

Številka: 018-062/2022-15

Datum: 17. 8. 2022

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 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Marka Medveda, kot predsednika senata, ter Aleksandra Petrovčiča in dr. Mateje Škabar, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*SKLADIŠČENJE OSEBNE VAROVALNE OPREME*«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil ponudnik SALUS, Veletrgovina, družba za promet s farmacevtskimi, medicinskimi in drugimi proizvodi, d.o.o., Litostrojska cesta 46A, 1000 Ljubljana, ki ga zastopa ODVETNIŠKA PISARNA MUŽINA, ŽVIPELJ IN PARTNERJI d.o.o., Brdnikova ulica 44, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika MINISTRSTVO ZA OBRAMBO, Vojkova cesta 55, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 17. 8. 2022

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugodi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila MORS 284/2021 – ODP Skladiščenje osebne varovalne opreme*«, št. 430-327/2021-32 z dne 22. 4. 2022.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 7.190,23 EUR, v roku 15 dni po vročitvi tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku (z namenom sklenitve okvirnega sporazuma) je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 8. 2. 2022, pod št. objave JN000777/2022-B01, in v Uradnem listu EU dne 9. 2. 2022, pod št. objave 2022/S 028-071983.

Naročnik je dne 7. 4. 2022 na Portalu javnih naročil pod št. objave JN000777/2022-ODL01 objavil dokument *Odločitev o oddaji javnega naročila MORS 284/2021 – ODP Skladiščenje osebne*

varovalne opreme, št. 430-327/2021-21, s katerim je kot stranko okvirnega sporazuma izbral ponudnika CARGO-PARTNER, transport in logistika, d.o.o., Zgornji Brnik 390, 4210 Brnik – Aerodrom (v nadaljevanju: izbrani ponudnik).

Dne 15. 4. 2022 je naročnik na Portalu javnih naročil pod št. objave JN000777/2022-ODL01P01 objavil dokument *Odločitev o razveljavitvi Odločitve o oddaji javnega naročila MORS 284/2021 – ODP Skladiščenje osebne varovalne opreme*, št. 430-327/2021-29, s katerim je razveljavil Odločitev o oddaji javnega naročila, št. 430-327/2021-21 z dne 7. 4. 2022, ter odločil, da se postopek javnega naročila MORS 284/2021 – ODP vrne v fazo ponovnega pregleda in ocenjevanja ponudb.

Dne 25. 4. 2022 je naročnik na Portalu javnih naročil pod št. objave JN000777/2022-ODL02 objavil dokument *Odločitev o oddaji javnega naročila MORS 284/2021 – ODP Skladiščenje osebne varovalne opreme*, št. 430-327/2021-32 z dne 22. 4. 2022, s katerim je kot stranko okvirnega sporazuma ponovno izbral izbranega ponudnika (v nadaljevanju: odločitev o oddaji naročila).

Vlagatelj je dne 6. 5. 2022 pravočasno vložil *Zahtevek za revizijo*, v katerem predlaga, da naročnik oziroma Državna revizijska komisija zahtevku za revizijo ugotovi in odločitev o oddaji naročila razveljavi, zahteva pa tudi povračilo stroškov postopka (v nadaljevanju: zahtevek za revizijo). Vlagatelj navaja, da:

- Izbrani ponudnik glede pogoja za sodelovanje, skladno s katerim mora imeti ponudnik v lasti ali v najemu pokrito, zaprto in suho skladišče v velikosti vsaj 1000 m², ki zagotavlja varno in ustrezno hranjenje osebne varovalne opreme, uporablja zmogljivosti družbe A. d.o.o., pri čemer izbrani ponudnik omenjenega najemodajalca ni priglasil ne kot podizvajalca ne kot zmogljivost, ki jo uporablja. V kolikor ponudnik v ponudbi ne predstavi gospodarskega subjekta, katerega zmogljivost uporablja, ali subjekta, ki bo sodeloval pri izvedbi javnega naročila (npr. kot podizvajalec), je takšna ponudba nedopustna, tega statusa pa ni več mogoče popraviti. Dopustiti, da ponudnik podizvajalca ali »drug subjekt« nominira in predstavi šele naknadno, ko so ponudbe odprte in je ponudnik seznanjen z relevantnimi podatki iz konkurenčnih ponudb, predstavlja kršitev načela enakopravne obravnave in zagotavljanja poštene konkurence, saj bi bil tak ponudnik v prednosti pred ostalimi, ki so navedene subjekte v skladu z naročnikovimi navodili nominirali v sami ponudbi. Vlagatelj dodatno izpostavlja, da so bile nepremičnine, ki jih izbrani ponudnik navaja v Pogodbi o najemu (tj. nepremičnine parc. št. 1650/1 k.o. 2108 Velesovo, parc. št. 1643/8 k.o. 2108 Velesovo, parc. št. 1649/3 k.o. 2108 Velesovo) izbrisane in več ne obstajajo, namesto teh izbranih nepremičnin pa so vpisane druge nepremičnine, katerih lastnik je družba A. d.o.o. in torej ne izbrani ponudnik. Vlagatelj še navaja, da izbrani ponudnik niti ni izkazal izpolnjevanja zgoraj citiranega pogoja, saj je predložil zgolj stran 1 Pogodbe o najemu, ki izpolnjevanja omenjenega pogoja ne izkazuje, poleg tega na tej 1. strani Pogodbe o najemu ni niti podpisov pogodbenih strank.
- V izbrani ponudbi predložen ESPD ni ustrezen, saj v njem izbrani ponudnik ni navedel vseh oseb, ki so članice upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa tega gospodarskega subjekta ali ki imajo pooblastila za njegovo zastopanje ali odločanje ali nadzor v njem. Izbrani ponudnik namreč v svojem ESPD v delu II, kot svoje zastopnike omenja samo A. S., ne pa tudi drugih oseb, ki so pri izbranem ponudniku pooblaščenec za zastopanje, in sicer R. J., U. S., N. R., A. J., V. K., zaradi česar je izbrana ponudba nedopustna. Predložene zaprisežene izjave o nekaznovanosti so zgolj dokazila o nekaznovanju in ne morejo potrjevati popolne odsotnosti navedb iz ponudbe, saj teh navedb tam ni bilo. Na drugi strani izjave o nekaznovanosti predstavljajo zgolj dokazila o resničnosti predložene lastne izjave iz ESPD. V kolikor torej v ESPD ni lastne izjave ponudnika o »predstavnikih gospodarskega subjekta«, potem seveda niti ni potrebno, še manj pa mogoče dokazovati nekaznovanosti za osebe, ki

jih v ESPD ni. Dopolnitev ponudbe z novim obrazcem ESPD, v katerem bi ponudnik navedel druge osebe, kot tiste, ki jih je navedel v obrazcu, ki ga je oddal v svoji ponudbi, bi bila nedopustna, saj je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila jasno zahteval, da so vse take osebe navedene že v ponudbi. Vlagatelj dalje opozarja, da je izbrani ponudnik celo v nasprotju s svojo lastno navedbo iz ESPD, da izbranega ponudnika zastopa samo A. S., predložil pooblastilo za pridobitev potrdila iz kazenske evidence za A. S. in V. K., v nobenem primeru pa ni predložil pooblastil za pridobitev potrdil iz kazenske evidence tudi za osebe R. J., U. S., N. R. in A. J., čeprav so tudi slednji zastopniki izbranega ponudnika. Naročnik je šele po sprejemu *Odločitve o razveljavitvi Odločitve o oddaji javnega naročila MORS 284/2021 – ODP*, št. 430-327/2021-29 z dne 15.4. 2022, od izbranega ponudnika pridobil pooblastila za pridobitev potrdil iz kazenske evidence tudi za R. J., U. S., N. R. in A. J. z dne 20. 4. 2022, kar je v vsakem primeru po poteku roka za predložitev ponudb, in kar nedopustnost izbrane ponudbe samo potrjuje. Vlagatelj še izpostavlja, da so tudi pridobljena potrdila o nekaznovanosti za osebe R. J., U. S., N. R. in A. J. s strani Ministrstva za pravosodje datirana na datum 20. 4. 2022, kar pomeni, da je ta dokaz starejši od 4 mesecev, šteto od roka za oddajo ponudb (kar je bila izrecna zahteva naročnika, določena v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila).

- Iz registra AJPES izhaja, da ima izbrani ponudnik šest zastopnikov (direktorja in pet prokuristov), pri čemer imajo določeno skupno zastopstvo, v skladu s katerim direktor ali prokurist zastopa družbo skupaj z enim prokuristom ali direktorjem. Kot to izhaja iz več mest v izbrani ponudbi, je vse dokumente podpisovala samo ena oseba, zato ob dejstvu, da v skladu z 32. členom ZGD-1 družbo zastopajo osebe, ki so določene z zakonom ali aktom o ustanovitvi družbe na podlagi zakona (zakoniti zastopniki), predmetna ponudba nima pravnih učinkov v pravnem prometu. Takšne pomanjkljivosti ponudbe tudi ni mogoče odpravljati s popraviljem ali dopolnjevanjem ali s predložitvijo pravega obrazca, saj bi bil naročnik v nasprotnem primeru izpostavljen zlorabam, ko bi ponudnik lahko namenoma predložil neustrezno ponudbo ali zavarovanje za resnost ponudbe, pričakujoč, da bo napake lahko odpravil kasneje, če mu bo to glede na podatke, pridobljene na javnem odpiranju, sploh še v interesu. Vlagatelj opozarja, da je izbrani ponudnik sam zavestno sprejel odločitev, da ne odda veljavne ponudbe, zato naknadno, po poteku roka za predložitev ponudb ni več mogoče objektivno preveriti, da je poslovna odločitev, da ponudnik odda veljavno ponudbo, ki naj ima pravne učinke v pravnem prometu, obstajala že v trenutku poteka roka za oddajo ponudb, predložena ponudba pa je tudi iz tega razloga nedopustna.
- Naročnik je določil referenčne zahteve, ki pa jih izbrani ponudnik ne izpolnjuje. Izbrani ponudnik namreč ni izkazal, da je v zadnjih petih letih uspešno opravil najmanj tri (3) posle s področja izvajanja istovrstne storitve v količini skladiščenega blaga najmanj 400 palet in s tem ni izkazal, da je v preteklosti že izvedel tri istovrstne posle, kot je konkretni. Vlagatelj opozarja, da je bilo v Prilogi R1 pod opombami navedeno, da seštevanje različnih poslov ni dovoljeno. Izbrani ponudnik je predložil tri referenčna potrdila, pri tem pa očitno prezrl, da seštevanje različnih poslov ni dovoljeno, saj ima samo ena referenca (referenčnega naročnika Tosama d.o.o.) zahtevano »količino skladiščenega blaga najmanj 400 palet«.

Naročnik je dne 10. 5. 2022 sprejel *Sklep o zadržanju postopka JN MORS 284/2021 – ODP Skladiščenje osebne varovalne opreme*.

Izbrani ponudnik se je z vlogo z dne 17. 5. 2022 izjasnil o navedbah vlagatelja v zahtevku za revizijo. Navaja, da je v ponudbi predložil dokazilo o obstoju Pogodbe o najemu nepremičnin, sklenjene dne 24. 10. 2018 v notarski obliki med njim in družbo A. d.o.o. V kolikor bi naročnik ocenil, da se zdi navedena dokumentacija nepopolna, bi lahko na podlagi petega odstavka 89. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) zahteval predložitev manjkajočega dela dokumenta, saj bi se dopolnitev nanašala na takšen element ponudbe, katerega obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je

mogoče objektivno preveriti. Izbrani ponudnik dalje prereka obveznost prigrasitve dolgoročnega najemodajalca kot »drugega subjekta« v smislu 81. člena ZJN-3, saj najemodajalec ni neposredno povezan s predmetnim javnim naročilom in izbrani ponudnik ni stopil v pogodbeno razmerje z najemodajalcem zaradi izvedbe konkretnega javnega naročila. Pojasnjuje, da ima z družbo A. d.o.o. sklenjeno Pogodbo o najemu nepremičnin, in sicer je bila ta sklenjena že dne 24. 10. 2018. Poleg tega sta izbrani ponudnik ter družba A. d.o.o. povezani družbi, izbrani ponudnik pa je prevzel polno odgovornost pri upravljanju stavbe, kar odstopa od klasičnih najemnih razmerij poslovnih prostorov. Najemodajalec tudi ni seznanjen z vsakodnevnimi poslovnimi aktivnostmi izbranega ponudnika. Tako kot ZJN-3 zahteva prigrasitev izvajalcev storitev kot podizvajalcev le ob neposredni povezanosti z izvedbo javnega naročila, se smiselno enaka zahteva po neposredni povezanosti z izvedbo javnega naročila nanaša tudi na prigrasitev zmogljivosti drugih gospodarskih subjektov. Ker izbrani ponudnik ni stopil v pogodbeno razmerje z najemodajalcem zaradi izvedbe konkretnega javnega naročila, se določbi 81. člena ZJN-3 o uporabi zmogljivosti drugih subjektov ter drugi odstavek 79. člena ZJN-3 o ESPD v zvezi s subjekti, katerih zmogljivost uporablja ponudnik, ne nanašata na ta primer. Pa tudi sicer bi naročnik skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 še vedno lahko pozval izbranega ponudnika, da prigrasi zmogljivost drugega subjekta oz. zanj predloži ESPD obrazec po drugem odstavku 79. člena ZJN-3. S pozivom k predložitvi ESPD v zvezi z najemodajalcem, katerega posredna vključenost v izvedbo konkretnega javnega naročila je v celoti razvidna že iz izjave ponudnika v Prilogi 4 ter iz dokazila o najemu, naročnik v ničemer ne bi kršil načela enakopravne obravnave in zagotavljanja poštene konkurence. Izbrani ponudnik namreč najemodajalca ne bi nominiral šele naknadno, temveč bi naknadno predložil zgolj dokument s podatki o najemodajalcu, katerega vključenost v izvedbo konkretnega javnega naročila je s predložitvijo Priloge 4 ter dokazila o obstoju pogodbe o najemu že v celoti znana iz ponudnikove prijave. V nadaljevanju izbrani ponudnik prereka tudi ostale očitke vlagatelja, s katerimi slednji napada dopustnost ponudbe izbranega ponudnika.

Naročnik je dne 25. 5. 2022 sprejel *Odločitev o zahtevku za revizijo*, št. 430-216/2022-11, s katero je vlagatelj zahtevke za revizijo zavrnil, zavrnil pa je tudi njegovo zahtevo za povračilo stroškov (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo). Naročnik zavrača vlagateljev očitek, da bi moral izbrani ponudnik svojega najemodajalca prigrasiti kot podizvajalca oz. kot zmogljivost, ki jo uporablja. V zvezi z navedenim pojasnjuje, da je v fazi pregleda ponudb ugotovil, da je izbrani ponudnik najemnik skladišča, ki je obenem tudi glavna poslovna stavba ponudnika. Izbrani ponudnik je v skladu z zahtevami iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila predložil Izjavo o zadostnih tehničnih zmogljivostih (Priloga 4) in najemno pogodbo, na podlagi omenjenih dokumentov pa je naročnik zaključil, da je ponudnik ustrezno izkazal tehnično sposobnost, kot to določa i) točka osmega odstavka 77. člena ZJN-3. Naročnik dalje pritrjuje izbranemu ponudniku, da v obravnavanem primeru ne gre za uporabo zmogljivosti drugih subjektov, saj ima izbrani ponudnik sklenjeno dolgoročno najemno razmerje za najem poslovnih prostorov za celotno poslovanje družbe, kar pomeni, da najemodajalec ni neposredno povezan z javnim naročilom in izbrani ponudnik ni stopil v pogodbeno razmerje z najemodajalcem zaradi izvedbe tega javnega naročila, kot to opredeljuje 81. člen ZJN-3. Naročnik pojasnjuje, da je pred izvedbo javnega naročila v okviru raziskave trga informativno izvedel ogled skladiščnih kapacitet in skladiščnega poslovanja potencialnih ponudnikov, med njimi si je dne 18. 6. 2021 ogledal tudi prostore izbranega ponudnika. Ugotovil je, da ima izbrani ponudnik ustrezne kapacitete za izvedbo javnega naročila, zato v obstoj in verodostojnost pogodbe o najemu skladišča ni podvomil. V nadaljevanju naročnik kot neutemeljene zavrača tudi ostale revizijske navedbe, s katerimi vlagatelj napada dopustnost ponudbe izbranega ponudnika.

Vlagatelj se je do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo pravočasno opredelil v vlogi *Opredelitev do navedb naročnika* z dne 30. 5. 2022, iz katere izhaja, da vztraja pri navedbah iz zahtevka za revizijo. Poudarja, da je Državna revizijska komisija že nekajkrat odločila, da ni

mogoče slediti stališču, ki ga v konkretnem primeru zagovarjata naročnik in izbrani ponudnik, da v primeru, ko ima ponudnik z nekim subjektom sklenjeno splošno in dolgoročno pogodbo in ko ta subjekt ni angažiran zgolj za izvedbo posamičnega javnega naročila, le-tega ne gre obravnavati kot podizvajalca oz. kot subjekt iz 81. člena ZJN-3 oz. smiselno, da takega subjekta ponudnik v ponudbi ni dolžan prigrasiti. Ne glede na to, ali bi moral izbrani ponudnik glede na predmet javnega naročila družbo A. d.o.o. imenovati kot podizvajalca ali kot svojo zmogljivost, ostaja dejstvo, da ta subjekt v izbrani ponudbi nesporno ni bil predstavljen na nobenega od teh načinov, izbrana ponudba pa zato ni dopustna. Tega dejstva ne spremenijo izvajanja izbranega ponudnika, da ima slednji v prostorih svojega najemodajalca registriran sedež in poslovni naslov itd., saj navedeno ne spreminja statusa najemodajalca, ZJN-3 pa od pravil, določenih v 81. členu ZJN-3, v tem smislu ne pozna nobenih izjem.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 30. 5. 2021, skladno s prvim odstavkom 29. člena ZPVPJN, odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Državna revizijska komisija je dne 21. 6. 2022 vlagatelju v seznanitev posredovala izjasnitev izbranega ponudnika z dne 17. 5. 2022.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 24. 6. 2022 opredelil do navedb izbranega ponudnika v vlogi z dne 17. 5. 2022.

Državna revizijska komisija je dne 29. 6. 2022, skladno s prvim odstavkom 29. člena ZPVPJN, naročnika pozvala k predložitvi manjkajoče dokumentacije.

Naročnik je manjkajočo dokumentacijo Državni revizijski komisiji posredoval dne 1. 7. 2022.

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo preverila, ali je bil zahtevek za revizijo vložen pravočasno in pri naročniku; ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN; ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN; ali obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je dopusten. Ker je ugotovila, da so izpolnjeni vsi pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, je zahtevek za revizijo na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN sprejela v obravnavo.

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

Med strankama revizijskega postopka je sporno, ali je naročnik ravnal v skladu z ZJN-3 in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je kot stranko okvirnega sporazuma izbral izbranega ponudnika, čigar ponudba se je glede na merili uvrstila na prvo mesto.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo najprej zatrjuje, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna, ker izbrani ponudnik glede pogoja za sodelovanje, skladno s katerim mora imeti ponudnik v lasti ali v najemu pokrito, zaprto in suho skladišče v velikosti vsaj 1000 m², ki zagotavlja varno in ustrezno hranjenje osebne varovalne opreme, uporablja zmogljivosti družbe A. d.o.o., pri čemer pa omenjenega najemodajalca ni prigrasil ne kot podizvajalca ne kot zmogljivost, ki jo uporablja.

V obravnavani zadevi je predmet javnega naročila skladiščenje osebne varovalne opreme za obdobje štirih let za potrebe EU – Projekt rescEU, pri čemer je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, v poglavju III. Navodila o načinu dokazovanja ponudnikove sposobnosti za izvedbo javnega naročila, v točki 4.1 (med drugim) določil: »*ponudnik mora imeti*

v Sloveniji v lasti ali najemu pokrito, zaprto in suho skladišče v velikosti vsaj 1000 m², ki zagotavlja varno in ustrezno hranjenje osebne varovalne opreme, opredeljene v razpisni dokumentaciji. DOKAZILO: ponudnik mora predložiti dokazilo o lastništvu/najemu, velikosti in zagotovitvi varnega in ustreznega hranjenja vseh vrst osebne varovalne opreme, opredeljene v razpisni dokumentaciji».

Po vpogledu v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izbrani ponudnik v obrazcu ESPD označil, da v postopku oddaje javnega naročila ne sodeluje z drugimi subjekti, da ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov in da ne namerava dela javnega naročila oddati v podizvajanje tretjim osebam, hkrati pa je v ponudbi predložil kopijo prve strani Pogodbe o najemu nepremičnin, sklenjene med njim in družbo A. d.o.o.

Med strankama je nesporno, da je izbrani ponudnik omenjeno prvo stran pogodbe v ponudbi predložil z namenom dokazovanja zgoraj citiranega pogoja za sodelovanje, ki se nanaša na tehnično in strokovno sposobnost, sporno pa je, ali je bil izbrani ponudnik dolžan družbo A. d.o.o. prigrasiti v svoji ponudbi in zanjo predložiti zahtevana dokazila. Tako izbrani ponudnik kot naročnik namreč zatrjujeta, da v obravnavanem primeru ne gre za uporabo zmogljivosti drugih subjektov, saj ima izbrani ponudnik sklenjeno dolgoročno najemno razmerje za najem poslovnih prostorov za celotno poslovanje družbe, kar pomeni, da najemodajalec ni neposredno povezan z javnim naročilom in izbrani ponudnik ni stopil v pogodbeno razmerje z najemodajalcem zaradi izvedbe tega javnega naročila, kot to opredeljuje 81. člen ZJN-3.

Po vpogledu v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v poglavju III. Navodila o načinu dokazovanja ponudnikove sposobnosti za izvedbo javnega naročila, med drugim zapisal:

»Ponudnik mora izpolnjevati vse pogoje, ki so navedeni v predmetni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Za dokazovanje izpolnjevanja pogojev mora ponudnik priložiti dokazila, ki so navedena pri vsakem od zahtevanih pogojev. Obrazci izjav ponudnika so del razpisne dokumentacije. Izjave ponudnika morajo biti predložene v ponudbi. Dokumenti morajo odražati zadnje stanje ponudnika. Naročnik bo pozval ponudnika, da že predloženo ponudbo dopolnjuje, popravlja, spreminja in pojasnjuje pod pogoji, ki jih določa peti in šesti odstavek 89. člena.

Naročnik namesto potrdil, ki jih izdajajo javni organi ali tretje osebe, sprejme kot predhodni dokaz obrazec ESPD v zvezi s 1. in 4. točko III. poglavja te dokumentacije. Če ponudnik uporablja zmogljivosti drugih subjektov, mora ESPD vsebovati zahtevane informacije tudi v zvezi s subjekti, katerih zmogljivosti uporablja ponudnik. Izpolnjen in podpisan ESPD mora biti v ponudbi priložen za vse gospodarske subjekte, ki v kakršni koli vlogi sodelujejo v ponudbi (ponudnik, sodelujoči ponudniki v primeru skupne ponudbe, podizvajalci in gospodarski subjekti na katerih kapacitete se sklicuje). ESPD je del ponudbe.

Ponudnik lahko izpolnjuje pogoje v zvezi z tehnično ali strokovno sposobnostjo, s podizvajalci ali tako, da uporabi zmogljivosti drugih subjektov, pod pogojem, da bo podizvajalec oz. gospodarski subjekt izvedel posel v delu, v katerem bo ponudnik uporabil njegove zmogljivosti in bodo le-te izkoriščene oz. uporabljene pri izvedbi naročila.

V tem primeru mora podizvajalec oz. gospodarski subjekt, katerega zmogljivosti bo ponudnik uporabil, enako kot ponudnik izpolnjevati zahteve glede osnovne sposobnosti, navedene v točkah 1.1 do 1.5.

Podizvajalec mora izpolnjevati zahteve glede tehnične sposobnosti iz točke 4. le, v kolikor bo v ponudbi nastopal kot podizvajalec za del, na katerega se določena tehnična ali druga zahteva nanaša.

V primeru, da podizvajalec ne izpolnjuje vseh navedenih zahtev, bo moral ponudnik v roku, ki ga bo določil naročnik, zagotoviti zamenjavo podizvajalca ali zagotoviti, da bo del naročila, ki bi ga sicer izvedel podizvajalec, izvedel ponudnik sam.»

Iz predstavljenih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno izhaja, da ponudnik lahko izpolnjuje pogoje v zvezi z tehnično ali strokovno sposobnostjo s podizvajalci ali tako, da uporabi zmogljivosti drugih subjektov ter da mora ponudbi priložiti izpolnjen in podpisan ESPD za vse gospodarske subjekte, ki v kakršni koli vlogi sodelujejo v ponudbi (ponudnik, sodelujoči ponudniki v primeru skupne ponudbe, podizvajalci in gospodarski subjekti na katerih kapacitete se sklicuje).

Prvi odstavek 81. člena ZJN-3 določa, da lahko ponudnik 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 lahko ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi ponudnik uporabiti zmogljivosti drugih subjektov, mora naročniku dokazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil teh subjektov v ta namen. V skladu z drugim odstavkom 81. člena ZJN-3 naročnik v skladu s 77., 79. in 80. členom ZJN-3 preveri, ali subjekti, katerih zmogljivosti namerava uporabiti ponudnik, izpolnjujejo ustrezne pogoje za sodelovanje in ali zanje obstajajo razlogi za izključitev. Naročnik mora od ponudnika zahtevati zamenjavo subjekta, ki ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali v zvezi s katerim obstajajo obvezni razlogi za izključitev, zamenjavo subjekta pa lahko zahteva tudi, če v zvezi z njim obstajajo neobvezni razlogi za izključitev. V skladu s tretjim odstavkom 81. člena ZJN-3 lahko naročnik v primeru, če ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem, zahteva, da so ponudnik in navedeni subjekti skupaj odgovorni za izvedbo javnega naročila, v skladu s četrtem odstavkom 81. člena ZJN-3 pa lahko naročnik v zvezi z javnim naročilom gradenj, storitev in blaga, ki vključuje namestitvena ali inštalacijska dela, zahteva, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam, če pa ponudbo predloži skupina gospodarskih subjektov, pa sodelujoči v tej skupini.

Iz citiranih določil 81. člena ZJN-3 je razvidno, da imajo ponudniki (kandidati) načeloma vedno, kadar je to primerno, možnost, da se pri izpolnjevanju pogojev sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov. Združevanje kapacitet več gospodarskih subjektov zaradi zadostitve minimalnim zahtevam glede sposobnosti, ki jih določi naročnik, je dopustno, če ponudnik (kandidat) naročniku dokaže, da bo ob izvedbi naročila dejansko razpolagal s sredstvi drugih subjektov, na katere se sklicuje. Takšna možnost skupnega nastopa vpliva na povečanje konkurenčnosti na trgu javnih naročil ter spodbuja vključevanje malih in srednje velikih podjetij, kar je eden od temeljnih ciljev javnega naročanja. Možnost sklicevanja na zmogljivosti drugih gospodarskih subjektov mora biti zato praviloma vedno podana, čeprav ni absolutna, saj je omejena na položaje, v katerih je uporaba tujih zmogljivosti primerna glede na konkretni predmet naročila, pri čemer ima naročnik v določenih izjemnih primerih tudi možnost zahtevati, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam. Poleg tega je možnost uporabe zmogljivosti drugih subjektov povezana tudi z določenimi formalnimi zahtevami. Ponudnik (kandidat) mora namreč dokazati, da ima zmogljivosti drugega dejansko na razpolago, v ponudbi (prijavi) ga mora ustrezno predstaviti in izkazati izpolnjevanje določenih pogojev oziroma zahtev, povezanih z izključitvenimi razlogi. Poleg tega mora drugi subjekt v primeru, če se ponudnik (kandidat) nanj sklicuje zaradi izpolnjevanja pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami, v ponudbi (prijavi) praviloma nastopati kot podizvajalec, naročnik pa lahko v primeru, če ponudnik (kandidat) uporablja zmogljivosti drugih subjektov glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem, zahteva solidarno odgovornost za izvedbo naročila.

Določba 81. člena ZJN-3 daje torej ponudniku (kandidatu) možnost, da pri izpolnjevanju pogojev za priznanje usposobljenosti uporabi zmogljivosti drugega subjekta, in mu nalaga dolžnost, da v tem primeru v ponudbi (prijavi) predloži dokazilo, da bo imel te zmogljivosti dejansko na voljo, ter dokumentacijo, na podlagi katere ima naročnik možnost preveriti, ali tudi drugi subjekti izpolnjujejo ustrezne pogoje za sodelovanje oziroma ali za njih obstajajo izključitveni razlogi. Dolžnost predložitve dokumentacije na eni strani in dolžnost preverjanja izpolnjevanja pogojev in obstoja izključitvenih razlogov na drugi strani velja ne glede na to, ali drugi subjekt kot podizvajalec sam izvede del posla, za katerega izkazuje zmogljivosti, ali pa ponudniku (kandidatu) le posodi svoje zmogljivosti.

Gospodarski subjekt torej lahko za izkazovanje (nekaterih) pogojev za sodelovanje uporabi zmogljivosti drugih subjektov, pri čemer pa ni nujno, da ti drugi subjekti tudi sodelujejo pri izvedbi javnega naročila. V tem primeru drugi subjekti zgolj s svojimi zmogljivostmi »omogočijo« gospodarskemu subjektu, da izvede javno naročilo. Drugi subjekti, katerih zmogljivost uporablja gospodarski subjekt za izkazovanje pogojev za sodelovanje, pa lahko oziroma v določenih primerih morajo tudi dejansko sodelovati pri izvajanju naročila. V tem primeru ti subjekti niso le subjekti, katerih zmogljivost uporablja gospodarski subjekt za izkazovanje pogojev za sodelovanje, pač pa so tudi bodisi eden izmed skupnih ponudnikov bodisi podizvajalci. V primeru najema prostora (konkretno: skladišča) se torej ponudnik lahko odloči, da bo ta drugi subjekt neposredno sodeloval pri izvedbi javnega naročila in s tem pridobil status podizvajalca oziroma partnerja. Ne glede na to pa gre pri najemu skladišča, ki je zahtevan za izvedbo javnega naročila, (vsaj) za uporabo zmogljivosti drugega subjekta.

Naročnik zagovarja stališče, da v primeru, ko ima ponudnik z nekim subjektom sklenjeno dolgoročno najemno pogodbo oziroma ko ta ni sklenjena zgolj zaradi izvedbe posameznega javnega naročila, navedenega ne gre šteti kot uporabo zmogljivosti drugih subjektov po 81. členu ZJN-3. S tem stališčem se ni mogoče strinjati. Zgolj dejstvo, da je bila najemna pogodba sklenjena že pred objavo postopka oddaje javnega naročila, še ne pomeni, da najemodajalca ni mogoče šteti kot »drugega subjekta« v smislu 81. člena ZJN-3. Bistveno je namreč, da izbrani ponudnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila pogoja za sodelovanje v zvezi s tehnično sposobnostjo ne izpolnjuje sam oziroma za izpolnitev tega pogoja uporablja zmogljivost svojega najemodajalca, ta okoliščina pa mu narekuje, da mora navedeni subjekt v ponudbi priglasiti skladno z 81. členom ZJN-3.

Glede na navedeno gre tako ugotoviti, da izbrani ponudnik v ponudbi ni predstavil subjekta, ki mu bo »omogočil«, da izvede javno naročilo, oziroma bo morda celo sodeloval pri izvedbi predmeta javnega naročila (torej družbe A. d.o.o.), in zanj ni predložil zahtevanih dokazil, kot je to v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil naročnik. Posledično pa naročnik ni ravnal skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 in z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, saj ni preveril, ali družba A. d.o.o. izpolnjuje pogoje za ugotavljanje sposobnosti. Iz navedenega tako izhaja, da naročnik ni imel podlage za zaključek, da je izbrani ponudnik predložil ponudbo, ki je skladna z zahtevami v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, in posledično tudi ne za zaključek, da je ponudba izbranega ponudnika dopustna.

Na tem mestu Državna revizijska komisija še dodaja, da bi predstavitev, v kakšnem svojstvu bo družba A. d.o.o. nastopala v ponudbi (torej, ali zgolj kot »drugi subjekt« ali morda celo kot podizvajalec ali partner), po poteku roka za predložitev ponudb, presegala okvir določbe petega odstavka 89. člena ZJN-3, saj bi se nanašala na elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb, ni mogoče objektivno preveriti. Z imenovanjem subjekta kot partnerja, podizvajalca ali zgolj kot »drugega subjekta« namreč ponudnik predstavi svojo poslovno odločitev oz. voljo, v kakšnem svojstvu bo ta subjekt nastopal v ponudbi, takšna

poslovna odločitev pa (v kolikor ni navzven razpoznavna) ne predstavlja objektivnega dejstva ali podatka, katerega obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb, bi bilo mogoče naknadno preveriti. Ni mogoče namreč naknadno objektivno preveriti, da je poslovna odločitev, ki jo ponudnik predstavi šele po poteku roka za oddajo ponudb, obstajala že v trenutku poteka roka za oddajo ponudb.

Glede na vse navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da je naročnik s tem, ko je ponudbo izbranega ponudnika ocenil kot dopustno in je slednjega izbral kot stranko okvirnega sporazuma, kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3. V posledici navedenega je zato Državna revizijska komisija, na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevo za revizijo ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev o oddaji naročila, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila MORS 284/2021 – ODP Skladiščenje osebne varovalne opreme*«, št. 430-327/2021-32 z dne 22. 4. 2022.

Ker je Državna revizijska komisija že na podlagi navedenega ugotovila, da je vlagatelj uspel izkazati naročnikovo kršitev v postopku oddaje javnega naročila (tj. nezakonita izbira stranke okvirnega sporazuma) in je ugodila vlagateljevemu pravovarstvenemu predlogu (razveljavitev izpodbijane odločitve), preostalih vlagateljevih navedb ni obravnavala, saj so bile te usmerjene v zatrjevanje iste kršitve, posledično pa njihova obravnava ne bi mogla v ničemer vplivati na drugačno odločitev Državne revizijske komisije.

Skladno z določili tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika napotuje, naj v primeru, če bo nadaljeval z obravnavanim postopkom javnega naročanja, dopustnost ponudb presoja skladno z določbami ZJN-3, ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa, in v skladu z zahtevami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki si jih je sam določil.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo, v vlogi z dne 30. 5. 2022, s katero se je opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo, ter v vlogi z dne 24. 6. 2022, s katero se je opredelil do navedb izbranega ponudnika, uveljavljal povračilo stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva.

Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku, vključno s takso (relevantni del prve povedi tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN).

Ker je Državna revizijska komisija vlagateljevemu zahtevku za revizijo ugodila, je vlagatelju, skladno s 70. členom ZPVPJN ter skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem., v nadaljevanju: OT), priznala naslednje potrebne in opredeljene navedene stroške:

- strošek plačane takse za zahtevek za revizijo v višini 6.000 EUR;
- strošek odvetniške storitve za zahtevek za revizijo v višini 1.171,20 EUR (1.600 točk), ki ga je Državna revizijska komisija izračunala ob upoštevanju ocenjene vrednosti javnega naročila, kot izhaja iz spisovne dokumentacije, 1. točke tarifne številke 40 OT, vrednosti točke in 22% DDV,
- materialne stroške v višini 19,03 EUR (26 točk), ki jih je Državna revizijska komisija izračunala ob upoštevanju tretjega odstavka 11. člena OT, ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroškov odvetniških storitev za sestavo vlog z dne 30. 5. 2022 in 24. 6. 2022 (ter s tem povezanih izdatkov po 11. členu OT), saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe vlagatelja v omenjenih vlogah niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 7.190,23 EUR, ki jih mora naročnik vlagatelju povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

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

Pravni pouk:

Zoper to odločitev je dovoljen upravni spor. Tožba se vložijo neposredno pisno pri Upravnem sodišču Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana, ali pa se mu pošlje po pošti. Rok za vložitev tožbe je 30 dni od vročitve odločitve Državne revizijske komisije.

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

Vročiti (eRevizija):

- naročnik,
- vlagatelj – po pooblaščenju,
- izbrani ponudnik,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu