

Številka: 018-115/2023-4  
Datum: 11. 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. 43/11 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Marka Medveda kot predsednika senata ter Igorja Luzarja in Aleksandra Petrovčiča kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Investicijsko vzdrževalna dela na objektu Avditorij Portorož - oprema*« v sklopu 4 »*Vzmetni baletni pod*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj MAORI, odrska in scenska tehnika, d.o.o., Savlje 87G, 1000 Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Potočnik in Prebil, o.p., d.o.o., Ajdovščina 4, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Piran, Tartinijev trg 2, 6330 Piran - Pirano (v nadaljevanju: naročnik), 11. 10. 2023

### odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi naročnikova odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 4, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 544-0004/2023 z dne 30. 8. 2023.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 1.409,71 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

### Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja v postopku naročila male vrednosti, je bilo 4. 8. 2023 objavljeno na Portalu javnih naročil pod št. objave JN005174/2023-W01.

Naročnik je 30. 8. 2023 sprejel in istega dne na Portalu javnih naročil objavil odločitev o oddaji javnega naročila št. 544-0004/2023 za sklopa 2 in 4 (v nadaljevanju: izpodbijana odločitev), iz katere izhaja, da je naročnik v sklopu 4 (Vzmetni baletni pod) javno naročilo oddal ponudniku GORUP – AUDIO, STOJAN GORUP, s. p., Kolodvorska ulica 2, 6210 Sežana (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), vlagateljeve ponudbe pa zaradi tega, ker je ekonomsko manj ugodna, z vidika dopustnosti ni preverjal.

Vlagatelj je 6. 9. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga, da se izpodbijano odločitev v sklopu 4 razveljavi, zahteva pa tudi povrnitev priglašениh stroškov postopka pravnega varstva.

Uvodoma ob citiranju relevantnih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija) in s sklicevanjem na določbo 94. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) poudarja, da je naročnik od subjektov, ki v izvedbo prevzemajo predmet javnega naročila v sklopu 4, za izkaz usposobljenosti zahteval predložitev referenc o že opravljenih istovrstnih referenčnih poslih, pri čemer je dopustil tudi izvedbo javnega naročila s podizvajalci, ki pa so jih bili ponudniki, po izrecni naročnikovi zahtevi, dolžni nominirati že v ponudbi. V nadaljevanju zatrjuje, da je naročnik izbranemu ponudniku neutemeljeno priznal tehnično sposobnost (točka 4 – referenčni pogoj), saj izbrani ponudnik sam ni predložil reference, s katero bi dokazal, da je v preteklosti uspešno opravil primerljiva dela. Izbrani ponudnik je namreč na obrazcu »Ponudba« označil, da pri predmetnem javnem naročilu nastopa samostojno, pri tem pa v ponudbi predložil seznam treh referenčnih poslov, ki jih ni izvedel sam. Iz predloženega seznama referenc je nedvoumno razvidno, da reference pripadajo subjektu H. E., ki ga je izbrani ponudnik na obrazcu »Specifikacije« navedel kot proizvajalca ponujenega vzmetnega baletnega poda, navedeno pa izhaja tudi iz pridržane izjave (ang. »*disclaimer*«), ki jo je podal proizvajalec ponujene opreme in ki je podatke o priglašениh referencah posredoval (jih »posodil«) izbranemu ponudniku izključno za namene prijave na predmetno javno naročilo. Izbrani ponudnik je tako v ponudbi priglasil (predložil) tri reference proizvajalca H. E., ne da bi hkrati priglasil tudi lastne reference oziroma nominalno proizvajalca opreme kot podizvajalca, ki bo zanj proizvedel (in montiral) blago po posebnih specifikacijah naročnika.

Dalje vlagatelj zatrjuje, da je ponudba izbranega ponudnika nedopustna tudi iz razloga, ker namerava izbrani ponudnik proizvajalcu (ki bi ga moral priglasiti kot podizvajalca) v izvedbo predati celotno javno naročilo (tj. 100% del), kar predstavlja kršitev prvega odstavka 94. člena ZJN-3, ki izrecno določa, da se v podizvajanje lahko odda le del javnega naročila. Izbrani ponudnik namreč priglašа reference proizvajalca za izkaz sposobnosti izvedbe celotnega predmeta naročila, zato je očitno njegova volja, da javno naročilo v celoti izvede proizvajalec, in ne izbrani ponudnik sam. Nadalje poudarja, da bi bila ponudba izbranega ponudnika nedopustna kljub morebitni ugotovitvi, da se proizvajalčeve reference nanašajo izključno na dobavo ponujenega predmeta (iz referenčne liste je namreč razvidno, da se referenčni posli nanašajo na t. i. »*delivery*«), ne pa tudi na montažo slednjega in da bo proizvajalec (pod)izvajal le dobavo opreme. Izbrana ponudba bi bila namreč še vedno obremenjena z nepravilnostjo zaradi opustitve priglasitve podizvajalca, ki bo izvedel dobavo opreme. V vsakem primeru pa bi v delu montaže referenčni pogoj ostal neizpolnjen in posledično neizkazana sposobnost za izvedbo montaže, ki je sestavni del predmeta javnega naročila, saj izbrani ponudnik zanjo ni predložil nikakršnih referenc – niti lastnih niti referenc drugih subjektov, ki bodo izvajali montažo.

Vlagatelj na koncu še poudarja, da z vidika prava javnih naročil referenc ni mogoče zagotoviti tako, da si jih ponudnik izposodi in jih preprosto »prenese« s pravnim poslom, saj reference niso zmogljivosti, ki bi si jih bilo mogoče sposoditi od drugih gospodarskih subjektov, zato ni upoštevna določba 81. člena ZJN-3. Ob tem dodaja, da je volja izbranega ponudnika glede izvedbe javnega naročila vsaj nerazumljiva oziroma nejasna, saj iz ponudbene dokumentacije ni mogoče jasno in nedvoumno ugotoviti, ali namerava predmet naročila izvesti sam (četudi zanj ni izkazano usposobljen) ali pa namerava izvedbo javnega naročila poveriti nepriglašенemu podizvajalcu (proizvajalcu), na čigar reference se sklicuje. Zato naročnik ni mogel zanesljivo ugotoviti, kakšna je bila volja izbranega ponudnika v času oddaje ponudbe glede nastopanja s podizvajalci, navedeno pa po mnenju vlagatelja prav tako predstavlja samostojen razlog za izločitev ponudbe

izbranega ponudnika iz postopka oddaje javnega naročila oziroma za razveljavitev izpodbijane odločitve.

Naročnik je 11. 9. 2023 v skladu s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN izbranemu ponudniku v izjasnitev posredoval zahtevek za revizijo. Iz vpogleda na portal eRevizija izhaja, da se izbrani ponudnik o vloženem zahtevku za revizijo ni izjasnil.

Naročnik je z dokumentom »*Odločitev o zahtevku za revizijo*« št. 544-0004/2023 z dne 15. 9. 2023 (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo) vlagatelj zahtevek za revizijo zavrnil kot neutemeljenega ter posledično zavrnil tudi njegovo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

Uvodoma ob opisu v razpisni dokumentaciji določenega načina izpolnjevanja spornega referenčnega pogoja poudarja, da lahko v konkretnem primeru izpolnjevanje referenčnega pogoja izkaže katerikoli gospodarski subjekt (ponudnik, partner ali podizvajalec), ter da v fazi oddaje ponudbe ni zahteval potrditve referenčnih poslov s strani referenčnega naročnika, s čimer je sledil določbi tretjega odstavka 47. člena ZJN-3 (v kateri je navedeno, da lahko naročnik zahteva, da ponudnik izkaže izpolnjevanje vseh zahtev naročnika z ESPD ali drugo lastno izjavo).

Dalje pojasnjuje, da je za potrebe izkazovanja referenčnega pogoja predvidel obrazec »Referenčni posli gospodarskega subjekta«, ki ga je izbrani ponudnik predložil v ponudbi, pri čemer vlagatelj ne izpodbija ustreznosti navedenih referenčnih poslov glede na opis iz referenčnega pogoja (tj. istovrstnosti posla), zato navedeno ni sporno. Prav tako ni sporno, da je družba H. E., katere vodja prodaje je podpisnik predmetnega obrazca v ponudbi izbranega ponudnika, proizvajalec s strani izbranega ponudnika ponujenega blaga. V nadaljevanju poudarja, da obrazca ni sestavil na način, da bi v njem predvidel polje za navedbo izvajalca referenčnega posla, saj glede na neobsežnost in nekompleksnost predmeta naročila ni pričakoval, da bodo ponudbe oddali ponudniki v skupnem nastopu s partnerji ali skupaj s podizvajalci (kljub temu, da slednje sicer dopušča). Naročnik kot nesporno označi tudi dejstvo, da izbrani ponudnik nastopa samostojno, brez partnerjev in podizvajalcev, ter ob tem pojasnjuje, da je izbrani ponudnik navedeno na obrazcu »Ponudba« pregledno in razločno označil, pri čemer je pustil prazne tudi obrazce, namenjene navedbi partnerjev oziroma podizvajalcev, ter v ponudbi ni predložil partnerske pogodbe ali obrazca »Izjava gospodarskega subjekta« (izpolnjenega s strani tretjega gospodarskega subjekta).

Naročnik še izpostavlja, da pripisa (pripisane izjave) podpisnika obrazca, ki ga je v ponudbi predložil izbrani ponudnik, ni mogoče razumeti na način, kot ga prikazuje vlagatelj (da reference pripadajo proizvajalcu in ne ponudniku). Proizvajalec namreč ni naveden kot izvajalec referenčnega posla, podpis obrazca pa sam po sebi izkazuje resničnost navedb v zadevnem obrazcu in je temu tudi namenjen. Ker izbrani ponudnik ponuja vzmetni baletni pod istega proizvajalca, navedeno pomeni, da je proizvajalec s podpisom obrazca potrdil, da so reference resnične, s pripisom pa izkazal, da je izbrani ponudnik uradni zastopnik ponujene opreme in upravičen v predmetnem postopku ponuditi opremo proizvajalca, ter tako potrdil seznanjenost z namero izbranega ponudnika. Naročnik zatrjuje, da vlagatelj ob upoštevanju trditveno-dokaznega bremena navedb o tem, da referenc ni izvedel izbrani ponudnik, ni izkazal, saj ni predložil nobenega dokazila, iz katerega bi bilo razvidno, da so bile reference izvedene s strani proizvajalca samega. Kot neutemeljene in neizkazane zavrača tudi navedbe vlagatelja, da izbrani ponudnik ni priglasil proizvajalca kot podizvajalca in o nejasnosti volje izbranega ponudnika glede načina izvedbe predmeta javnega naročila, saj vlagatelj ni predložil nobenih dokazil, s katerimi bi izkazal, da želi izbrani ponudnik del javnega naročila oddati v podizvajanje drugemu

gospodarskemu subjektu ali da izbrani ponudnik ni tehnično ali kadrovske sposoben izvesti predmeta naročila.

Naročnik nenazadnje poudarja tudi, da vlagatelj zamenjuje termina podizvajalec in proizvajalec ali pa ju namenoma nepravilno izenačuje, saj skladno z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije (v zadevi št. 018-038/2019) termina nista enaka (oziroma funkciji teh dveh subjektov), glede na določbe ZJN-3 in določila razpisne dokumentacije pa ponudnik proizvajalca v ponudbi ni dolžan prijaviti.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 20. 9. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila ter dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se je do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo opredelil z vlogo z dne 20. 9. 2023, v kateri vztraja pri revizijskih navedbah in prereka naročnikove razloge za zavrnitev zahtevka za revizijo. Najprej zavrača naročnikovo navedbo, da v zahtevku za revizijo ni očitil vsebinske (ne)ustreznosti priglašenih referenčnih poslov izbranega ponudnika. V zvezi s tem poudarja, da je v zahtevku za revizijo zatrjeval, da izbrani ponudnik s priglasitvijo spornih referenc ni izkazal usposobljenosti za izvedbo javnega naročila v delu montaže dobavljenega blaga, in dodaja, da izbrani ponudnik prav tako nikjer ni jasno navedel subjekta, ki bo to montažo izvedel. Dalje zavrača navedbo naročnika, da je nesporno, da izbrani ponudnik nastopa samostojno, saj naročnik na podlagi ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika ni mogel zanesljivo ugotoviti, kateri od sodelujočih subjektov bo izvajal posamezen del javnega naročila. Navedenega ne spremeni niti odsotnost obrazcev, ki se nanašajo na podizvajalce, pri čemer se sklicuje na prakso Državne revizijske komisije (v zadevi št. 018-027/2023), da naročnik podatkov v ponudbi izbranega ponudnika (v zvezi s priglašenimi referencami) ne more odpraviti kot očitne napake s sklicevanjem na odsotnost drugih dokumentov, ki so bili zahtevani za nominirane podizvajalce, in samovoljno nadomestiti volje ponudnika (češ da ta ne nastopa s podizvajalci). Nadalje kot nerelevantno označi naročnikovo navedbo, da obrazca ni sestavil na način, da bi predvidel polje za navedbo izvajalca referenčnega posla. Ne glede na to je izbrani ponudnik v obrazcu samoiniciativno navedel pridržek, s katerim je pojasnil, da je nosilec priglašenih referenc proizvajalec ponujene opreme, zato se ta podatek šteje kot sestavni del ponudbene dokumentacije, prav tako pa iz namena referenc izhaja, da mora sposobnost za izvedbo naročila izkazati tisti subjekt (izvajalec referenčnih poslov), ki bo javno naročilo tudi dejansko izvajal. Vlagatelj zavrača tudi naročnikovi navedbi glede razumevanja pridržka (izjave), ki jo je podal proizvajalec pod navedbo referenc, ter glede tega, da vlagatelj ni zmožal trditveno-dokaznega bremena.

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo preverila, ali je 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 in naročnika je Državna revizijska komisija odločila tako, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Med strankama je spor o tem, ali je naročnik ponudbo izbranega ponudnika upravičeno označil kot dopustno in mu oddal javno naročilo.

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 naročnik odda javno naročilo na podlagi meril, po tem, ko preveri da so izpolnjeni naslednji pogoji: (a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu ter 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. ter 83. člena ZJN-3, če so ta bila določena.

V skladu s prvim odstavkom 76. člena ZJN-3 lahko naročnik med drugim določi pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost. Naročnik lahko v okviru tega pogoja zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil (prva in druga poved desetega odstavka 76. člena ZJN-3). Reference so tako po svoji naravi dokazila, da je ponudnik sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj z njimi dokazuje, da je istovrstno oziroma primerljivo storitev v preteklosti že uspešno izvedel, naročnik pa lahko na njihovi podlagi utemeljeno sklepa, da ima ponudnik ustrezno znanje, izkušnje in kapacitete, potrebne za izvedbo javnega naročila, in si s tem zagotovi, da bo javno naročilo izvedel usposobljen in izkušen subjekt.

Naročnik predmetno javno naročilo izvaja po postopku oddaje javnega naročila male vrednosti, v katerem lahko, v skladu s tretjim odstavkom 47. člena ZJN-3, zahteva, da ponudnik izkaže izpolnjevanje vseh njegovih zahtev z ESPD ali drugo lastno izjavo, ne glede na drugi odstavek 89. člena ZJN-3 pa naročniku ni treba preveriti obstoja in vsebine navedb v ponudbi, razen če dvomi o resničnosti ponudnikovih izjav v ESPD.

V izpodbijanem sklopu 4 želi naročnik pridobiti izvajalca, ki bo v okviru investicijsko-vzdrževalnih del na objektu Avditorij Portorož izvedel dobavo in montažo vzmetnega baletnega poda. Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila gre najprej ugotoviti, da je naročnik kot enega izmed pogojev za sodelovanje v 4. točki poglavja »Pogoji za ugotavljanje sposobnosti« za vsak sklop določil tudi referenčni pogoj. Naročnik je tako za sklop 4 navedel:

*»Ponudnik mora izkazati, da je v zadnjih treh letih pred rokom za oddajo ponudb uspešno izvedel vsaj tri istovrstne posle. Naročnik bo kot istovrstni posel priznal vsak posel, ki je obsegal: [...] za sklop 4: dobava in montaža vzmetnega baletnega odrskega poda, velikosti najmanj 10 x 10 m. Posel šteje za dokončanega z dnem podpisa primopredajnega zapisnika.«.*

Dalje je v isti točki določil tudi način izkazovanja predmetnega pogoja, in sicer je zapisal:

*»Izpolnjevanje pogoja lahko izkaže katerikoli gospodarski subjekt (ponudnik, partner ali podizvajalec). Ponudnik referenčne posle navede v obrazec Obr. Referenčni posli gospodarskega subjekta. V fazi oddaje ponudbe ni potrebno, da so referenčni posli potrjeni s strani naročnika referenčnega posla. Naročnik si v fazi pregleda ponudb pridržuje pravico zahtevati referenčna potrdila, potrjena s strani naročnika referenčnega posla.«.*

Izbrani ponudnik je v ponudbi, skladno s citirano zahtevo razpisne dokumentacije, za sklop 4 predložil izpolnjen obrazec »Referenčni posli gospodarskega subjekta«, v katerem so navedene

tri reference, obrazec pa je na mestu, predvidenem za žig in podpis ponudnika, podpisan s strani gospodarskega subjekta H. E. (oziroma vodje prodaje tega subjekta). Pod podpisom je podan tudi pripis tega gospodarskega subjekta v angleškem jeziku, iz katerega (v prevodu) izhaja, da referenčni obrazec (potrdilo) izdaja subjekt H. E. kot proizvajalec v imenu oziroma na zahtevo izbranega ponudnika za namen njegovega sodelovanja v predmetnem postopku javnega naročila.

ZJN-3 v postopkih oddaje javnega naročila blaga, za razliko od oddaje javnega naročila gradenj ali storitev, ne nalaga obveznosti prijave podizvajalcev (prim. drugi odstavek 94. člena ZJN-3). Četudi pa ZJN-3 v teh postopkih ne zahteva priglasitve podizvajalcev, lahko naročnik tudi pri javnem naročilu blaga v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteva priglasitev podizvajalcev in v tem primeru prav tako veljajo obveznosti, ki so glede podizvajalcev določene v 94. členu ZJN-3 (prim. 1. alinejo osmega odstavka 94. člena ZJN-3).

Kot pravilno poudarja vlagatelj, je naročnik v obravnavanem postopku javnega naročila blaga v razpisni dokumentaciji v poglavju »Skupne ponudbe in ponudbe s podizvajalci« v 20. točki (izrecno) opredelil tudi morebitno sodelovanje ponudnika s podizvajalci oziroma zahteval priglasitev podizvajalcev, in sicer je najprej podal definicijo podizvajalca, kot jo določa prvi odstavek 94. člena ZJN-3, nato pa določil, katere dokumente mora ponudnik predložiti v ponudbi v primeru izvedbe javnega naročila s podizvajalci. Naročnik je tako zapisal:

*»Skladno z določili ZJN-3 je podizvajalec gospodarski subjekt, ki je pravna ali fizična oseba in za ponudnika, s katerim naročnik po ZJN-3 sklene pogodbo, dobavlja blago ali izvaja storitev oziroma gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila. Če bo ponudnik izvajal javno naročilo s podizvajalci, mora v ponudbeni dokumentaciji:*

- *navesti vse podizvajalce, njihove kontaktne podatke, zakonite zastopnike ter vsak del javnega naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje na obrazcu Obr. Ponudba,*
- *predložiti Obr. Izjava gospodarskega subjekta,*
- *v kolikor podizvajalec zahteva neposredna plačila, predložiti obrazec Obr. Soglasje podizvajalca ter Obr. Lastniška struktura.«.*

Med strankama je nesporno, da je izbrani ponudnik v obrazcu »Ponudba« označil, da nastopa samostojno ter posledično ni navedel podatkov in predložil dokumentov, ki jih je naročnik zahteval v primeru oddaje ponudbe s podizvajalci (oziroma v primeru skupne ponudbe). Nesporno je tudi, da je obrazec »Referenčni posli gospodarskega subjekta«, predložen v ponudbi izbranega ponudnika, podpisal gospodarski subjekt, ki ni izbrani ponudnik, slednji pa tega subjekta tudi ni navedel v ponudbi (kot partnerja v skupni ponudbi ali kot podizvajalca). Upoštevajoč način izpolnitve predmetnega obrazca pa je med njima sporno, ali priglašene reference pripadajo izbranemu ponudniku (kar zatrjuje naročnik) ali pripadajo subjektu H. E. (ki je podpisal sporni obrazec), v zvezi s čimer je nadalje sporno vprašanje, ali bi izbrani ponudnik subjekt H. E., skladno z določili ZJN-3 in citiranimi določbami razpisne dokumentacije, v ponudbi moral priglasiti kot podizvajalca ter zanj navesti ustrezne podatke in predložiti ustrezne dokumente (kar zatrjuje vlagatelj).

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da vlagatelj v zahtevku za revizijo jasno in konkretizirano zatrjuje, da je nosilec priglašениh referenc subjekt H. E. (tj. proizvajalec ponujenega blaga) in za to predlaga tudi ustrezne dokaze, zato ni mogoče pritrčiti naročniku, da vlagatelj ni izpolnil trditveno-dokaznega bremena. Glede na sporno vprašanje namreč ni potrebno, da bi vlagatelj (kot to zatrjuje naročnik) moral izkazati, da izbrani ponudnik ni tehnično ali kadrovske sposoben izvesti predmeta javnega naročila, prav tako pa ni dolžan izkazati, da so bile reference dejansko izvedene s strani proizvajalca samega. V konkretnem primeru je namreč

ključno, ali je naročnik (zgolj) na podlagi podatkov v ponudbi utemeljeno zaključil, da priglašene reference pripadajo izbranemu ponudniku (in ne subjektu H. E., ki je v konkretnem primeru tudi proizvajalec ponujene opreme).

V zvezi s sklicevanjem naročnika na prakso Državne revizijske komisije o ločitvi pojmov »proizvajalec« in »podizvajalec« ter navedbo, da ponudnik glede na določbe ZJN-3 ni dolžan prigrasiti proizvajalca, je treba pojasniti, da Državna revizijska komisija v vsakem posameznem primeru posebej (glede na konkretno dejansko stanje in upoštevajoč revizijske navedbe) presoja, ali bi bilo treba proizvajalca ponujenega blaga obravnavati kot podizvajalca ali ne (kar izhaja tudi iz odločitve v zadevi št. 018-038/2019, na katero se sklicuje naročnik). Vendar pa je v obravnavanem primeru, kot že navedeno, na podlagi predstavljenega dejanskega stanja, najprej treba odgovoriti na vprašanje, kdo je nosilec priglašениh referenc oziroma, ali iz načina izpolnitve obrazca o seznamu referenčnih poslov res jasno izhaja, da je referenčne posle izvedel izbrani ponudnik, kot je to ugotovil naročnik.

V obravnavanem primeru je naročnik, upoštevajoč izpostavljene določbe razpisne dokumentacije, v obrazcu »Referenčni posli gospodarskega subjekta« pod navedbo referenc predvidel podpis ponudnika, pri čemer je dopustil, da lahko izpolnjevanje referenčnega pogoja izkaže kateri koli gospodarski subjekt v ponudbi (tako ponudnik kot tudi partner ali podizvajalec). Glede na navedeno in upoštevajoč že opisani namen referenc je tako jasno, da je sporni obrazec namenjen navedbi referenc, izvedenih s strani posameznega gospodarskega subjekta, ki bo v okviru oddane ponudbe sodeloval pri izvedbi javnega naročila – torej referenc, izvedenih s strani ponudnika, partnerja ali podizvajalca. Kot pravilno izpostavlja naročnik, v fazi oddaje ponudbe ni zahteval, da ponudniki predložijo tudi referenčna potrdila, potrjena s strani naročnika referenčnega posla, si pa je pridržal pravico, da jih bo lahko od ponudnikov zahteval v okviru preverjanja ponudb. Naročnik tako niti v fazi oddaje niti v okviru preverjanja ponudb od ponudnikov ni zahteval, da bi morali predložiti obrazce oziroma potrdila, podpisana s strani proizvajalca (v konkretnem primeru subjekta H. E.), še manj pa, da bi proizvajalec s podpisom potrdil vsebino referenc, ki jih je gospodarski subjekt opravil za referenčnega naročnika. Ker torej v konkretnem primeru proizvajalec (subjekt H. E.) ni naročnik referenčnih poslov, priglašениh v ponudbi izbranega ponudnika (kar izhaja navedb v rubriki »Naročnik referenčnega posla«), Državna revizijska komisija – ne glede na pripis subjekta H. E. pod njegovim podpisom – ugotavlja, da ponudbena dokumentacija ne daje podlage za razlago naročnika, da iz vsebine obrazca jasno izhaja, da priglašene reference pripadajo izbranemu ponudniku ter da podpis spornega obrazca s strani proizvajalca sam po sebi izkazuje zgolj resničnost navedb v tem obrazcu.

Na temelju predstavljenih dejstev tako Državna revizijska komisija ugotavlja, da v obravnavanem primeru na podlagi vsebine predloženega obrazca v ponudbi izbranega ponudnika ni mogoče napraviti zaključka, da zadevne reference pripadajo izbranemu ponudniku, kot to zatrjuje naročnik, vendar pa tudi ni mogoče napraviti zaključka, da pripadajo proizvajalcu (subjektu H. E.), kot to zatrjuje vlagatelj. Državna revizijska komisija se zato strinja z vlagateljem v tem, da so v ponudbi izbranega ponudnika predstavljeni podatki nejasni in dvoumni ter da zaradi tega naročnik na njihovi podlagi ni mogel (že) utemeljeno zaključiti, da je izbrani ponudnik nosilec priglašениh referenc. Ker torej ni mogoče ugotoviti, kateremu subjektu pripadajo v ponudbi navedene reference, posledično ni mogoče ugotavljati, ali so vsi (sodelujoči) subjekti v izbrani ponudbi tudi pravilno nominirani.

Med strankama je dalje sporna tudi vsebinska ustreznost referenc, navedenih v ponudbi izbranega ponudnika. Vlagatelj namreč zatrjuje, da referenčni pogoj ni izkazan v delu montaže

ponujene opreme, zato ne drži naročnikova navedba, da vlagatelj ne izpodbija priglašenih referenc (tudi) po vsebini, tj. da ne ustrezajo opisu istovrstnega posla.

Naročnik je za izpolnjevanje referenčnega pogoja, upoštevajoč predhodno že citirane določbe razpisne dokumentacije, zahteval izvedbo treh istovrstnih referenčnih poslov, pri čemer je izrecno zapisal, da gre v sklopu 4 kot istovrsten posel šteti dobavo *in* montažo vzmetnega baletnega odrskega poda (velikosti najmanj 10 x 10 m). Ponudniki (oziroma sodelujoči gospodarski subjekti) so zato morali izkazati, da so v okviru referenčnih poslov izvedli tako dobavo kot tudi montažo tovrstne opreme. Kot pravilno izpostavlja vlagatelj, je v ponudbi izbranega ponudnika v obrazcu »Referenčni posli gospodarskega subjekta« (za sklop 4) pri rubriki »Naslov posla/oznaka pogodbe« za vse tri reference navedeno »Delivery« – kar v prevodu (v primeru blaga) pomeni dobavo (blaga). Upoštevajoč izpostavljeno dejstvo se Državna revizijska komisija strinja z navedbo vlagatelja (do katere se naročnik niti izbrani ponudnik nista opredelila), da je v ponudbi izbranega ponudnika izkazano zgolj izpolnjevanje referenčnega pogoja glede dobave opreme, ne pa tudi glede montaže. Zato Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik na podlagi podatkov v ponudbi izbranega ponudnika (tudi) ni mogel utemeljeno zaključiti, da je bila v okviru (vseh treh) priglašenih referenc izvedena montaža baletnih podov ter da posledično te reference (ne glede na to, kdo je njihov nosilec) po vsebini v celoti ustrezajo referenčnemu pogoju, kot ga je sam določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

V posledici vsega navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik na podlagi ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika ni mogel zaključiti, 1.) kdo je nosilec priglašenih referenc (in posledično preveriti, ali so v ponudbi ustrezno nominirani vsi sodelujoči gospodarski subjekti) ter 2.) da je referenčni pogoj (po vsebini) v celoti izpolnjen. Zato je naročnik (vsaj) preuranjeno zaključil, da je izbrani ponudnik nosilec priglašenih referenčnih poslov ter da je referenčni pogoj izpolnjen tudi v delu montaže, ter posledično, da je ponudba izbranega ponudnika dopustna.

Ker je vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo uspel izkazati, da je naročnik s tem, ko je ponudbo izbranega ponudnika označil za dopustno in izbranemu ponudniku oddal predmetno javno naročilo, kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3, v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3, je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev o oddaji predmetnega javnega naročila v sklopu 4, kot izhaja iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 544-0004/2023 z dne 30. 8. 2023.

Državna revizijska komisija z namenom pravilne izvedbe postopka oddaje predmetnega javnega naročila v delu, v katerem je bil razveljavljen, naročnika na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje tega javnega naročila sprejme eno od odločitev, ki jih predvideva ZJN-3. Če se bo naročnik odločil, da bo nadaljeval in zaključil postopek javnega naročanja z izbiro najugodnejšega ponudnika, naj ponudbe (ponovno) pregleda ter oceni v skladu z ZJN-3 in določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, upoštevaje 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 in v vlogi, s katero se je opredelil do naročnikovega sklepa o zavrnitvi zahtevka, zahteval tudi povrnitev priglašenih 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 (tretji odstavek 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 dolžne vplačane takse za zahtevek za revizijo v višini 812,40 EUR,
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v priglašeni višini 800 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV (ker je pooblaščenec zavezanec za DDV) znaša 585,60 EUR in
- izdatke v pavšalnem znesku po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 11,71 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroškov za postavki »sestane s stranko« in »pregled listin in dokumentacije«, saj je upoštevala, da ti dve postavki predstavljata storitve, ki so zajete v storitve iz tarifne številke 44/1 OT. Državna revizijska komisija vlagatelju prav tako ni priznala stroškov odvetniške storitve za sestavo vloge, s katero se je opredelil do navedb naročnika, ter vseh ostalih priglašeni stroškov v zvezi s to vlogo (sestane s stranko, pregled listin in materialni stroški), ker 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 v tej vlogi namreč niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 1.409,71 EUR, ki mu jih je naročnik dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa. Višja strokovna zahteva vlagatelja se zavrne kot neutemeljena.

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

**Pravni pouk:**

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

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

**Vročiti:**

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

**Vložiti:**

- v spis zadeve, tu.