

Številka: 018-112/2023-4

Datum: 9. 10. 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 sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Črveka, kot predsednika senata ter Andraža Žvana in mag. Zlate Jerman, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Ureditev dostopnih cest C1 in C3 na območju ZN Ovčje staje v Postojni*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja GODINA d.o.o., Obrtno industrijska cona Hrpelje 22, Kozina, ki ga po pooblastilu zastopa Saša Mevec Pušnik (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Postojna, Ljubljanska cesta 4, Postojna (v nadaljevanju: naročnik), dne 9. 10. 2023

**odločila:**

1. Zahtevku za revizijo se ugodi in se v celoti razveljavi postopek oddaje javnega naročila »*Ureditev dostopnih cest C1 in C3 na območju ZN Ovčje staje v Postojni*«.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 2.000,00 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

**Obrazložitev:**

Naročnik je obvestilo o naročilu, ki ga oddaja po postopku naročila male vrednosti, na Portalu javnih naročil objavil dne 11. 8. 2023, pod številko objave JN005304/2023-W01, s popravki.

Zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je vlagatelj dne 31. 8. 2023 vložil *Zahtevek za revizijo* (v nadaljevanju: zahtevek za revizijo), v katerem predlaga, da se pogoj zahtevane bonitetne ocene razveljavi. Zahteva tudi povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnik kršil določbe Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS; št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) s tem, ko je za izkazovanje ekonomske in finančne sposobnosti določil pogoj, da samostojni ponudnik oz. ponudniki v skupni ponudbi razpolagajo z bonitetno oceno SB5. Pogoj, po njegovem zatrjevanju, ni sorazmeren s

predmetom in vrsto javnega naročila. S pogojem, ki ni objektivno utemeljen, naročnik neupravičeno oži konkurenco ter ravna v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja.

Vlagatelj ne oporeka zahtevi po izkazovanju bonitetne ocene ponudnikov, je pa prepričan, da je le-ta določena previsoko oz. prestrogo. Navaja, da mora biti bonitetna ocena določena tako, da se z njo zasleduje njen osnovni namen, tj. ugotavljanje finančne stabilnosti poslovanja ponudnika in s tem njegove finančne zmožnosti za izvedbo naročila.

Vlagatelj navaja, da je pogoj bonitetne ocene SB5 za gradbeno panogo dokaj selektiven in da z njim naročnik omejuje konkurenco. Poudarja, da je zmožnost poslovnega subjekta za poravnavanje obveznosti povprečna z bonitetno oceno SB7, nizka pa šele z bonitetno oceno SB8.

Vlagatelj opozarja na Smernice za javno naročanje gradenj (marec 2023), ki jih je pripravil Direktorat za javno naročanje Ministrstva za javno upravo (v nadaljevanju: smernice DJN), iz katerih izhaja, da je bonitetna ocena najmanj SB6 (ali boljša) primerna, saj še izkazuje stabilnega ponudnika in da naj se višji bonitetni razred praviloma ne zahteva. Iz smernic izhaja tudi, da je bonitetna ocena SB5 le izjemoma dopustna, kadar gre za kompleksno gradnjo, financiranje pa je zagotovljeno iz evropskih skladov in je treba gradnjo izvesti v določenem roku.

Razpisani posel ne po vrednosti ne po vrsti gradnje ne izstopa iz povprečja zahtevnosti gradenj, zato bi moral naročnik postaviti milejši pogoj in ga spremeniti v minimalno bonitetno oceno SB6. Le-ta po oceni Agencije RS za javnopravne evidence in storitve (v nadaljevanju: AJPES) še vedno pomeni podpovprečno verjetnost neplačila oz. nadpovprečno sposobnost poravnati obveznosti, kot to velja za bonitetno oceno SB5. Pri bonitetni oceni SB6 je verjetnost nastopa dogodka neplačila nižja od povprečja, zaostritev razmer v poslovnem okolju ali nastop drugih nepredvidljivih dogodkov pa družbo lahko pripelje v položaj, ko svojih obveznosti ne bo sposobna poravnati. Enako velja za bonitetno oceno SB6, le da je na razmere v poslovnem okolju družba močno občutljiva, pri čemer pa trenutno o zaostrenih razmerah (ne v makroekonomskem smislu, ne v panogi gradbeništva) ni mogoče govoriti.

Vlagatelj izpostavlja, da predmetno javno naročilo ni financirano iz evropskih sredstev oz. kohezijskih skladov, zaradi česar je Državna revizijska komisija pogoj bonitetne ocene SB5 spoznala kot upravičen, zakonit oz. utemeljen (s tem v zvezi izpostavlja odločitvi Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-046/2014 in 018-113/2020). Prav tako ne gre za tako pomemben in specifičen predmet javnega naročila, pri izvedbi katerega ponudnik poleg strokovnega znanja potrebuje še močno finančno zaledje; dalje ne gre za primer, ko bi bilo pomembno strogo upoštevati izvedbene roke ter poslabšanja in zaostritve razmer v gospodarstvu in gradbeni panogi; pa tudi ne gre za dalj časa trajajoče obdobje izvajanja predmeta javnega naročila z visoko ocenjeno vrednostjo in poudarjenim javnim interesom za varstvo okolja in javnega zdravja (s tem v zvezi izpostavlja odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-046/2014, 018-113/2020, 018-228/2011).

Vlagatelj poudarja, da je pogoj nezakonito omejujoč tudi zaradi dejstva, da vlagatelj ekonomski in finančni položaj izkazuje še z dodatnima dvema pogojema iz razpisne dokumentacije, in sicer z višino povprečnega prometa in neblokadami bančnih računov. Vlagatelj izpostavlja, da prav tako ne gre prezreti, da je predvideno, da izvajalec v konkretnem primeru prejema plačila po mesečnih obračunih in ne gre za tveganje, kjer bi celotno plačilo ali velik del prejel šele po izvedbi javnega naročila. Naročnik svoj položaj nenazadnje varuje tudi z bančnimi garancijami kot finančnimi instrumenti zavarovanja, in sicer tako za resnost ponudbe, kot za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti in odpravo napak v garancijski dobi, morebitne zamude pri izvedbi pa lahko sankcionira tudi z obračunom pogodbene kazni. Vlagatelj ocenjuje, da gre za posel, vreden

okoli 700.000 EUR brez DDV, kar predstavlja zgolj cca 3% njegovega poslovanja v letu 2022 in zanj ne predstavlja visokega tveganja.

Vlagatelj še izpostavlja, da je bonitetna ocena pokazatelj preteklega poslovanja, kar pomeni, da niti ne odraža aktualnega stanja, je pa le-ta prikazan s sposobnostjo pridobivanja bančnih garancij, ki jih je zahteval tudi naročnik v tem primeru.

Vlagatelj zaključuje, da naročnikovo omejevanje konkurence izhaja tudi iz okoliščine, da je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila hkrati določil več prestrogih pogojev (reference, bonitetna ocena, rok za oddajo ponudb), a da je nekatere izmed njih kasneje omilil.

Naročnik je dne 11. 9. 2023 z dokumentom *Sklep* zahtevke za revizijo zavrnil, zavrnil pa je tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo). Izpostavlja, da v zahtevku za revizijo ni izkazan pravovarstveni predlog.

Naročnik zatrjuje, da je pogoj za izkazovanje finančne in ekonomske sposobnosti in zahtevo bonitetne ocene SB5 za ponudnika oblikoval skladno s predmetom javnega naročila, ki predstavlja kompleksno gradnjo, ki jo je v določenem roku potrebno izvesti.

Dalje navaja, da je bonitetno oceno SB5 določil zaradi trenutne situacije, povezane z vojno v Ukrajini in s posledicami naravne nesreče (poplav v začetku avgusta 2023), ki imajo lahko za posledico dogodke, ki bi izvajalcu lahko povzročili finančne šoke.

Bonitetno oceno SB5 je naročnik določil tudi zato, ker je dolžan, skladno s sklenjeno Pogodbo o priključitvi objektov na komunalno opremo in drugo gospodarsko javno infrastrukturo z dne 15. 3. 2023, na tem območju zagotoviti komunalno ureditev območja najpozneje do 31. 12. 2024. Na področju, ki ga obsega predmet tega javnega naročila, in kjer se občina spopada s problematiko pomanjkanja stanovanj, je namreč predvidena novogradnja večstanovanjske soseske. Izvedba del, ki so predmet tega javnega naročila, je zato za naročnika ključnega pomena. Pravočasna izvedba del je za naročnika pomembna tudi zato, ker je urejena komunalna infrastruktura pogoj za pridobitev uporabnega dovoljenja in posledično vselitev občanov. Naročnik torej potrebuje izvajalca, ki zaradi morebitnih finančnih šokov ne bo prešel v situacijo plačilne nesposobnosti, ki bi lahko rezultirala v nepravočasni izvedbi javnega naročila ter v naročnikovi zamudi po zgoraj navedeni pogodbi.

Naročnik dalje, ob sklicevanju na spletno stran AJPES, obširno pojasnjuje namen pripisa bonitetnih ocen slovenskim gospodarskim družbam ter na kakšnih ocenah in analizah bonitetne ocene temeljijo. Pojasnjuje, da S.BON AJPES model slovenske poslovne subjekte razvršča v 10 bonitetnih razredov s pripadajočimi bonitetnimi ocenami od SB1 (najboljše) do SB10 (najslabše) in kakšna je povprečna napovedana verjetnost neplačila pri vsaki od njih – za subjekte, ki imajo bonitetno oceno od SB1 do SB6 je le-ta nižja od povprečja napovedane verjetnosti neplačila, za subjekte z bonitetno oceno SB7 je enaka in za subjekte z bonitetno oceno SB8 do SB10 pa je višja od povprečja napovedane verjetnosti neplačila.

Naročnik ne zanika, da je z zahtevo po bonitetni oceni SB5 zahteval nadpovprečno ekonomsko-finančno sposobnost gospodarskih subjektov, a zatrjuje, da ima za to utemeljene razloge. Poudarja, da je pri določanju pogojev za sodelovanje načeloma avtonomen in da je v naravi vsake zahteve, da gospodarske subjekte razdeli na tiste, ki jo izpolnjujejo in na tiste, ki je ne. Tudi v primeru, da bi naročnik določil slabšo bonitetno oceno (npr. SB6), bi s tem izločil določeno število gospodarskih subjektov. Naročnik še poudarja, da iz opisa bonitetne ocene SB6 izhaja, da je 60% vseh slovenskih družb pripisana višja bonitetna ocena, kar potrjuje, da je konkurenca zagotovljena.

Naročnik navaja, da diskriminacije ponudnikov ne ustvarja in da konkurence med ponudniki ne omejuje, pač pa jo zagotavlja. Na podlagi že izvedenih javnih naročil namreč ugotavlja, da obstaja večje število gospodarskih subjektov, ki bi lahko zavzeli vlogo ponudnika in izpolnjujejo sporni pogoj ter da je v konkretnem postopku prejel ponudbe treh ponudnikov, za katere upravičeno domneva, da pogoj zahtevane bonitetne ocene izpolnjujejo.

Meni, da smernice DJN niso zavezujoče, ampak da jih je potrebno upoštevati smiselno in navaja, da je financiranje zagotovljeno iz evropskih skladov.

Ob podaji opisa bonitetne ocene SB5 in bonitetne ocene SB6, kot izhaja iz spletne strani AJPES, naročnik pojasnjuje, da med njima obstajajo razlike, ki jih je upravičen upoštevati pri določitvi višine bonitetne ocene. Čeprav je pri gospodarskem subjektu tako s prvo kot drugo bonitetno oceno verjetnost neplačila nižja od povprečja, pa se razlikujeta v tem, da je verjetnost neplačila pri gospodarskem subjektu z bonitetno oceno SB6 višja kot pri tistem, z bonitetno oceno SB5, saj lahko zaostritev gospodarskih razmer oz. nastop nepredvidljivih dogodkov vpliva na sposobnost poravnavanja obveznosti gospodarskega subjekta z bonitetno oceno SB6. Slednji je močno občutljiv na razmere v poslovnem okolju, kar ob trenutnih zunanjih dejavnikih (vojna v Ukrajini, poplave v Sloveniji) pomeni veliko verjetnost nestabilne gospodarske družbe za čas izvajanja predmetnega javnega naročila.

Dalje navaja, da višina povprečnega prometa ponudnika, ki jo je naročnik tudi določil kot pogoj, nujno ne odraža razmerja med sredstvi in obveznostmi, sama višina prihodkov posameznega gospodarskega subjekta pa nujno ne odraža njegove finančne stabilnosti. Poleg tega, se višina prihodkov izkazuje za preteklo obdobje, ki izkazuje prihodke v triletnem obdobju, kar je bistveno bolj oddaljeno kot bonitetna ocena, ki poleg ostalih predpostavk temelji na poslovanju gospodarskega subjekta, ki je razvidno iz zadnjega letnega poročila tega subjekta.

Naročnik se strinja z navedbami vlagatelja, da je svoj položaj v predmetnem postopku in kasnejši izvedbeni fazi zavaroval z bančnimi garancijami in možnostjo sankcioniranja zamud z obračunom pogodbenih kazni, vendar pa poudarja, da finančni instrumenti in zamudne kazni naročniku omogočajo samo delno povrnitev finančne škode, ne zagotavljajo pa mu pravočasne izvedbe naročila. Ravno nepravočasni časovni izvedbi naročila se s spornim pogojem naročnik želi ogniti.

Naročnik zaključuje, da je, upoštevaje trenutno situacijo, povezano z vojno z Ukrajino, poplave v Sloveniji in upoštevaje pomembnost pravočasne izvedbe javnega naročila, navedel objektivne razloge, ki opravičujejo določitev bonitetne ocene SB5, s tem pa ne krši nobenih temeljnih načel javnega naročanja.

Vlagatelj se je dne 14. 9. 2023 opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo; zahteva tudi povračilo nadaljnjih stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika). Vztraja pri navedbah iz zahtevka za revizijo, navedbam naročnika iz odločitve o zahtevku za revizijo pa nasprotuje.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 15. 9. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

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

V zvezi z navedbo naročnika, da iz zahtevka za revizijo ne izhaja pravovarstveni predlog, Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da obvezne sestavine zahtevka za revizijo določa 15. člen ZPVPJN, ki pravovarstvenega predloga mednje ne uvršča (gl. npr. zadeve št. 018-111/2020, 018-101/2021, 018-116/2021), dalje pa ugotavlja tudi, da iz zahtevka za revizijo izhaja vlagateljova izrecna zahteva za razveljavitev pogoja bonitetne ocene.

Naročnik je skladno s prvim odstavkom 76. člena ZJN-3 upravičen določiti pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na ekonomski in finančni položaj, glede katerega lahko določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne ekonomske in finančne zmogljivosti za izvedbo javnega naročila. 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. Naročnik tako lahko zahteva, da mu gospodarski subjekti predložijo informacije o svojih letnih računovodskih izkazih, ki izkazujejo na primer razmerje med sredstvi in obveznostmi (peti odstavek 76. člena ZJN-3, prim. tudi šesti odstavek 77. člena ZJN-3, ki določa dokazila o ekonomskem in finančnem položaju).

Pogoje mora naročnik določiti v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo. Pri njihovem določanju je naročnik omejen s pravili javnega naročanja, ki so primarno izražena skozi temeljna načela javnega naročanja, zlasti načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), načelo sorazmernosti (8. člen ZJN-3) in načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3).

Naročnik je v poglavju XXII. v dokumentu *Povabilo k oddaji ponudbe* (v nadaljevanju: dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila) kot pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na ekonomski in finančni položaj gospodarskega subjekta, zahteval

*»Da ima samostojni ponudnik oziroma v primeru ponudbe skupine ponudnikov vodilni ponudnik in vsi ostali ponudniki v skupni ponudbi tekočo bonitetno oceno izdano s strani AJ PES najmanj SB5 oziroma agencije Moody's Baa ali boljša oziroma izdano s strani Standard&Poor's BBB ali boljša oziroma izdano s strani Fitch BBB ali boljša. V kolikor bo ponudnik predložil bonitetno oceno nenavedene bonitetne hiše, bo naročnik upošteval, da ponudnik izpolnjuje zahtevani pogoj, v kolikor bo iz predloženega dokazila razvidno, da je ponudnik uvrščen v zgornjih 50% bonitetnih razredov.*

[...]

S tem pogojem v zvezi je naročnik prejel opozorilo zainteresiranega ponudnika o omejevanju konkurence in zaprosilo za določitev blažje zahteve, tj. za določitev bonitetne ocene z višjo oznako, a naročnik njegovemu predlogu ni sledil (odgovor na Portalu javnih naročil z dne 17. 8. 2023 ob 7:46).

V obravnavanem primeru naročnik kot pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na ekonomski in finančni položaj, zahteva bonitetno oceno, za kar ima podlago v citiranih določbah. Navedeno sicer med vlagateljem in naročnikom v obravnavanem primeru ni sporno, je pa med njima sporno, ali je naročnik višino (prag) bonitetne ocene določil v povezavi in sorazmerno glede na predmet naročila oz. ali je imel za omejevanje konkurence med ponudniki z določitvijo spornega pogoja objektivno utemeljene razloge.

Iz spletne strani AJ PES je razvidno, da pripis bonitetnih ocen slovenskim gospodarskim družbam ter samostojnim podjetnikom temelji na analizi računovodskih izkazov in nastopov dogodka

neplačila v daljšem časovnem obdobju. Kot dogodek neplačila se upošteva začetek postopka stečaja, prisilne poravnave ali prisilne likvidacije v primeru gospodarskih družb ter začetek postopka osebnega stečaja ali postopka prisilne poravnave nad podjetnikom v primeru samostojnih podjetnikov.

Slovenske bonitetne ocene (SB) po modelu S.BON AJPES (ki temeljijo na pravilih Basel II) temeljijo na oceni verjetnosti, da se bo pri subjektu v obdobju 12 mesecev po sestavitvi računovodskih izkazov začel kateri od navedenih dogodkov neplačila. Za vsak poslovni subjekt je glede na konkretno ugotovljene vrednosti kazalnikov donosnosti, denarnega toka, likvidnosti, zadolženosti, aktivnosti, rasti, aktivnosti in upravljanja z obratnim kapitalom, z S.BON AJPES modelom izračunana skupna verjetnost za nastop dogodka neplačila v obdobju 12 mesecev po datumu izdelave računovodskih izkazov.

S.BON AJPES model razvrsti slovenske poslovne subjekte glede na kreditno tveganje v 10 bonitetnih razredov s pripadajočimi slovenskimi bonitetnimi ocenami od SB1 do SB10, pri čemer je SB1 najboljša bonitetna ocena, SB10 pa najslabša bonitetna ocena. Verjetnost za nastop dogodka neplačila je najmanjša pri najboljši bonitetni oceni SB1 in z eksponentno funkcijo narašča s premikom proti najslabši bonitetni oceni SB10. Povprečna napovedana verjetnost neplačila ločeno po prvih šestih bonitetnih ocenah za gospodarske družbe oziroma samostojne podjetnike (SB1, SB2, SB3, SB4, SB5 in SB6) je nižja od povprečne verjetnosti neplačila kot velja za vse slovenske gospodarske družbe oziroma vse slovenske samostojne podjetnike. Povprečna napovedana verjetnost neplačila za gospodarske družbe oziroma samostojne podjetnike v sedmem bonitetnem razredu (bonitetna ocena SB7) je približno enaka povprečni napovedani verjetnosti neplačila kot velja za vse slovenske gospodarske družbe oziroma vse slovenske samostojne podjetnike. Povprečna napovedana verjetnost neplačila za gospodarske družbe oziroma samostojne podjetnike po bonitetnih ocenah SB8, SB9 in SB10 je zaradi eksponentnega naraščanja bistveno višja od povprečne verjetnosti neplačila kot velja za vse slovenske gospodarske družbe oziroma vse slovenske samostojne podjetnike.

Kot pravilno izpostavlja vlagatelj, iz smernic DJN res izhaja, da je primerna ocena (za javna naročila gradenj) za preveritev finančne sposobnosti najmanj SB6 (ali boljša), saj še izkazuje stabilnega ponudnika, vendar pa (kot pravilno izpostavlja tudi naročnik) smernice DJN za naročnika niso zavezujoče, saj predstavljajo (le) orodje, ki ga pripravljavci smernic priporočajo naročnikom za uporabo, ker dajejo usklajena napotila, usmeritve in predloge, kako naj praviloma poteka postopek javnega naročila.

V obravnavanem primeru gre najprej ugotoviti, kot priznava tudi naročnik sam, da naročnik z zahtevo SB5 zahteva nadpovprečno ekonomsko-finančno sposobnost gospodarskih subjektov. Samo dejstvo, da naročnik zahteva nadpovprečno ekonomsko-finančno sposobnost gospodarskih subjektov oz. da zahteva nižjo verjetnost, da bo pri gospodarskem subjektu prišlo do nastopa dogodka neplačila, od povprečne verjetnosti, še ne pomeni, da je njegova zahteva (že zgolj zato) nezakonita. Kot pravilno navaja naročnik, je pri določanju pogojev za sodelovanje naročnik načeloma avtonomen in pogoje lahko oblikuje tudi na način, da sposobnost za izvedbo naročila prizna le manjšemu številu gospodarskih subjektov. Navsezadnje je v naravi vsake zahteve, da gospodarske subjekte razdeli na tiste, ki jo izpolnjujejo, in tiste, ki je ne, ter zato ne morejo sodelovati v postopku oddaje javnega naročila. Drži zato tudi, da bi naročnik tudi v primeru, če bi določil slabšo bonitetno oceno (torej SB6, za katero se zavzema vlagatelj), s tem izločil določeno število gospodarskih subjektov.

Naročniki so v postopkih oddaje javnih naročil upravičeni postavljati zahteve, ki imajo za posledico razlikovanje gospodarskih subjektov in omejevanje števila gospodarskih subjektov, katerim priznajo sposobnost za izvedbo javnega naročila, vendar le iz razlogov, ki so neposredno

povezani s predmetom javnega naročila in so objektivno opravičljivi. Razlikovanje gospodarskih subjektov glede na kriterije, ki niso objektivno opravičljivi in ki pomenijo zlasti krajevno, predmetno ali osebno diskriminacijo, s čimer je določen gospodarski subjekt bodisi postavljen v bistveno slabši položaj bodisi je privilegiran, ne da bi za to obstajali utemeljeni razlogi, ni dopustno (smis. prim. tudi sodbi Sodišča EU v zadevah C-513/99, C-195/21). Navedeno v obravnavanem primeru pomeni, da mora biti naročnikovo razlikovanje med gospodarskimi subjekti z bonitetno oceno SB5 (ali boljšo) in gospodarskimi subjekti z bonitetno oceno SB6 (ali slabšo), ne glede na to, v kakšnem obsegu je po njegovem mnenju zagotovljena konkurenca med ponudniki z bonitetno oceno SB5, objektivno opravičljivo.

Kot je razvidno iz opisa bonitetnih ocen na spletni strani AJ PES za bonitetno oceno SB5 veljajo naslednje značilnosti: *»Zmožnost gospodarske družbe za poravnavanje obveznosti je nadpovprečna, a nižja kot v četrtem bonitetnem razredu. Zaostritev razmer v poslovnem okolju ali nastop drugih nepredvidljivih dogodkov (šokov) lahko družbo pripelje v položaj, ko ne bo sposobna poravnati svojih obveznosti. Družba z bonitetno oceno SB5 dosega takšne vrednosti kazalnikov, ki odražajo dejavnike tveganja za nastop dogodka neplačila, da je modelsko ocenjena verjetnost nastopa dogodka neplačila nižja kot v povprečju za vse slovenske družbe.«*

Za subjekte, ki so ocenjeni z bonitetno oceno SB6, veljajo naslednje značilnosti: *»Zmožnost gospodarske družbe za poravnavanje obveznosti je še vedno nadpovprečna, a je zaradi eksponentnega naraščanja verjetnosti neplačila po bonitetnih razredih približno 60-imi odstotkom vseh slovenskih družb pripisana višja bonitetna ocena. Družba je ob normalnih tržnih razmerah še vedno sposobna poravnati svoje obveznosti, a je močno občutljiva na razmere v poslovnem okolju. Poslabšanje splošnega makroekonomskega okolja ali razmer v panogi lahko pripelje družbo v položaj, ko ne bo sposobna poravnati svojih obveznosti. Družba z bonitetno oceno SB6 dosega takšne vrednosti kazalnikov, ki odražajo dejavnike tveganja za nastop dogodka neplačila, da je modelsko ocenjena verjetnost nastopa dogodka neplačila še vedno nižja kot v povprečju za vse slovenske družbe, a zaradi eksponentnega naraščanja pomembno višja kot v petem bonitetnem razredu.«*

Za gospodarske subjekte z bonitetno oceno SB5 in bonitetno oceno SB6 torej velja, da je njihova zmožnost za poravnavanje obveznosti nadpovprečna, verjetnost nastopa dogodka neplačila pa nižja kot v povprečju za vse slovenske družbe. Prav tako za oboje velja, da jih lahko zaostritev razmer pripelje v položaj, ko ne bodo sposobni poravnati svojih obveznosti, vendar pa je ta verjetnost nižja pri gospodarskem subjektu z bonitetno oceno SB5 kot pri gospodarskem subjektu z bonitetno oceno SB6. Tudi na spremenjene razmere v (poslovnem) okolju se gospodarski subjekt z bonitetno oceno SB5 odziva manj intenzivno, kot gospodarski subjekt z bonitetno oceno SB6.

Naročnik najprej navaja, da je bonitetno oceno SB5 določil zaradi situacije, povezane z vojno v Ukrajini in situacije, povezane z naravno nesrečo (poplavami) v Sloveniji, saj imata obe lahko za posledico dogodka, ki bi izvajalcu lahko povzročili finančne šoke.

V utemeljitev določitve spornega pogoja naročnik obširno povzema vsebino posamezne bonitetne ocene in se posplošeno sklicuje na posledice zgoraj opisanih situacij, ki bi lahko zaostrile razmere v (poslovnem) okolju, v katerem gospodarski subjekti delujejo. Kot že navedeno, tako za gospodarske subjekte z bonitetno oceno SB5 kot tudi za gospodarske subjekte z bonitetno oceno SB6 velja, da so nadpovprečno sposobni poravnati svoje obveznosti, hkrati pa za oboje velja tudi, da zaostritev razmer v (poslovnem) okolju lahko (sicer različno intenzivno) vpliva na njihovo sposobnost poravnati svoje obveznosti. Glede na predstavljeno, zahteva po bonitetni oceni SB5, sama po sebi, tako naročniku ne daje nobene garancije, da bo izbrani gospodarski subjekt (ki bo razpolagal z bonitetno oceno SB5) sposoben do zaključka izvedbe

predmeta javnega naročila poravnati svoje obveznosti in posledično tudi svoje pogodbene obveznosti izvesti v za to določenem roku. Dalje pa tudi naročnik ni pojasnil, katere konkretne okoliščine v (poslovnem) okolju, vezane na izpostavljeni situaciji, poslabšujejo položaj gospodarskih subjektov (potencialnih ponudnikov na predmetnem javnem naročilu), do te mere, da je zahteva po bonitetni oceni SB5 objektivno opravičljiva oz. na podlagi česa šteje, da okoliščine teh situacij vplivajo na poslovanje subjektov na način, da je kljub zaostrenim razmeram na trgu gospodarskemu subjektu z bonitetno oceno SB5 še vedno omogočeno poravnavanje obveznosti (in v končni posledici tudi pravočasna izvedba javna naročila), medtem, ko za gospodarski subjekt s slabšo bonitetno oceno to ne velja (več).

Dalje naročnik določitev zahteve bonitetne ocene SB5 utemeljuje s sklicevanjem na kompleksnost gradnje in na obvezo glede spoštovanja pogodbenih rokov, kot zanj izhajajo iz pogodbe, s katero se je zavezal zagotoviti komunalno ureditev območja na področju, ki ga obsega predmet tega javnega naročila; na pravočasno izvedbo predmeta javnega naročila naj bi bila vezana tudi gradnja stanovanjske soseske, s katero se rešuje občinska stanovanjska problematika.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da naročnik v zvezi z zatrjevano kompleksnostjo gradnje ne predstavi nobenih okoliščin, zaradi katerih bi bilo mogoče predmetno gradnjo (ki se izvaja po postopku naročila male vrednosti) označiti za kompleksno, pojasni pa tudi ne, v čem bi sama kompleksnost gradnje, če bi bila izkazana, utemeljevala določitev stroge bonitetne ocene SB5 glede na kazalnike bonitetne ocene SB6 (ali slabše). Razumljivo je prizadevanje naročnika v smeri čimprejšnje izvedbe predmeta javnega naročila (pri čemer je primarno naročnik tisti, ki mora ustrezno pravočasno načrtovati in začeti s postopkom javnega naročanja), ki bi v določeni meri prispeval tudi k hitrejši rešitvi stanovanjske problematike in strinja se Državna revizijska komisija, da morebiten nastanek položaja, ko izvajalec ne bi bil sposoben poravnati svojih obveznosti, lahko predstavlja tveganje za nepravočasno izvedbo tako predmeta javnega naročila kot tudi drugih omenjenih del. Vendar pa opisane okoliščine, na katere se sklicuje naročnik, po presoji Državne revizijske komisije, same po sebi ne predstavljajo posebnih razlogov, s katerimi bi naročnik lahko opravičil sporno višino bonitetne ocene. Tudi na tem mestu gre izpostaviti, da naročnik (upoštevaje nadpovprečno zmožnost gospodarskih subjektov z bonitetno oceno SB5 in SB6 za poravnavanje svojih obveznosti ter hkrati njuno dovezetnost za spremembe na trgu in finančne šoke) ni predstavil nobenih posebnih okoliščin, s katerimi bi utemeljil, da je tveganje izvedbe predmetnega javnega naročila pri gospodarskem subjektu z bonitetno oceno SB5 zmanjšano do te mere, da je določitev te (strove) bonitetne ocene opravičljiva.

Naročnik določitev sporne višine bonitetne ocene utemeljuje tudi s sklicevanjem na financiranje predmetnega javnega naročila iz evropskih sredstev, a tudi tega z ničemer ne izkaže, njegovih zatrjevanj pa ne potrjuje niti vsebina sklepa o začetku postopka, v katerega je vpogledala Državna revizijska komisija.

V povzetku z zapisanega Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik v obravnavanem primeru ni navedel objektivnih opravičljivih razlogov, ki opravičujejo določitev bonitetne ocene SB5, posledično pa je vlagatelj uspel izkazati, da naročnik zahteve glede bonitetne ocene ni oblikoval skladno s 76. členom ZJN-3 ter 5., 7. in 8. členom ZJN-3.

Ugotovljenega ne spremenijo navedbe naročnika, vezane na njegove druge zahteve iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (višina povprečnega prometa, garancije, pogodbene kazni). Kot izrecno navaja že naročnik, z njimi ne zasleduje cilja pravočasne izvedbe javnega naročila (kot s sporno bonitetno oceno), pač pa v večji meri vsaj delno povrnitev finančne škode, do katere bi lahko prišlo zaradi morebitne nepravočasne izvedbe del, zaradi česar te



navedbe ne morejo biti relevantne za presojo obstoja objektivno opravičljivih razlogov za določitev bonitetne ocene SB5.

V posledici predhodnih ugotovitev je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila. Ker je v konkretnem primeru rok za prejem ponudb že potekel, ugotovljene kršitve pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni mogoče sanirati z milejšim ukrepom (tj. z delno razveljavitvijo postopka), zato je Državna revizijska komisija (kot izhaja tudi iz predloga vlagatelja, podanega v opredelitvi do navedb naročnika) postopek oddaje javnega naročila razveljavila v celoti.

V skladu s tretjim odstavkom 39. člena ZPVPJN daje Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka. Ker je Državna revizijska komisija razveljavila celoten postopek oddaje javnega naročila, naročnika napotuje, naj v primeru, če se bo odločil izvesti nov postopek oddaje javnega naročila, pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ravna v skladu z ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja, pri tem pa naj upošteva tudi ugotovitve 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).

Državna revizijska komisija je vlagatelju kot potrebne priznala stroške, ki jih je imel s plačilom zakonsko določene takse, in sicer v višini 2.000,00 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroška, ki mu je nastal v zvezi s pripravo predmetnega zahtevka za revizijo po zunanjem svetovalcu. Povračila stroškov priprave zahtevka za revizijo po zunanjem svetovalcu ZPVPJN izrecno ne ureja, Zakon o pravdnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.), katerega določbe se na podlagi prvega odstavka 13. člena ZPVPJN uporabljajo v revizijskem postopku glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja, pa v 151. členu določa, da pravdni stroški obsegajo (tudi) nagrado za delo (odvetnika in) drugih oseb, ki jim zakon priznava pravico do nagrade. To pomeni, da mora upravičenje drugih oseb, ki niso odvetniki, do nagrade izhajati iz zakona. Ker noben od omenjenih predpisov ne določa temelja za priznanje nagrade subjektu, ki ni odvetnik, Državna revizijska komisija teh stroškov vlagatelju, v skladu s svojo ustaljeno prakso (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-283/2015, 018-002/2016, 018-050/2016), ni priznala.

Naročnik je vlagatelju priznane stroške pravnega varstva v višini 2.000,00 EUR dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne kot neutemeljena.

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

Vročiti:

- naročnik,
- vlagatelj (po pooblaščenju),
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.