlja, da je kot merilo za izbiro določena najnižja ponudbena cena, zaradi česar naj bi bilo skladno s 13. točko razpisne dokumentacije dovoljeno, da ponudniki v ponudbi dajejo popuste. Izbrani ponudnik je od projektanta dobil ponudbo za projektantski nadzor v višini 1.800 EUR, kar znaša manj kot 1% seštevka gradbeno obrtniških del, ki skupaj znašajo 274.113,38 EUR, 1% vrednosti pa znaša 2.741,13 EUR. Izbrani ponudnik navaja, da je njegova ponudba dopustna, saj je v ponudbi v postavki 601 vpisal znesek, ki je nižji od 1% vrednosti seštevka zneskov gradbeno obrtniških del.

Naročnik je dne 17. 5. 2023 sprejel odločitev št. 332-1/2022-19, s katero je zahtevek za revizijo vlagatelja zavrnil. Prav tako je zavrnil zahtevo vlagatelja za povrnitev stroškov.

Iz obrazložitve izhaja, da naročnik vztraja, da glede na vsebino in obseg delitve del med vlagateljem in podizvajalcem vlagatelj ni izkazal tehnične sposobnosti. Glede na zahtevo iz razpisne dokumentacije, da mora ponudnik izkazati, da je v zadnjih petih letih pred rokom za oddajo ponudb uspešno izvedel vsaj tri primerljiva dela, pri čemer je morala biti pogodbeno vrednost posameznega referenčnega dela najmanj 200.000 EUR brez DDV. Po mnenju naročnika vlagatelj s predložitvijo referenc podizvajalca tega pogoja kot ponudnik ni izpolnil, saj sam ni predložil nobene reference, kljub temu, da bo opravil 41,60% del. Naročnik se sklicuje na sklep Državne revizijske komisije št. 018-077/2014-5, vendar pa v predmetni zadevi podizvajalec, na katerega reference se sklicuje ponudnik, ni nominiran za izvajanje (vseh) del, za katere izkazuje reference. Naročnik zanika dejstvo, da je dovolj, da je podizvajalec nominiran za izvedbo del, ampak da je pomemben tudi obseg del, ki jih bo opravil, saj je po njegovem mnenju gradnja obligacija uspeha, ki se kaže ne samo v izgradnji, ampak tudi v dejstvu, da ima objekt mehansko odpornost in stabilnost, ko je zgrajen. Naročnik navaja, da iz prvega odstavka 81. člena ZJN-3 izhaja, da se ponudnik lahko sklicuje na referenco drugega gospodarskega subjekta, vendar le v primeru, če zagotovi, da bo ta subjekt tudi dejansko izvedel posel oz. tisti del posla, za katerega izkazuje usposobljenost. Hkrati naročnik dodaja, da referenc glede na njihovo naravo ni mogoče obravnavati kot zmogljivosti, ki bi si jih bilo mogoče izposoditi od drugih gospodarskih subjektov kot npr. opremo, kadre, mehanizacijo, finančna sredstva itd., saj izkazujejo stopnjo usposobljenosti, znanj in izkušenj. Naročnik zaključuje, da glede na vsebino in obseg delitve del med podizvajalcem in vlagateljem slednji ni izkazal tehnične sposobnosti za dela, ki jih prevzema.

Naročnik dalje navaja, da vlagatelj ni sledil zahtevi iz razpisne dokumentacije, da morajo pogoj nekaznovanosti izpolniti tudi podizvajalci in podizvajalčevi prokuristi. V ponudbi ni bilo predloženega pooblastila za preverjanje nekaznovanosti ali lastna izjava, da prokurist podizvajalca ni bil kaznovan, zaradi česar naročnik smatra ponudbo kot nedopustno. Naročnik zatrjuje, da ni njegova dolžnost, da bi vlagatelja pozval k dopolnitvi ponudbe. Po mnenju naročnika pa novela ZJN-3D še ne velja, saj velja za postopke javnih naročil, ki so se začeli po 1. 4. 2023.

V svoji obrazložitvi naročnik dalje navaja, da je v razpisni dokumentaciji zahteval, da ponudniki v predračunu v poglavju B v postavki 601 »Projektantski nadzor (gradbeno obrtniška dela) 1%« vpišejo ceno na enoto, ki znaša 1% od gradbeno obrtniških del. Ker je vlagatelj napačno vpisal ceno za enoto »100 EUR«, vrednost postavke pa »1 EUR«, namesto pravilno ceno na enoto 275.317,90 EUR, kolikor znaša seštevka gradbenih in obrtniških del, od katerih bi vrednost postavke morala znašati 2.753,18 EUR. Posledično naročnik ponudbo šteje kot nedopustno. Naročnik še dodaja, da se vlagatelj več ne more sklicevati na nejasnost iz določil razpisne dokumentacije, saj na to temo naročnik do roka za oddajo vprašanj te-tega ni prejel.

Naročnik vlagateljevo ponudbo še vedno šteje kot nedopustno tudi, ker finančno zavarovanje za resnost ponudbe, ki ga je predložil, ne vsebuje vseh sestavin, zahtevanih v razpisni dokumentaciji. Po mnenju naročnika bi morala vlagateljeva garancija vsebovati tudi predložitev »Izjave Uprave RS za javna plačila, da so zahtevek za unovčenje podpisale osebe, ki so pooblaščenice za zastopanje«. Nadalje naročnik navaja, da je dejstvo, da v ponudbo do roka za oddajo ponudb ni bilo treba priložiti izjave Uprave RS za javna plačila, saj bi jo bilo potrebno priložiti ob morebitnem vnovčenju bančne garancije.

V obrazložitvi se naročnik opredeli do predračuna izbranega ponudnika. Navede, da je izbrani ponudnik pravilno izpolnil postavko 601, saj je naročnik določil cenovno omejitev, ki pa je izbrani ponudnik ni presegel, saj je v ponudbi zapisal nižji znesek za projektantski nadzor, kolikor znaša vrednost 1% seštevka gradbenih in obrtniških del iz njegove ponudbe .

Naročnik se opredeli še do pravovarstvenega predloga vlagatelja, pri čemer navede, da v postopku pravnega varstva ni dopustno zahtevati, da naročnik odloči o zahtevku za revizijo tako, da predmetno javno naročilo odda vlagatelju. Naročnik lahko odloči o zahtevku zgolj v mejah ZPVPJN in sicer, da zahtevku za revizijo ugoditi ali pa ga zavrne.

Naročnik je dne 18. 5. 2023 Državni revizijski komisiji odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila in predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je dne 23. 5. 2023 opredelil do naročnikove odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo. Vztraja pri vseh ugovorih, ki jih je podal že v zahtevku za revizijo z dne 11. 5. 2023 ter zahteva, da Državna revizijske komisije zahtevku za revizijo ugoditi ter razveljavi izpodbijano odločitev o oddaji naročila z dne 4. 5. 2023, vlagatelju pa se povrnejo stroški revizijskega postopka.

Naročnik je Državno revizijsko komisijo z dopisom dne 23. 5. 2023 pozval k prednostni obravnavi zadeve. Glede na to, da gre za projekt, ki se sofinancira z evropskimi sredstvi, Državna revizijska komisija v skladu z 37. a. členom ZPVPJN o zadevi odloča prednostno.

Državna revizijska komisija je po prejemu zahtevka za revizijo opravila predhodni preizkus v skladu z 31. členom ZPVPJN in ugotovila, da vlagatelj izpolnjuje vse pogoje iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN in zahtevek sprejela v obravnavo.

Po pregledu dokumentacije o javnem naročilu ter po preučitvi navedb vlagatelja, izbranega ponudnika in naročnika je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Med naročnikom in vlagateljem je spor glede tega, ali je vlagatelj izkazal tehnično sposobnost, predložil vsa pooblastila za preverjanje nekaznovanosti, pravilno izpolnil postavko 601 v ponudbenem predračunu in predložil finančno zavarovanje za resnost ponudbe v skladu z vzorcem bančne garancije iz razpisne dokumentacije. Med strankama je tudi sporno, ali je naročnik vlagateljevo ponudbo obravnaval na enak način kot ponudbo izbranega ponudnika.

I. Glede tehnične sposobnosti vlagatelja - referenca

Državna revizijska komisija je najprej obravnavala revizijski očitke vlagatelja, da naročnik neutemeljeno vlagatelju ni priznal tehnične sposobnosti, ker sam ni predložil nobene reference, s katero bi dokazal, da je v preteklosti uspešno opravil primerljiva dela. Vlagatelj je v ponudbi predložil tri referenčna potrdila podizvajalca, ki ustrezajo zahtevam naročnika. Ker pa je naročnik zahteval, da referenčna potrdila predloži tudi ponudnik in ne zgolj podizvajalec, in ker je iz

vlagateljeve ponudbe razvidno, da bo podizvajalec izvedel 58,40 % del, medtem ko bo vlagatelj sam izvedel preostala dela (torej 41,60 %), je naročnik ugotovil, da je ponudba vlagatelja nedopustna.

Dopustna ponudba je ponudba, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je prispela pravočasno, pri njej ni dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija, naročnik je ni ocenil za neobičajno nizko in cena ne presega zagotovljenih sredstev naročnika (29. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3).

Skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 sme naročnik javno naročilo oddati le ponudniku, čigar ponudba je dopustna. Naročnik namreč skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 (pregled in ocenjevanje ponudb ter način oddaje javnega naročila) odda javno naročilo na podlagi meril, potem ko preveri, da so izpolnjeni naslednji pogoji: a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, po potrebi ob upoštevanju variant iz 72. člena ZJN-3, in b) ponudbo je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3 in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

Naročnik lahko, v kolikor so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne, oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, v skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, zahtevati, da gospodarski subjekti v ustreznem roku predložijo manjkajoče dokumente ali dopolnijo, popravijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave ponudnikov in transparentnosti. Ista določba ZJN-3 med drugim določa tudi, da naročnik od gospodarskega subjekta zahteva dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam ter da se lahko predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj je pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, mogoče objektivno preveriti. Če gospodarski subjekt ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti. Očitne ali nebistvene napake naročnik lahko spregleda.

ZJN-3 v prvem odstavku 76. člena določa, da lahko naročnik v razpisni dokumentaciji določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo na:

- ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti;
- ekonomski in finančni položaj;
- tehnično in strokovno sposobnost.

Naročnik lahko v postopek javnega naročanja vključi le tiste zahteve, ki so potrebne za zagotovitev, da ima ponudnik ustrezne pravne in finančne zmogljivosti ter tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja. Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila (drugi odstavek 76. člena ZJN-3). Deseti odstavek 76. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila v skladu z ustreznim standardom kakovosti. Naročnik lahko zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil. Naročnik lahko domneva, da gospodarski subjekt nima zahtevanih strokovnih sposobnosti, če naročnik pri gospodarskem subjektu zasledi nasprotje interesov, ki bi lahko negativno vplivali na izvedbo javnega naročila.

ZJN-3 v 76. in 77. členu določa le izhodišča za oblikovanje pogojev za priznanje tehnične in strokovne oziroma kadrovske sposobnosti oziroma možna dokazila za njeno izkazovanje, naročnik pa je tisti, ki mora v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo, določiti vsebinske, vrednostne in časovne kriterije posameznih pogojev ter način izkazovanja.

Naročnik je v razpisni dokumentaciji v zvezi z oddajo predmetnega javnega naročila »Medgeneracijski center Beltinci« med pogoji za priznanje usposobljenosti v podglavju tehnične sposobnosti med drugim navedel, da mora ponudnik izkazati, da je v zadnjih petih letih pred rokom za oddajo ponudb uspešno izvedel vsaj tri primerljiva dela, pri čemer je morala biti pogodbeno vrednost posameznega referenčnega dela najmanj 200.000 EUR brez DDV. Kot dokazilo je naročnik predpisal izpolnjen obrazec Referenčna lista gospodarskega subjekta ter podpisan in žigosan obrazec Potrdilo o dobro opravljenem delu. Omenjeni pogoj so morali v skladu z razpisno dokumentacijo izpolnjevati tudi partnerji v skupni ponudbi in podizvajalci, naknadno pa je naročnik v tem delu z odgovorom na portalu javnih naročil z dne 25. 3. 2023 ob 13.58, upošteva drugi odstavek 67. člena ZJN-3 (ki določa, da se informacije, ki jih posreduje naročnik gospodarskim subjektom na portalu javnih naročil ali prek njega, štejejo za spremembo, dopolnitev ali pojasnilo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, če iz vsebine informacij izhaja, da se z njimi spreminja ali dopolnjuje ta dokumentacija ali če se s pojasnilom odpravlja dvoumnost navedbe v tej dokumentaciji), spremenil razpisno dokumentacijo, in sicer na način, da podizvajalcem ni bilo več potrebno, da samostojno izpolnijo ta pogoj.

Po vpogledu v ponudbo vlagatelja Državna revizijska komisija ugotavlja, da je oddal ponudbo skupaj s podizvajalcem GDO, gradnja, dom, okolje, d.o.o. Iz predložene Referenčne liste gospodarskega subjekta (Obrazec št. 6) izhaja, da vlagatelj ni predložil svojih (lastnih) referenc (torej del, ki jih je v preteklosti izvedel sam), podizvajalec pa je predložil tri svoje reference, in sicer gradbeno obrtniška dela na Osnovni šoli Janka Padežnika v višini 1.792.966,43 EUR brez DDV, prizidava in rekonstrukcija zdravstvenega doma Radgona v višini 824.514,87 EUR brez DDV in prenova kuhinje v vrtcu Otona Župančiča v višini 587.394,86 EUR brez DDV. Med vlagateljem in naročnikom ni spora o tem, da navedene reference podizvajalca po vsebini ne bi ustrezale zahtevam iz razpisne dokumentacije. Sporno je vprašanje, ali bi, glede na delež sodelovanja podizvajalca v predmetnem javnem naročilu in upošteva zahteve iz razpisne dokumentacije, moral reference izkazati tudi vlagatelj, ne samo podizvajalec.

Za presojo pravilnosti naročnikovega ravnanja v konkretnem primeru je potrebno ugotoviti, ali je vlagatelj s tem, ko se v ponudbi sklicuje izključno na reference podizvajalca, ki bo izvedel 58,40 % vseh del, medtem ko bi vlagatelj sam, kot glavni izvajalec, izvedel 41,60 % vseh del, izkazal zahtevano tehnično sposobnost in je posledično mogoče vlagateljevo ponudbo v tem delu šteti za dopustno.

Iz razpisne dokumentacije nesporno izhaja, da mora reference izkazati ponudnik, kar v konkretnem primeru pomeni vlagatelja. Čeprav lahko skladno z 81. členom ZJN-3 gospodarski subjekt glede pogojev v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivost drugih subjektov, gre poudariti, da je namen referenc ugotavljanje in dokazovanje tehnične sposobnosti oziroma siceršnje usposobljenosti ponudnika za izvedbo posla. Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-050/2018, 018-52/2022, 018-038/2023), da je referenca po svoji naravi dokazilo o tem, da je ponudnik sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj z njo dokazuje, da je v preteklosti istovrstna oziroma primerljiva dela že uspešno opravil. Na podlagi

dejstva, da je ponudnik (vsaj) enkrat že uspešno izvedel primerljivo naročilo, je mogoče sklepati, da ima ustrezno znanje, opremo in izkušnje, potrebne za izvedbo zadevnega javnega naročila.

V obravnavani zadevi je vlagatelj sicer izkazal, da je podizvajalec usposobljen za izvedbo posla, ta podizvajalec bo tudi izvedel del posla (58,40 % vseh del), za katerega je naročnik zahteval reference. Vendar pa gre na drugi strani ugotoviti, da bo del posla (41,60 % vseh del) izvedel tudi vlagatelj sam in da vlagatelj ni predložil v ponudbi nobene reference. Vlagatelj je torej s ponudbo predvidel, da bo sam izvedel 41,60 % vseh del, pri tem pa usposobljenosti za navedena dela z ničemer v ponudbi ni izkazal, kar v posledici pomeni ne le to, da ni izpolnil jasnih naročnikovih zahtev iz razpisne dokumentacije (ki so za ponudnike jasno zahtevale samostojno dokazovanje treh referenc – kajti naročnik je skupno dokazovanje referenc dopustil le za podizvajalce), ampak tudi ni izkazal, da je ta dela dejansko usposobljen in sposoben izvesti v zahtevanem obsegu in kvaliteti ter ima ustrezno znanje, opremo in izkušnje, kar pa je osnovni namen referenc in dokazovanja tehnične sposobnosti ponudnikov. Nedopustno v konkretnem primeru bi bilo, da bi naročnik vlagatelju priznal tehnično sposobnost zgolj s sklicevanjem na referenčne posle podizvajalca, saj bi slednji izvedel le del javnega naročila, naročnik pa ne bi imel nobenega jamstva za uspešno izvedbo preostalega (skoraj polovičnega) dela javnega naročila. Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da niso utemeljeni revizijski očitki vlagatelja, da je naročnik kršil pravila 81. člena ZJN-3, ker vlagatelju ni priznal tehnične sposobnosti zgolj na podlagi referenc podizvajalca, posledično pa naročniku ni mogoče očitati, da je v tem delu ponudbo vlagatelja napačno ocenil za nedopustno.

Zaradi zgoraj navedene ugotovljene nedopustnosti vlagateljeve ponudbe, pri čemer naročnik na odpravo nepravilnosti oziroma pomanjkljivosti njegove ponudbe v skladu s šestim odstavkom 89. člena ZJN-3 vlagatelja ni bil dolžan pozvati, Državna revizijska komisija ni obravnavala ostalih revizijskih očitkov vlagatelja, vezanih na druge razloge za zavrnitev njegove ponudbe kot nedopustne. Presoja teh očitkov namreč ne bi mogla več vplivati na drugačen zaključek naročnika o dopustnosti vlagateljeve ponudbe, saj za zaključek o nedopustnosti ponudbe in posledično za njeno zavrnitev zadostuje že en razlog oz. neskladnost z naročnikovimi zahtevami. Glede na navedeno so nepotrebni tudi vsi vlagateljevi dokazni predlogi, ki se nanašajo na dokazovanje dejstev v okviru predmetnih očitkov.

II. Glede načela enakopravne obravnave ponudnikov

Vlagatelj v zahtevku za revizijo med drugim tudi zatrjuje, da je naročnik neenakopravno obravnaval vlagatelja in izbranega ponudnika, saj je vlagateljevo ponudbo zavrnil iz razloga nepravilne izpolnitve postavke 601 ponudbenega predračuna, medtem ko je ponudbo izbranega ponudnika, ki postavke 601 ponudbenega predračuna prav tako ni izpolnil v skladu z naročnikovo interpretacijo (podano v izpodbijani odločitvi o oddaji naročila), označil za dopustno.

Po mnenju naročnika bi moral vlagatelj v tabelo v postavki 601 ponudbenega predračuna, ki se nanaša na projektantski nadzor, kot ceno na enoto vnesti seštevek zneskov gradbenih in obrtniških del, tabela pa je potem po formuli sama izračunala 1 % te vrednosti (kot vrednost postavke). Na podlagi vpogleda v ponudbo vlagatelja gre ugotoviti, da seštevek zneskov gradbenih in obrtniških del znaša 275.678,9 EUR, vlagatelj pa je v predračun v postavko 601 vpisal ceno na enoto 100 EUR, formula pa je izračunala vrednost postavke v višini 1 EUR (in ne 2.756,79 EUR, kolikor bi znašal 1 % od seštevka zneskov gradbeno in obrtniških del).

Na podlagi vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika pa gre ugotoviti, da je izbrani ponudnik v predračun v postavko 601 vpisal ceno na enoto 180.000 EUR, formula pa je izračunala vrednost postavke v višini 1.800 EUR (in ne 2.741,13 EUR kolikor bi znašal 1 % od seštevka zneskov gradbeno in obrtniških del, tj. 274.113,38 EUR).

Pritrditi gre navedbam vlagatelja in izbranega ponudnika, da naročnik ni podal podrobnejših navodil za izpolnitev postavke 601 ponudbenega predračuna, kakor je potrebno tudi pritrditi navedbi naročnika, da nihče od ponudnikov na portalu javnih naročil ni zastavil vprašanja glede tega, kako pravilno izpolniti ponudbeni predračun. Iz navedb vlagatelja in izbranega ponudnika, pa nenazadnje tudi navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo, izhaja, da je mogoče postavko 601 ponudbenega predračuna razumeti na več načinov. Prav tako iz excel tabele »POPIS_DEL_MC_BELTINCI«, ki je del razpisne dokumentacije in kamor so se vnesli zneski za posamezno postavko, pod postavko 601 – Projektantski nadzor (gradbeno-obrtniška dela) 1,0 %, celica za »cena na enoto« ni bila vnaprej pripravljena na način, da bi se v njej avtomatično seštel zneska gradbenih in obrtniških del, od katerega bi se v celico »vrednost« avtomatično izpisal (določil) znesek 1% vrednosti od »cene na enoto«.

Upošteva je navedeno je mogoče pritrditi tudi navedbam izbranega ponudnika in naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo, da 1,0 % predstavlja zgolj najvišjo zgornjo omejitev oz. da so lahko ponudniki kot vrednost te postavke ponudili maksimalno 1,0% od skupne vrednosti gradbenih in obrtniških del, lahko pa so vrednost te postavke določili tudi na manj. Na podlagi vpogleda v ponudbo vlagatelja in v ponudbo izbranega ponudnika gre ugotoviti, da sta oba ponudnika očitno na ta način razumela razpisno dokumentacijo, saj sta oba kot vrednost te postavke predvidela manj kot 1,0% od skupne vrednosti gradbenih in obrtniških del. Posledično pa iz razloga takšnega načina razumevanja zahtev iz razpisne dokumentacije in načina izpolnjenih ponudbenih predračunov niti ponudbe izbranega ponudnika niti ponudbe vlagatelja ni mogoče oceniti kot neskladne z naročnikovimi zahtevami.

Državna revizijska komisija na podlagi navedenega ugotavlja, da je naročnik ravnal nepravilno, ko je vlagateljevo ponudbo v izpostavljenem delu ponudbenega predračuna štel za nedopustno, medtem ko je ponudbo izbranega ponudnika ob enakem načinu izpolnjenega predračuna štel za dopustno, čeprav je obe ponudbi, upošteva je zahteve iz razpisne dokumentacije, treba šteti za dopustni.

Vendar pa ugotovljene kršitve ne morejo več vplivati na položaj vlagatelja v postopku oddaje predmetnega javnega naročila. Vlagatelj namreč kljub temu, da je naročnik v tem delu njegovo ponudbo neutemeljeno ugotovil za nedopustno, ni izkazal naročnikovih kršitev v prej izpostavljenem delu ponudbe (referenc), naročniku pa ni mogoče očitati, da je ponudbo izbranega dela v izpostavljenem delu neutemeljeno ugotovil za dopustno. Zato je Državna revizijska komisija na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevke za revizijo zavrnila kot neutemeljenega, saj je ugotovila, da ob upoštevanju navedb v zahtevku za revizijo naročnik ne bi sprejel drugačne odločitve.

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

Vlagatelj uveljavlja tudi povračilo stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, zato je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, njegovo zahtevo za povrnitev stroškov zavrnila.

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Samo Červek, univ. dipl. prav.,
predsednik Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročniku,
- vlagatelju,
- izbranemu ponudniku,
- Ministrstvu za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.