

Številka: 018-088/2023-5

Datum: 12. 9. 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, s spremembami; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Aleksandra Petrovčiča, kot predsednika senata ter mag. Zlate Jerman in Marka Medveda, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »Izdelava treh izobraževalnih videov in učnih pripomočkov za ozaveščanje o izgubah hrane in odpadne hrane ter dvig prehranske pismenosti«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Fixmedia, Zavod za razvoj filmske ustvarjalnosti Ljubljana, Suhadolčanova ulica 65, Ljubljana - Črnuče (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, Dunajska cesta 22, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 12. 9. 2023

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji naročila*« z dne 29. 6. 2023.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 797,88 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o naročilu, ki ga oddaja po postopku naročila male vrednosti, na Portalu javnih naročil objavil dne 10. 5. 2023, pod številko objave JN002751/2023-W01.

Dne 30. 6. 2023 je naročnik na Portalu javnih naročil objavil dokument »*Odločitev o oddaji naročila*« z dne 29. 6. 2023, s katerim je javno naročilo oddal ponudniku Društvo za okoljsko vzgojo Evrope v Sloveniji - Associazione per l'Educazione Ambientale d'Europa in Slovenia Lucija, Cesta solinarjev 4, Portorož - Portorose (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), ponudbo vlagatelja pa zavrnil, ker ponudnik ali navedeni podizvajalci niso registrirani za izvajanje dejavnosti osnovnošolskega izobraževanja (SKD 85.200).

Zoper odločitev o oddaji naročila je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo z dne 5. 7. 2023, v katerem predlaga, da se zahtevku za revizijo ugotovi in izpodbijana odločitev razveljavi; zahteva tudi povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik ni ravnal skladno s prvim odstavkom 89. člena in 90. členom Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015, s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), ko je njegovo ponudbo zavrnil kot nedopustno. Vlagatelj po uvodnem povzemanju zahteve naročnika glede registracije ponudnika za opravljanje (med drugim) dejavnosti 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje navaja, da to zahtevo izpolnjuje s podizvajalcem Založba Rokus Klett, d.o.o., Ljubljana. Le-ta ima v 7. členu Akta o ustanovitvi družbe Rokus Klett d.o.o. med dejavnostmi družbe navedeno dejavnost 80.102 – Osnovno šolsko splošno izobraževanje, ki je klasificirana skladno z Uredbo o uvedbi in uporabi standardne klasifikacije dejavnosti (Uradni list RS, št. 2/2002, s sprem.; v nadaljevanju: Uredba 2002 oz. SKD 2002). Šifra dejavnosti 80.102 - Osnovno šolsko splošno izobraževanje se po SKD 2002 nanaša na isto dejavnost kot šifra 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje po kasnejši Uredbi o standardni klasifikaciji dejavnosti (Uradni list RS; št. 69/2007 s sprem.; v nadaljevanju: Uredba 2007 oz. SKD 2008), ki se je začela uporabljati 1. 1. 2008. Zatrjuje, da navedeno pomeni, da je vlagatelj oz. njegov podizvajalec ustrezno registriran za dejavnost, ki jo zahteva naročnik, naročnikova ugotovitev o neizpolnjevanju zahteve pa je zmotna.

Vlagatelj pojasnjuje, da primerjava vsebine dejavnosti pokaže, da dejavnost 80.102 po SKD 2002 zajema podoben vsebinski obseg dejavnosti kot dejavnost 85.200 po SKD 2008, iz pretvornika šifer med SKD 2002 in 2008 pa je razvidno, da gre v konkretnem primeru za isto dejavnost z različnim nazivom oz. šifro po SKD 2002 oz. po SKD 2008.

Vlagatelj še dodaja, da obveznost uskladiti dejavnosti za podizvajalca še ni nastopila, saj svojega akta o ustanovitvi od uveljavitve Uredbe 2007 dalje še ni spreminjal. Kot ustrezna se mora zato upoštevati šifra za dejavnost osnovnošolskega izobraževanja po SKD 2002 (s tem v zvezi se vlagatelj sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-061/2009).

Izbrani ponudnik je v vlogi z dne 10. 7. 2023 navedel, da je sam oddal »popolno« ponudbo, do navedb vlagatelja iz zahtevka za revizijo pa se ni opredelil.

Naročnik je s sklepom z dne 24. 7. 2023 zahtevek za revizijo zavrnil (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo).

Tudi naročnik uvodoma najprej povzema zahtevo glede registracije ponudnika za opravljanje (med drugim) dejavnosti 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje in zatrjuje, da je bila navedena zahteva nedvoumna. Pojasnjuje, da šifra dejavnosti 85.200 po SKD 2008 zajema dejavnosti in storitve, za katere so predpisani vstopni in/ali drugi pogoji za začetek in opravljanje dejavnosti.

Naročnik dalje pojasnjuje, da lahko skladno s 34. členom Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja (Uradni list RS, št. 16/07 – UPB s sprem.; v nadaljevanju: ZOFVI) šole, ki izvajajo javno veljavne izobraževalne programe, in vrtci, ki izvajajo programe za predšolske otroke, začnejo opravljati dejavnost vzgoje in izobraževanja po vpisu v razvid, ki ga vodi ministrstvo, pristojno za predšolsko vzgojo oz. šolstvo, pri čemer se vrtec oz. šola vpiše v razvid, če je zagotovljeno izpolnjevanje pogojev, predpisanih za prostor in opremo, ima javno veljavni program in je priložena izjava, da bo do pričetka izvajanja dejavnosti izpolnjen tudi pogoj, ki se nanaša na zagotovljenost strokovnih delavcev s predpisano izobrazbo. Naročnik izpostavlja, da podizvajalec vlagatelja, za razliko od podizvajalca izbranega ponudnika, v navedeni razvid ni vpisan (za mesec julij 2023) in tako ne izpolnjuje vstopnih pogojev za začetek opravljanja dejavnosti.

Naročnik še pojasnjuje, da je na Portalu javnih naročil na vprašanje zainteresiranega ponudnika dne 17. 5. 2023 pojasnil, da se za »osnovnošolsko izobraževanje« skladno z zakonom lahko registrirajo samo ustanove, ki izvajajo osnovnošolsko izobraževanje, to so javne in zasebne šole.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 28. 7. 2023 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila.

Vlagatelj se do navedb naročnika iz odločitve o zahtevku za revizijo ni opredelil.

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.

Vlagateljeve revizijske navedbe o nepravilnem ravnanju naročnika pri oceni njegove ponudbe je potrebno presojati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, skladno s katero je dopustna 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.

V skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 naročnik 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 je v podpoglavju *Ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti* v poglavju *III. Pogoji za ugotovitev sposobnosti* v dokumentu *Ponudbena dokumentacija, merila in pogoji za ugotavljanje sposobnosti* ter v poglavju *II. Ustreznost opravljanje poklicne dejavnosti – Vpis izvajalca v poslovni register* v dokumentu *Projektna naloga*, ki je del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, določil,

- da mora biti gospodarski subjekt, ki v ponudbi nastopa kot ponudnik ali podizvajalec, vpisan v poslovni register, ki se vodi v državi članici, v kateri ima gospodarski subjekt sedež;
- da mora biti ponudnik sam oz. v kombinaciji z drugimi gospodarskimi subjekti registriran za opravljanje (med drugim) dejavnosti 85.200 - Osnovnošolsko izobraževanje.

V zvezi z zahtevo glede registracije dejavnosti 85.200 - Osnovnošolsko izobraževanje je naročnik na Portalu javnih naročil prejel vprašanje zainteresiranega ponudnika, na katerega je dne 17. 5. 2023 ob 15.10 odgovoril:

»Za dejavnost "osnovnošolsko izobraževanje" se skladno z zakonom lahko registrirajo samo ustanove, ki izvajajo osnovnošolsko izobraževanje, tj. šole in zasebne šole. Hkrati pa želite kreativno zasnovano (agencijsko delo) in produkcijo?«

»DA.«

in

»Je torej napaka, da je poleg tudi "osnovnošolsko izobraževanje" kot kategorija v katero mora biti subjekt registriran? Kot rečeno, se namreč v tej kategoriji nahajajo predvsem osnovne šole.«,

»NE. Ker gre za učne pripomočke za osnovne šole, je udeležba vsaj enega gospodarskega subjekta z zahtevano dejavnostjo (kot izvajalec, podizvajalec ali partner) znotraj skupine smiselna in potrebna.

Kot rečeno, se namreč v tej kategoriji nahajajo predvsem osnovne šole.«.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da Zakon o poslovnem registru Slovenije (Uradni list RS, št. 49/06 s sprem.; v nadaljevanju: ZPRS-1) v prvem odstavku 10. člena določa, da poslovni subjekt prijavi za vpis v poslovni register predložijo podatke, zahtevane v prvem odstavku 8. člena ZPRS-1, med drugim *»glavno dejavnost po uredbi, ki določa standardno klasifikacijo dejavnosti«* in *»druge dejavnosti poleg glavne dejavnosti, določene v aktu o ustanovitvi subjekta, ki jih subjekt dejansko opravlja in pomenijo pomemben del njegovega poslovanja«*.

Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09-UPB s sprem.) v šestem odstavku 6. člena določa, da lahko družba začne opravljati dejavnost, ko je vpisana v register. V sedmem odstavku istega člena določa, da če drug zakon za začetek opravljanje neke dejavnosti, poleg pogoja iz prejšnjega odstavka določa še posebne pogoje za opravljanje te dejavnosti, lahko družba začne opravljati to dejavnost, ko izpolni te posebne pogoje, določene z drugim zakonom. Če drug zakon določa, da sme družba začeti opravljati dejavnosti, ko pristojni državni organ ali organizacija z javnimi pooblastili izda odločbo, s katero ugotovi, da družba izpolnjuje pogoje za opravljanje te dejavnosti, lahko družba začne opravljati to dejavnost, ko pristojni organ izda tako odločbo.

Uredba 2007 v 3. členu določa, da se Standardna klasifikacija dejavnosti (v nadaljevanju: SKD) uporablja za določanje dejavnosti in za razvrščanje poslovnih subjektov in njihovih delov za potrebe različnih uradnih in drugih administrativnih podatkovnih zbirk ter za potrebe statistike in analitike v državi in na mednarodni ravni. Ena od dejavnosti, ki jih Uredba 2007 določa v Prilogi, je tudi dejavnost 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje. Kot izpostavlja tudi naročnik, gre za šifro SKD, ki zajema dejavnosti in storitve, za katere so predpisani vstopni pogoji in / ali drugi pogoji za začetek in opravljanje dejavnosti (ZOFVI jih določa v VIII. Poglavju - vpis razvid).

Iz predhodno opisanih pravnih podlag je razvidno, da registracije dejavnosti, ki jo izvede družba, ne gre enačiti z izpolnjevanjem posebnih pogojev za začetek in opravljanje te (registrirane) dejavnosti oz. da gre za dve različni zahtevi. Družba lahko registrira dejavnost, ne glede na to, ali so za njen začetek ali opravljanje predpisani posebni pogoji. Če so le-ti določeni, pa družba lahko tako dejavnost začne ali opravlja šele, ko poleg vpisa dejavnosti v register izpolni tudi predpisane posebne pogoje.

V izpodbijani odločitvi naročnik navaja, da ponudba vlagatelja ni dopustna, ker njegov podizvajalec ni registriran za opravljanje dejavnosti 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje, v odločitvi o zahtevku za revizijo pa zavrnitev ponudbe vlagatelja utemeljuje (tudi) s sklicevanjem na nevpis vlagateljvega podizvajalca v ustrezen razvid.

Ker vlagatelj v postopku pravnega varstva po tem, ko naročnik že odloči o njegovem zahtevku za revizijo, praviloma ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov (prim. šesti odstavek 29. člena ZPVPJN), tudi naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo ne sme navajati novih razlogov za utemeljitev svoje odločitve o (ne)oddaji javnega naročila vlagatelju, ki jih ni navedel že v sami izpodbijani odločitvi, saj bi bil vlagatelj s tem onemogočen v možnosti

uveljavljanja učinkovitega pravnega varstva. Navedeno pomeni, da argumentov, ki jih je naročnik v zvezi z vlagateljevim domnevnim neizpolnjevanjem posebnih pogojev za opravljanje dejavnosti 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje, prvič navedel šele v odločitvi o zahtevku za revizijo, pri odločanju o zahtevku za revizijo ni mogoče upoštevati. Državna revizijska komisija pristavlja, da naročnik tudi sicer v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni zahteval, da ponudniki (že v času oddaje ponudbe) izpolnjujejo posebne pogoje, ki jih začetek ali opravljanje dejavnosti 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje zahteva drug zakon, taka zahteva pa ne izhaja niti iz odgovora, ki ga je naročnik dne 17. 5. 2023 objavil na Portalu javnih naročil.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija zato ugotavljala, ali je naročnik ravnal pravilno, ko je ponudbo vlagatelja kot nedopustno zavrnil, ker naj vlagatelj oz. njegov podizvajalec ne bi bil registriran za izvajanje dejavnosti 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje.

Državna revizijska komisija je najprej vpogledala v dokument *Akt o ustanovitvi družbe Založba Rokus Klett d.o.o.* z dne 9. 7. 2007, ki se nahaja v *Registru listin* podizvajalca Založba Rokus Klett d.o.o., Ljubljana (objavljen na spletni strani AJPES) in ugotavlja, da ima navedeni gospodarski subjekt v 7. členu akta o ustanovitvi kot eno izmed dejavnosti navedeno dejavnost 80.102 – Osnovnošolsko splošno izobraževanje.

Državna revizijska komisija dalje ugotavlja, da Uredba 2007, ki se je začela uporabljati dne 1. 1. 2008 in ki je nadomestila Uredbo 2002, v prvem odstavku 9. člena določa način izvedbe prevedbe dejavnosti glede na SKD 2008, ki jih iz SKD 2002 ni mogoče enolično prevesti, v drugem odstavku istega člena pa določa, da se ostale dejavnosti, ki jih imajo enote poslovnega registra opredeljene v aktih o ustanovitvi, uskladijo ob prvi spremembi navedenih aktov.

Kot je razvidno iz dokumenta *Pretvornik iz SKD2002VS v SKD_2008 V2* (objavljen na spletni strani AJPES in na spletni strani Statističnega urada Republike Slovenije), je bila (izvorna) dejavnost M80.102 – Osnovnošolsko splošno izobraževanje po SKD 2002 (tj. dejavnost, ki je zapisana v aktu o ustanovitvi vlagateljevega podizvajalca) prevedena v (ciljno) dejavnost P85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje po SKD 2008 (tj. dejavnost, katere registracijo je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteval naročnik). Prevedbo dejavnosti je v zahtevku za revizijo izpostavil tudi vlagatelj, vendar se naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo do teh navedb vlagatelja ni opredelil niti jim ni oporekal.

Upošteva se predhodno ugotovljeno, tj. da ima vlagatelj podizvajalec, Založba Rokus Klett d.o.o., Ljubljana, v dokumentu *Akt o ustanovitvi družbe Založba Rokus Klett d.o.o.* z dne 9. 7. 2007 vpisano dejavnost 80.102 – Osnovnošolsko splošno izobraževanje (po SKD 2002) in da je bila ta dejavnost z Uredbo 2007 prevedena v dejavnost 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje (po SKD 2008) ter upošteva se pravila glede prevedbe dejavnosti iz SKD 2002 v SKD 2008 za tiste dejavnosti, ki jih je bilo mogoče enolično prevesti in okoliščino, in da iz *Registra listin* ne izhaja, da bi vlagatelj podizvajalec svoj akt o ustanovitvi od dneva pričetka uporabe Uredbe 2007 dalje spremenil, Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni ravnal pravilno, ko je zaključil, da vlagatelj oz. njegov podizvajalec, družba Založba Rokus Klett d.o.o., Ljubljana, zahteve glede registracije dejavnosti 85.200 – Osnovnošolsko izobraževanje ne izpolnjuje.

Ker gre v posledici navedenega ugotoviti, da naročnik ni ravnal skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ko je ponudbo vlagatelja zavrnil kot nedopustno, je Državna revizijska komisija, na podlagi 2. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevku za revizijo ugodila in odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji naročila*« z dne 29. 6. 2023, razveljavila.

Državna revizijska komisija v nadaljevanju ni presojala navedb vlagatelja, da je naročnik z zavrnitvijo njegove ponudbe kot nedopustne kršil tudi določbo 90. člena ZJN-3, saj ugotovitev morebitne utemeljenosti teh navedb ne bi v ničemer vplivala na predhodno predstavljeno ugotovitev Državne revizijske komisije glede nepravilnosti naročnikovega ravnanja pri oceni ponudbe vlagatelja, prav tako morebitna ugotovitev zahtevku za revizijo v tem delu ne bi v ničemer izboljšala vlagateljevega pravnega položaja.

Z razveljavitvijo odločitve o oddaji naročila se postopek oddaje javnega naročila vrne v fazo pregleda in ocenjevanja ponudb. Na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika, z namenom pravilne izvedbe postopka v delu, ki je bil razveljavljen, napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje tega javnega naročila, sprejme eno od odločitev, ki jih omogoča ZJN-3. Če se bo naročnik odločil, da bo ob zahtevah, kot izhajajo iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, postopek oddaje javnega naročila nadaljeval s sprejemom odločitve o oddaji naročila, mora ponovno presojo ponudb opraviti v skladu z določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in ZJN-3 ter ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo zahteval povrnitev stroškov 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 priznala potreben in opredeljeno naveden strošek plačane takse za zahtevek za revizijo v višini 797,88 EUR. Navedeni strošek je naročnik dolžan povrniti vlagatelju v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

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

Pravni pouk:

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednik senata:
Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- vlagatelj,
- izbrani ponudnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.