

Številka: 018-113/2024-4

Datum: 4. 10. 2024

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 Andraža Žvana kot predsednika senata ter dr. Mateje Škabar kot članice senata in Aleksandra Petrovčiča kot člana senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Vzpostavitev protivetrne zaščite na območju občine Ajdovščina*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja FLORA SPORT d.o.o., Koroška cesta 22, Kranj, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Potočnik in Prebil o.p., d.o.o., Ajdovščina 4, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Ajdovščina, Cesta 5. maja 6A, Ajdovščina (v nadaljevanju: naročnik) dne 4. 10. 2024

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila, kot izhaja iz naročnikovega dokumenta »*Odločitev o javnem naročilu*« z dne 19. 8. 2024.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 14.014,15 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:

Naročnik je 7. 6. 2024 sprejel sklep o začetku postopka. Obvestilo o javnem naročilu je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno 10. 6. 2024 pod št. objave JN003958/2024-EUe16/01 ter v Uradnem listu EU pod št. objave 340600-2024; 17. 6. 2024 in 21. 6. 2024 je naročnik objavil še popravka. Naročnik izvaja odprti postopek [40. člen Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3)].

Naročnik je 19. 8. 2024 na Portalu javnih naročil (pod št. objave JN003958/2024-ODL/01) objavil »*Odločitev o javnem naročilu*«, s katerim je javno naročilo oddal ponudniku Soško gozdno

gospodarstvo Tolmin d.o.o., Vipavska cesta 2C, Ajdovščina (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), za katerega je navedel, da je oddal dopustno in najugodnejšo ponudbo.

Vlagatelj je 29. 8. 2024 vložil zahtevek za revizijo, s katerim je predlagal, naj se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila in se mu povrne priglašene stroške pravnega varstva. Zatrjuje, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna in bi jo moral naročnik kot tako zavrniti, kot razloge pa navaja, da:

- ni jasna vloga gospodarskega subjekta Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. v ponudbi, saj iz predloženih obrazcev ESPD in drugih nasprotujočih si navedb v ponudbi ni jasno, ali ta subjekt nastopa kot partner v skupni ponudbi, kot podizvajalec ali kot subjekt, katerega zmogljivosti uporablja ponudnik, prav tako pa ni jasno, katera dela naj bi sploh izvedel;
- ni jasno, ali namerava gospodarski subjekt Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. oddati del javnega naročila v podizvajanje ali ne – iz predloženega obrazca ESPD naj bi izhajalo, da namerava oddati 10% delež javnega naročila v podizvajanje;
- reference izbranega ponudnika niso skladne z referenčnim pogojem »*izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila*« – iz v ponudbi predloženih referenc ni razvidno, ali se nanašata na zunanjo hortikulturno ureditev v obsegu 5.000 m², ki je obsegala najmanj 300 dreves, po pozivu na dopolnitev teh dveh referenc pa je izbrani ponudnik priglasil novi referenci (za kateri vlagatelj ravno tako zatrjuje, da sta neustrezni), naročnik pa bi ga moral že zaradi tega izločiti;
- reference subjekta Invalidsko podjetje Posočje d.o.o., ki jih je izvedel za referenčnega naročnika Občina Tolmin, ne morejo biti upoštevne za izpolnjevanje pogoja »*izkušnje izvajanja javnega naročila*« (vlagatelj za to navaja več razlogov).

Izbrani ponudnik se je o zahtevku za revizijo izjasnil z vlogo z dne 3. 9. 2024. Meni, da je v skladu z zahtevami iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oddal pravilno ponudbo in predložil dokaze za obstoj vseh pogojev za sodelovanje, zato predlaga, naj naročnik navedbe vlagatelja zavrne kot neutemeljene. Posreduje še dokaze, iz katerih naj bi bila razvidna resničnost vseh podatkov na obračunih glede referenčnih poslov med Invalidskim podjetjem Posočje d.o.o. in Komunalo Tolmin.

Naročnik je s sklepom dne 9. 9. 2024 vlagatelj zahtevek za revizijo zavrnil. Poudarja, da iz ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika jasno in nedvoumno izhaja, da nastopa s podizvajalcem Invalidsko podjetje Posočje d.o.o., katerega zmogljivosti tudi uporablja, nepravilen vpis v obrazcu ESPD pa gre šteti kot nebitno pomanjkljivost, ki jo je lahko spregledal. Ker za podizvajalce podizvajalcev glavnega izvajalca ali nadaljnje podizvajalce v podizvajalski verigi v razpisni dokumentaciji ni določil nikakršnih obveznosti, ni mogoče pritrditi navedbam o morebitni nedopustnosti ponudbe zaradi nenavedbe informacij o podizvajalčevih podizvajalcih. Pojasnjuje, da glede v ponudbi priglašenih referenčnih poslov, ki sta bila po vsebini del ustrezna (saj se besedna zveza »*storitev zunanjih hortikulturnih ureditev*« uporablja kot nadpomenko za različna opravila, vezana na gojenje in vzgojo rastlin ter dreves) tudi po preverbi pri referenčnem naročniku ni dobil jasnega odgovora, ali so dela obsegala najmanj 300 dreves, zato je izbranega ponudnika pozval na dostavo dokazil in dopolnitev, da je v okviru navedenih referenčnih poslov izvedel zunanjo hortikulturno ureditev v obsegu 5.000 m², ki je obsegala najmanj 300 dreves. Naročnik zagovarja stališče, da izbrani ponudnik ni ravnal v nasprotju s pozivom, saj je predložil dokazila, ki se sicer nanašajo na drugi posamični javni naročili, medtem ko je krovni referenčni posel popolnoma isti kot tisti, v katerega spada dokumentacija v ponudbi, iz dokazil pa je razbrati, da je izbrani ponudnik izvedel tudi sadnjo 6.000 sadik na območju 3 ha, na podlagi česar je naročnik ugotovil izpolnjevanje zadevnega pogoja za sodelovanje. Pojasnjuje, zakaj je jasno, da se referenca naročnika Občina Tolmin nanaša na dokazovanje referenc kadra in ne referenc ponudnika, v posledici česar so tozadevne navedbe vlagatelja neutemeljene, pri čemer kot ključno izpostavlja, da iz ponudbe izhaja, da je izbrani ponudnik za vodjo ekipe imenoval A. A. (s

katerim razpolaga na podlagi zagotovljene kadrovske zmogljivosti s strani podizvajalca Invalidsko podjetje Posočje d.o.o., pri katerem je ta oseba v delovnem razmerju) in za dodatnega strokovnjaka B. B. (s katerim izbrani ponudnik razpolaga sam, saj je ta oseba v delovnem razmerju pri njemu). Navedbe vlagatelja o neresničnosti reference »*zasaditev Most na Soči*« označuje za nekonkretizirane in nedokazane.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 9. 9. 2024 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 12. 9. 2024. Vztraja pri dosedanjih navedbah. Meni, da se je naročnik samovoljno odločil, da kot nebistveno napako šteje navedbe, ki kažejo na to, da subjekt Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. ni podizvajalec, s čimer je nadomestil voljo izbranega ponudnika – pojasnjuje tudi, zakaj v tem primeru ne gre za nebistveno napako. Izrecno oporeka naročniku glede tega, da naj v razpisni dokumentaciji ne bi bile določene obveznosti iz 94. člena ZJN-3, saj je naročnik na več mestih navedel, da zahteve veljajo za vse podizvajalce. Poudarja še neskladje vpisanih deležev podizvajanja v obrazcu ESPD izbranega ponudnika (kjer je opredeljeno 10% podizvajanje) in v 6. členu vzorca pogodbe (skladno s katerim naj bi podizvajalec opravil vodenje del v obsegu 50 %) – iz dokumentacije naj ne bi izhajalo, kdo bo prevzel preostalih 50 % vodstvenih del. Vlagatelj meni, da je naročnik s tem, ko je določil, da se referenčni posel za Komunalo Tolmin ne uporablja za izkazovanje referenc gospodarskega subjekta, ampak imenovanega kadra, nadomestil voljo gospodarskega subjekta in po roku za prejem ponudb nedopustno spremenil ponudbo izbranega ponudnika. V zvezi z zatrjevanjem neustreznosti referenc vlagatelj poudarja pomen razlike med pojmi »*gojitvena dela v gozdarstvu*« (na kar se nanašajo reference izbranega ponudnika) in »*zunanja hortikultura ureditev*« (kot se je glasil pogoj za sodelovanje). Naročniku še očita, da se je brez kakršnihkoli podatkov odločil, da v ponudbi priglášena referenčna posla obsegata najmanj 300 dreves; poudarja, da naročniku ni dovoljeno sklepati, koliko dreves je obsegal navedeni referenčni posel, saj naročnikovo sklepanje in sprejemanje odločitev na podlagi velike verjetnosti v postopkih javnih naročil ni ne ustrezno ne dovoljeno in predstavlja kršitev. Poudarja, da je naročnik v nadaljevanju ravnal v nasprotju z lastnim pozivom s tem, ko je kot ustrezna sprejel dokazila, ki se ne nanašajo na v ponudbi izbranega ponudnika navedena referenčna posla oziroma pogodbo, pač pa na dve drugi pogodbi. Tudi sicer zatrjuje vsebinsko neustreznost novih referenc, ker se nanašata na gojitvena dela v gozdarstvu in ne na zunanjo hortikultura ureditev, ter ker iz priloženih dokumentov ne izhaja ne podatek o številu dreves ne o velikosti območja, ki ga je izbrani ponudnik urejal. Vlagatelj navaja še razloge za neskladnost reference naročnika Občina Tolmin s pogojem za sodelovanje, ki se nanaša na kadrovske referenčne pogoje.

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

I. Uvodno

Med vlagateljem in naročnikom je sporno, ali je naročnik javno naročilo zakonito oddal izbranemu ponudniku – vlagatelj zatrjuje, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna.

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.

Določene pomanjkljivosti v ponudbi je (po poteku roka za oddajo ponudb) dopustno odpravljati ali jih spregledati, vendar gre pri tem dodati, da je to mogoče le pod pogoji in z omejitvami, določenimi v zakonu. Če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, lahko tako naročnik na podlagi petega odstavka 89. člena ZJN-3 zahteva, 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 in transparentnosti. Naročnik od gospodarskega subjekta zahteva dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam. Predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije se lahko nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, je 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.

Četudi torej peti odstavek 89. člena ZJN-3 (pod pogoji, določenimi v zakonu) načeloma dopušča odpravo oziroma spregled določenih pomanjkljivosti v ponudbi, pa je v zvezi s popravljanem in dopolnjevanjem ponudbe (po poteku roka za oddajo ponudb) potrebno upoštevati tudi določbe šestega odstavka 89. člena ZJN-3. Razen kadar gre za popravek ali dopolnitev očitne napake, če zaradi tega popravka ali dopolnitve ni dejansko predlagana nova ponudba, ponudnik skladno s šestim odstavkom 89. člena ZJN-3 ne sme dopolnjevati ali popravljati svoje cene brez DDV na enoto, vrednosti postavke brez DDV, skupne vrednosti ponudbe brez DDV, razen kadar se skupna vrednost spremeni v skladu s sedmim odstavkom 89. člena ZJN-3 (odprava računskih napak), in tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila.

II. Vloga subjekta Invalidsko podjetje Posočje d.o.o.

Vlagatelj zatrjuje, da ni jasna vloga gospodarskega subjekta Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. v ponudbi izbranega ponudnika, saj naj iz predloženih obrazcev ESPD in drugih domnevno nasprotujočih si navedb v ponudbi ne bi bilo jasno, ali ta subjekt nastopa kot partner v skupni ponudbi, kot podizvajalec ali kot subjekt, katerega zmogljivosti uporablja ponudnik, prav tako pa naj ne bi bilo jasno, katera dela naj bi sploh izvedel.

V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila je naročnik v poglavju »3.5.4. Podizvajalci« v dokumentu »Vabilo k oddaji ponudb« (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija) med drugim navedel:

»V primeru, da bo ponudnik pri izvedbi naročila sodeloval s podizvajalci, mora v ESPD navesti vse predlagane podizvajalce. Ponudnik mora v ponudbi predložiti tudi izpolnjene obrazce ESPD za vsakega podizvajalca, s katerim bo sodeloval pri naročilu.

[...]

Če bo ponudnik izvajal javno naročilo s podizvajalci, mora v ponudbi:

- navesti vse podizvajalce ter vsak del javnega naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje,
- kontaktne podatke in zakonite zastopnike predlaganih podizvajalcev,
- izpolnjene ESPD teh podizvajalcev v skladu z 79. členom ZJN-3 ter
- priložiti zahtevo podizvajalca za neposredno plačilo, če podizvajalec to zahteva. [...]

V poglavju »3.1. Obrazec ESPD« je bilo med drugim še navedeno:

»[...] 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, gospodarski subjekt, na katerih kapacitete se sklicuje ponudnik in podizvajalci).

Ponudnik, ki v sistemu e-JN oddaja ponudbo, naloži svoj ESPD v razdelek »Dokumenti«, del »ESPD – ponudnik«, ESPD ostalih sodelujočih pa naloži v razdelek »Sodelujoči«, del »ESPD – ostali sodelujoči«. [...]

Oddana ponudba izbranega ponudnika oziroma spremljajoča dokumentacija vsebuje naslednje dokumente:

- potrdilo o oddaji ponudbe, kjer je kot ponudnik naveden izbrani ponudnik ter kot sodelujoči subjekt IP POSOČJE d.o.o. – zanj pa kot vrsta sodelovanja »Podizvajalec«, izrecno pa je tudi opredeljeno, da ne gre za skupno ponudbo;
- obrazec ESPD izbranega ponudnika, v katerem je v delu II pod točko »A: Informacije o gospodarskem subjektu« na vprašanje »Ali gospodarski subjekt sodeluje pri postopku oddaje javnega naročila skupaj z drugimi subjekti?« odgovorjeno z »Ne«, pod točko »C: Informacije o uporabi zmogljivosti drugih subjektov« na vprašanje »Ali gospodarski subjekt uporablja zmogljivosti drugih subjektov, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje iz dela IV ter merila in pravila (če obstajajo) iz dela V spodaj?« z »Da«, pri čemer je kot subjekt navedeno Invalidsko podjetje Posočje d.o.o., ter pod točko »D: Informacije o podizvajalcih, katerih zmogljivosti gospodarski subjekt ne uporablja« na vprašanje »Ali namerava gospodarski subjekt oddati del javnega naročila v podizvajanje tretjim osebam?« ponovno z »Ne«; v obrazcu je pod razdelkom »Delež podizvajanja« (»Gospodarski subjekt namerava morebiti oddati v podizvajanje naslednji delež (tj. odstotek) javnega naročila. Opozarjamo, da morate v primeru, da se je gospodarski subjekt odločil oddati del javnega naročila v podizvajanje in za izvedbo tega dela uporablja podizvajalčeve zmogljivosti, za te podizvajalce izpolniti ločen enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila, glej oddelek C dela II zgoraj«) še navedeno, da namerava izbrani ponudnik v podizvajanje oddati 10% delež javnega naročila;
- obrazec ESPD gospodarskega subjekta Invalidsko podjetje Posočje d.o.o.;
- »PISNI SPORAZUM o organiziranju in izvajanju varnega dela in skupnih ukrepih na deloviščih v skladu z Zakonom o varnosti in zdravju pri delu (Ur. list RS, št. 43/2011)«, sklenjen med izbranim ponudnikom in subjektom Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. z dne 31. 1. 2024;
- »POGODBA ŠT. V002/2024 0 POSLOVNEM SODELOVANJU«, sklenjena med izbranim ponudnikom in subjektom Invalidsko podjetje Posočje d.o.o., z dne 31. 1. 2024;

- vzorec pogodbe za predmetno javno naročilo, kjer je pod 6. členom navedeno, da bo z izvajalcem (izbranim ponudnikom) pri izvedbi javnega naročila kot podizvajalec sodeloval subjekt Invalidsko podjetje Posočje d.o.o., zanj pa je kot obseg in vrsta del navedeno »Vodenje del (50 %)«.

Državna revizijska komisija kot neutemeljene zavrača očitke vlagatelja glede domnevno nejasne vloge subjekta Invalidsko podjetje Posočje d.o.o., saj glede na vsebino predložene ponudbe ni nobenega dvoma, da ta subjekt nastopa kot podizvajalec izbranega ponudnika. Državna revizijska komisija pri presoji očitkov v zvezi z nedopustnim načinom vključitve subjekta Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. ugotavlja, da navedbe vlagatelja temeljijo na napačnem razumevanju načina izpolnjevanja obrazca ESPD. Pravilna je ugotovitev vlagatelja, da je izbrani ponudnik v lastnem ESPD (del II, oddelek »A: Informacije o gospodarskem subjektu«) navedel, da ne sodeluje z drugimi subjekti; Državna revizijska komisija poudarja, da je način izpolnitve ESPD v tem delu pravilen, saj izbrani ponudnik ni oddal skupne (partnerske) ponudbe, na kar se nanaša vpis v obrazcu. Posledično na podlagi izpolnitve obrazca v tem delu ni mogoče sklepati o podizvajalcih – navedba »Ne« v tem delu ne pomeni, da izbrani ponudnik ne nastopa s podizvajalci. Prav tako je pravilna ugotovitev vlagatelja, da je izbrani ponudnik v lastnem ESPD (del II, oddelek »D: Informacije o podizvajalcih, katerih zmogljivosti gospodarski subjekt ne uporablja«) navedel, da ne namerava oddati javnega naročila v podizvajanje tretjim osebam, katerih zmogljivosti ne uporablja; Državna revizijska komisija pojasnjuje, da tudi ta vpis ne pomeni, da izbrani ponudnik sploh ne nastopa s podizvajalci; vpis namreč pomeni le to, da izbrani ponudnik ne nastopa s takimi podizvajalci, na katerih zmogljivosti se ne sklicuje za izpolnitev pogojev za sodelovanje. Kot izhaja iz drugih delov ESPD oz. ponudbe, izbrani ponudnik s takimi podizvajalci ne nastopa. Izbrani ponudnik namreč v obravnavanem primeru nastopa s podizvajalcem, na zmogljivosti katerega se sklicuje za to, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje, skladno s tem pa je v ESPD (del II, oddelek »C: Informacije o uporabi zmogljivosti drugih subjektov (81. člen ZJN-3)«) pravilno označil, da uporablja zmogljivosti drugih subjektov, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje. Vse navedeno je skladno tudi s potrdilom o oddaji ponudbe, vpisom v vzorcu pogodbe ter v obeh dodatno predloženih pogodbah.

Soglašati je treba z vlagateljevo ugotovitvijo, da izbrani ponudnik za zagotovitev kadrovskega pogoja (naročnik je v okviru poglavja »2.4. Pogoji za sodelovanje« zahteval vodjo ekipe in dodatnega strokovnjaka) priglaša en kader, drug kader pa priglaša podizvajalec Invalidsko podjetje Posočje d.o.o..

Vlagatelj kot problematično še izpostavlja, da ni jasno, ali namerava gospodarski subjekt Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. oddati del javnega naročila v podizvajanje ali ne – iz predloženega obrazca ESPD naj bi izhajalo, da namerava oddati 10% delež javnega naročila v podizvajanje. Državna revizijska komisija pri tem pojasnjuje, da tudi če sporne navedbe v obrazcu ESPD podizvajalca Invalidsko podjetje Posočje d.o.o. ne bi bilo mogoče obravnavati kot očitne napake (po presoji Državne revizijske komisije je namreč ta zapis mogoče v kontekstu celotne ponudbe razumeti na način, da tudi podizvajalec izjavlja, da prevzema 10% vrednosti vseh del v predmetnem javnem naročilu), pa naročnik pravilno opozarja, da obveznosti iz 94. člena ZJN-3 (izvedba javnih naročil s podizvajalcem) v skladu z osmim odstavkom 94. člena ZJN-3 ni določil tudi za podizvajalce podizvajalcev glavnega izvajalca ali nadaljnje podizvajalce v podizvajalski verigi – drži sicer, da – kot to navaja vlagatelj v vlogi z dne 12. 9. 2024 – »je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila na več mestih navedel, da zahteve naročnika veljajo za VSE podizvajalce«, vendar pa ob upoštevanju, (1) da je skladno s prvim odstavkom 94. člena ZJN-3 »podizvajalec« za namen tega zakona gospodarski subjekt, ki je pravna ali fizična oseba in za ponudnika, s katerim je naročnik po tem zakonu sklenil pogodbo o izvedbi javnega naročila ali okvirni sporazum, dobavlja blago ali izvaja storitev oziroma gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila, ter (2) da ZJN-3 ločuje med podizvajalci

(na katere se nanašajo določbe od prvega do sedmega odstavka 94. člena ZJN-3) in podizvajalce podizvajalcev glavnega izvajalca oziroma nadaljnje podizvajalce v podizvajalski verigi, z vlagateljevim zaključkom o tem, da naj bi naročnik določil obveznosti iz 94. člena ZJN-3 tudi za podizvajalčeve podizvajalce, ni mogoče soglašati.

III. Reference ponudnika

V zahtevku za revizijo vlagatelj zatrjuje, da izbrani ponudnik ne izpolnjuje pogoja za sodelovanje, ki se nanaša na usposobljenost ponudnika, po pozivu na dopolnitev dveh referenc pa je izbrani ponudnik priglasil novi referenci (za kateri vlagatelj ravno tako zatrjuje, da sta neustrezni), zato bi ga moral naročnik že zaradi tega izločiti.

ZJN-3 v prvem odstavku 76. člena določa, da 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.

V razpisni dokumentaciji je naročnik pod točko »2.4. Pogoji za sodelovanje« med drugim navedel:

»[...] Pogoj: izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila

Naročnik bo iz postopka javnega naročanja izključil gospodarski subjekt, ki ne izkaže zahtevanih izkušenj o že uspešno zaključenih poslih primerljivih predmetu javnega naročanja.

Ponudnik mora v ponudbi navesti reference prejšnjih naročil, izvedenih v zadnjih treh letih pred potekom roka za oddajo ponudb v tem javnem naročilu, za najmanj izvedbo zunanjih hortikulturnih ureditev v obsegu 5000 m², ki so obsegale najmanj 300 dreves ali je posamezna zasaditev predstavljala vrednost najmanj 200.000 EUR brez DDV.

Kot zaključek del posameznega referenčnega posla velja datum podpisa končnega prevzemnega zapisnika.

Dela so morala biti opravljena strokovno, kvalitetno, pravočasno in v skladu z določili pogodbe.

Posamezna referenca se mora nanašati na enega naročnika in eno oz. zaključen sklop del, ki predstavljajo funkcionalno celoto.

Gospodarski subjekti v ponudbi lahko skupno izpolnjujejo predmetni pogoj. Gospodarski subjekt lahko uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti le, če bodo slednji izvajali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti.

Dokazilo

Obrazec ESPD (v delu IV. Oddelek C., pod »Za naročila blaga: izvedba dobave blaga določene vrste« navesti zahtevane informacije in podatke iz katerih bo mogoče razbrati izpolnjevanje zahtevanega pogoja).

Naročnik si pridržuje pravico, da preveri obstoj in vsebino navedb v ponudbi, v kolikor se bo pojavil dvom o resničnosti ponudnikovih izjav v ESPD. V ta namen mora ESPD vsebovati vse potrebne podatke, da lahko naročnik v uradni evidenci preveri izpolnjevanje predmetnega pogoja.

V kolikor takšna preveritev ne bo mogoča, bo naročnik od gospodarskega subjekta zahteval predložitev dodatnih dokazil, kot na primer: kopije sklenjenih pogodb za referenčne posle, zapisnike operativnih sestankov, druge konkretne podatke o referenčnih poslih, ipd... [...]«.

Med strankama ni sporno, da za izpolnjevanje spornega pogoja za sodelovanje (*»Pogoj: izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila«*) niso upoštevne reference, na katere se sklicuje podizvajalec, se pa stranki razhajata v razlogih, zakaj te reference niso upoštevne. Državna revizijska komisija pritrjuje naročniku v tem, da te reference niso ustrezne že zato, ker se ne nanašajo na izkušnje gospodarskega subjekta v smislu citiranega pogoja za sodelovanje *»Pogoj: izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila«*; iz celotne ponudbene vsebine, upošteva tudi vpise v vzorcu pogodbe, je jasno razvidno, da izbrani ponudnik uporablja zmogljivosti drugih subjektov – tj. podizvajalca I. – zato, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na zahtevani kader vodjo ekipe (opredeljen pod razdelkom *»Pogoj: imenovanje tehničnega osebja, ki bo sodelovalo pri izvedbi javnega naročila«* v okviru poglavja *»2.4. Pogoji za sodelovanje«* razpisne dokumentacije). V tem smislu zato ni mogoče pritrditi vlagatelju v tem, da naj naročnik ne bi imel podlage za ugotovitev, katere reference se nanašajo na katerega od pogojev za sodelovanje, prav tako pa tudi ne v tem, da naj bi naročnik *»[...] s tem, ko je določil, da se navedeni referenčni pogoj ne uporablja za izkazovanje referenc gospodarskega subjekta, ampak imenovanega kadra, nadomestil voljo gospodarskega subjekta in po roku za prejem ponudbe spremenil ponudbo izbranega ponudnika, kar pa ni dopustno«*.

Za presojo izpolnjevanja pogoja za sodelovanje so torej ključne reference, na katere se sklicuje izbrani ponudnik, ki je s tem v zvezi v ponudbi:

- v obrazcu ESPD navedel dve referenci z opisom *»Storitve gojitvenih, varstvenih in drugih del, ki so potrebna za zagotavljanje ekoloških funkcij gozda za SIDG d.o.o.«*, ki ju je izvedel kot glavni izvajalec, eno v znesku 12.746,16 EUR v obdobju 4. 7. 2023 – 14. 12. 2023 in drugo v znesku 14.607,10 EUR v obdobju 21. 4. 2023 – 25. 9. 2023;
- predložil dokument *»ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA ODGOJ 2023-SKLOP 1-TO_0020«*, iz katerega je razvidno, da se je *»Javno naročilo Storitve gojitvenih, varstvenih in drugih del, ki so potrebna za zagotavljanje ekoloških funkcij v gozdovih«* oddalo izbranemu ponudniku za ceno 12.746,16 EUR brez DDV; dokumentu je priložena tudi specifikacija obračuna, iz katere so razvidne vrste in količine dela ter obseg v ha;

- predložil dokument »ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA ODGOJ 2023-SKLOP 1-TO_0040«, iz katerega je razvidno, da se je »Javno naročilo Storitve gojitvenih, varstvenih in drugih del, ki so potrebna za zagotavljanje ekoloških funkcij v gozdovih« oddalo izbranemu ponudniku za ceno 14.607,10 EUR brez DDV; dokumentu je priložena tudi specifikacija obračuna, iz katere so razvidne vrste in količine dela ter obseg v ha.

Iz zapisanega pogoja za sodelovanje (*»Pogoj: izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila«*) je razvidno, da ponudniki lahko izkažejo referenco za izvedbo zunanjih hortikulturnih ureditev v obsegu 5000 m² na dva načina: bodisi s poslom, ki je obsegal najmanj 300 dreves, bodisi s poslom, kjer je posamezna zasaditev predstavljala vrednost najmanj 200.000,00 EUR brez DDV. Priglašene reference v ponudbi izbranega ponudnika se nedvomno ne nanašajo na posle, kjer bi posamezna zasaditev predstavljala vrednost najmanj 200.000,00 EUR brez DDV, iz zapisanega v ponudbi pa ni (bilo) mogoče razbrati, ali kateri od poslov obsega vsaj 300 dreves. Kot izhaja iz odstopljene dokumentacije in navedb naročnika, je naročnik preverjal referenci pri referenčnem naročniku, in sicer izrecno iz vidika, ali je bila v okviru katerega od obeh referenčnih poslov izvedena taka zunanja hortikulturna ureditev v obsegu 5.000 m², ki je obsegala najmanj 300 dreves; naročnik od referenčnega naročnika tozadevne potrditve ni prejel, v posledici česar teh dveh referenčnih poslov (upravičeno) ni štel kot ustreznih.

Po (neuspešni) preverbi v ponudbi priglašenih referenc je naročnik na izbranega ponudnika naslovil *»Poziv naročnika za dostavo dokazil in dopolnitev«* z dne 23. 7. 2024, v katerem je izbranega ponudnika skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 pozval na dopolnitev ponudbe s predložitvijo dokazila, da *»[...] ste v okviru navedenih referenčnih poslov izvedli zunanjo hortikulturno ureditev v obsegu 5000 m², ki je obsegala najmanj 300 dreves«*; naročnik je še dodal, da če izbrani ponudnik ne bo ravnal skladno s pozivom, ga bo primoran izključiti iz postopka oddaje javnega naročila.

Med strankami ni sporno dejstvo, da je izbrani ponudnik po pozivu naročnika glede zadevnega pogoja za sodelovanje (*»Pogoj: izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila«*) predložil specifikacijo obračuna, ki se nanaša na pogodbo *»ODGOJ 2023- SKLOP 1-PO_0151«* ter *»ODLOČB[1] O IZVEDBI POTREBNI GOJITVENIH DEL IN VARSTVENIH DEL ZA ZAŠČITO PRED DIVJADJO«* št. 3408-14-2101-B656/23-1 in št. 3408-14-2101-B657/23-1, na podlagi katerih so bila izvedena v obračunu navedena dela.

Na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja, kot izhaja iz ponudbe izbranega ponudnika in njene dopolnitve, Državna revizijska komisija kot ključno pri presoji dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika ugotavlja dvoje. Prvič, izbrani ponudnik je v ponudbi navedel dva referenčna posla, prvega z oznako *»[...] ODGOJ 2023- SKLOP 1-TO_0020«* in drugega z oznako *»[...] ODGOJ 2023- SKLOP 1-TO_0040«*, v dopolnitvi ponudbe pa je navedel drug referenčni posel z oznako *»ODGOJ 2023- SKLOP 1-PO_0151«*, ki mu je priložil tudi novo specifikacijo obračuna. Navedeno pomeni, da je izbrani ponudnik v dopolnitvi ponudbe navedel drug referenčni posel, čeprav ga je naročnik v pozivu k dopolnitvi ponudbe izrecno (z opozorilom o izključitvi ponudbe) pozval, naj dopolni oziroma pojasni v ponudbi navedena referenčna posla. V zvezi s tem so zato utemeljeni pomisleki vlagatelja o tem, da se po pozivu predloženi dokumenti ne nanašajo na v ponudbi opredeljena referenčna posla, ampak na posel oziroma pogodbo, katere izbrani ponudnik v ponudbi ni navedel in se naročnikov poziv nanjo ni nanašal (in bi ga torej moral naročnik že na tej podlagi skladno z opozorilom v pozivu izključiti iz postopka). Posledično je treba ugotoviti, da izbrani ponudnik naročniku niti v ponudbi niti v njeni dopolnitvi ni posredoval podatka o tem, koliko dreves obsega vsak izmed v ponudbi navedenih referenčnih poslov oziroma ali kateri izmed njiju obsega vsaj 300 dreves, kot je naročnik zahteval v citiranem referenčnem pogoju.

In drugič, izbrani ponudnik niti z novo predloženimi dokumenti ni izkazal hortikulture ureditve 300 dreves ali zasaditev v vrednosti 200.000,00 EUR brez DDV – kot utemeljeno opozarja vlagatelj, iz predloženih odločb izhaja, da je Zavod za gozdove Slovenije lastniku gozdov (Republiki Sloveniji) naložil izvedbo potrebnih gojitvenih in varstvenih del za zaščito pred divjadjo (med njimi tudi zasaditev skupno 6.000 sadik hrasta na skupno 3 ha), vendar pa iz nobenega dokumenta ne izhaja, koliko sadik je bilo dejansko posajenih v okviru referenčnega posla. Navedeno pomeni, da je izbrani ponudnik v dopolnitvi ponudbe ne samo nedopustno predložil novo referenco, temveč da tudi za slednjo ni izkazal izpolnjevanja vseh zahtev, ki jih je naročnik določil v citiranem referenčnem pogoju.

Že upoštevajoč vse navedeno Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da naročnik ni imel podlage za ugotovitev, da izbrani ponudnik s predloženimi referencami izkazuje izpolnjevanje zadevnega pogoja za sodelovanje (*»Pogoj: izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila«*). Državna revizijska komisija se tako ne opredeljuje posebej še do vprašanja, ali je mogoče izvedena dela sploh obravnavati kot *»hortikulture ureditev«* (kakor je bilo zahtevano s pogojem za sodelovanje), saj to ne vpliva na ugotovitev, da naročnik ni ravnal v skladu z ZJN-3 s tem, ko je v posledici ugotovitve, da izbrani ponudnik izpolnjuje pogoj za sodelovanje, ponudbo izbranega ponudnika obravnaval kot dopustno.

V vlogi z dne 12. 9. 2024 vlagatelj zatrjuje še, da iz predloženih dokumentov ni razvidno, ali A. A. izpolnjuje referenčni kadrovski pogoj. Državna revizijska komisija pri tem opozarja na šesti odstavek 29. člena ZPVPJN, skladno s katerim se vlagatelj lahko v treh delovnih dneh od prejema odločitve iz prve ali druge alineje prvega odstavka 29. člena ZPVPJN opredeli do navedb naročnika v tej odločitvi, vendar ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov, razen če dokaže, da jih brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti v predrevizijskem postopku. V obravnavanem primeru vlagatelj ni (niti zatrjeval niti) dokazal, da brez svoje krivde zatrjevane nove kršitve glede neizpolnjevanja pogoja za sodelovanje *»Pogoj: imenovanje tehničnega osebja, ki bo sodelovalo pri izvedbi javnega naročila«* ni mogel uveljavljati že z zahtevkom za revizijo.

IV. Sklepno

V posledici dosedanjih ugotovitev in zaključkov glede izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, ki se nanaša na reference ponudnika (*»Pogoj: izkušnje za izvajanje predmeta javnega naročila«*), je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN vlagateljevemu zahtevku za revizijo ugodila in razveljavila odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta *»Odločitev o javnem naročilu«* z dne 19. 8. 2024.

Ker se z razveljavitvijo odločitve o oddaji javnega naročila postopek oddaje javnega naročila vrne v fazo pregleda in ocenjevanja ponudb (89. člen ZJN-3 v povezavi z 2. alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN), Državna revizijska komisija naročnika z namenom pravilne izvedbe postopka v delu, ki je bil razveljavljen, na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN, napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje konkretnega javnega naročila sprejme eno od odločitev, ki jih predvideva ZJN-3, pri tem pa upošteva ugotovitve Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa. Naročnik mora pri svojem ravnanju upoštevati zlasti, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku (prvi odstavek 6. člena ZJN-3).

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo in v vlogi z dne 12. 9. 2024 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 (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 12.823,92 EUR;
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 1.600 točk (prva točka tar. št. 44 OT, ob upoštevanju višine točk, kot jih je v zahtevku za revizijo navzgor zamejil vlagatelj), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 1.171,20 EUR;
- izdatke v pavšalnem znesku (vlagatelj izdatkov v dejanski višini ni specificiral niti izkazal) po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk ter 1 % od presežka nad 1.000 točk) v višini 26 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 19,03 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala:

- priglašeni stroškov za sestavo vloge z dne 12. 9. 2024, s katero se je vlagatelj opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo, saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena ter drugi odstavek 2. člena OT) – navedbe v vlogi z dne 12. 9. 2024 niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve;
- priglašeni stroškov za sestanek s stranko po tar. št. 43/1 OT (100 točk) ter za pregled listin in druge dokumentacije po tar. št. 43/2 OT (100 točk), saj gre za stroške za storitve, ki so že zajeti v strošku odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo in ne za samostojne storitve (prim. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-221/2017, 018-011/2018, 018-038/2022).

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 14.014,15 EUR, ki mu jih je dolžan povrniti naročnik v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva se zavrne.

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

Pravni pouk:

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

Predsednik senata:
Andraž Žvan, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve.