

Številka: 018-14/2022-7

Datum: 9. 3. 2022

## SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/11 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu mag. Gregorja Šebenika kot predsednika senata, Tadeje Pušnar kot članice senata in Sama Červeka kot člana senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradbena dela za kabelsko kanalizacijo v RTP 110/20 kV Primskovo*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj TELEG-M, d. o. o., telekomunikacijske storitve, Cesta v Pečale 36, 1231 Ljubljana - Črnuče (v nadaljevanju: vlagatelj), ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Potočnik in Prebil, o. p., d. o. o., Ajdovščina 4, 1000 Ljubljana, zoper ravnanje naročnika ELEKTRO GORENJSKA, podjetje za distribucijo električne energije, d. d., Ulica Mirka Vadnova 3A, 4000 Kranj (v nadaljevanju: naročnik), 9. 3. 2022

### odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila, GRADBENA DELA ZA KABELSKO KANALIZACIJO V RTP 110/20 KV PRIMSKOVO*«, št. NMV21-027.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v znesku 8.809,76 EUR, in sicer v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po poteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi od dne prejema tega sklepa do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.
3. Zahteva izbranega ponudnika za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

### Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja v postopku naročila male vrednosti, je bilo 21. 12. 2021 objavljeno na Portalu javnih naročil pod št. JN008603/2021-W01 (s popravkom pod št. JN008603/2021-K01 z dne 12. 1. 2021).

Naročnik je 27. 1. 2022 na Portalu javnih naročil objavil »*Odločitev o oddaji javnega naročila, GRADBENA DELA ZA KABELSKO KANALIZACIJO V RTP 110/20 KV PRIMSKOVO*«, št. NMV21-027 (brez datuma; v nadaljevanju: odločitev o oddaji javnega naročila), s katero je javno naročilo oddal ponudniku BAUIMEX, elektro - gradnje – inženiring, d. o. o., Pot v puškarno 11, 4000 Kranj (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), čigar ponudba je bila glede na merilo (najnižja cena) ugodnejša od ponudbe vlagatelja.

Zoper odločitev o oddaji javnega naročila je vlagatelj 3. 2. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga, da mu naročnik ali Državna revizijska komisija ugotovi in razveljavi naročnikovo odločitev o oddaji javnega naročila. Predlaga tudi povrnitev priglasenih stroškov revizijskega postopka. Navaja, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna, ker vodje del M. K., ki ni zaposlen pri izbranem ponudniku, ni priglasil kot podizvajalca. Iz ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika je namreč razvidno, da ponudnik naročnikove zahteve glede strokovne usposobljenosti in izobrazbe izkazuje s fizično osebo M. K., pri tem pa ni nikjer razvidno, da bi bil M. K. priglašen kot podizvajalec ali skupni partner, kljub temu, da je očitno, da izbrani ponudnik zahtevanih človeških virov oz. strokovno usposobljenih strokovnjakov z zahtevano izobrazbo in izkušnjami ne izkazuje z lastnim kadrom (tj. s kadri, ki so zaposleni pri njem), temveč glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno sposobnostjo uporablja zmogljivost drugega subjekta, tj. strokovnjaka, ki dejavnost opravlja samostojno. Ker je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (poglavje »12. Ponudba s podizvajalci«) od ponudnikov zahteval, da v ponudbi navedejo vse eventualne podizvajalce, bi moral izbrani ponudnik gospodarski subjekt, s katerim izpolnjuje tehnično in strokovno sposobnost, priglasiti kot podizvajalca in ob upoštevanju zahtev naročnika v obrazcu »Priloga 1 – podizvajalec« navesti podatke o podizvajalcu M. K. Nadalje navaja, da lahko fizična oseba skladno z določbami Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) nastopa kot ponudnik ali kot podizvajalec, torej bi moral biti M. K. priglašen kot partner ali kot podizvajalec, v zvezi s tem pa navaja tudi prakso Državne revizijske komisije. Zatrjuje, da je naročnik s tem, ko je predmetno javno naročilo oddal izbranemu ponudniku kljub temu, da ta glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo uporablja zmogljivost drugega subjekta, v ponudbi pa ni na pravičen način predstavil vseh sodelujočih gospodarskih subjektov pri izvedbi javnega naročila, kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3.

Naročnik je v skladu s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN izbranemu ponudniku, ki ga zastopa Odvetnik Marko Drinovec, Glavni trg 15, 4000 Kranj, posredoval kopijo zahtevka za revizijo in prejel njegovo izjasnitev z dne 10. 2. 2022. Izbrani ponudnik nasprotuje vlagateljevemu očitkom, zahteva pa tudi povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Naročnik je z dokumentom »*Sklep o zahtevku za revizijo*«, z dne 18. 2. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo), vlagatelj zahtevek za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi njegovo zahtevo za povrnitev stroškov, vlagatelju pa je naložil tudi povrnitev stroškov izbranemu ponudniku. Naročnik meni, da je pri oddaji javnega naročila ravnal v skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3, saj je javno naročilo oddal na podlagi meril ob upoštevanju določb 84., 85. in 86. člena ZJN-3 po tem, ko je preveril, da je ponudbo oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter katerega ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu ter v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija). Naročnik dalje navaja, da je v razpisni dokumentaciji jasno in nedvoumno določil pogoje in zahteve, ki jih morajo izpolnjevati ponudniki pri oddaji ponudbe, da se bo njihova ponudba štela kot dopustna. Če je vlagatelj menil, da so zahteve in pogoji v razpisni dokumentaciji neskladni, nepopolni, nejasni ali da kršijo zakonske določbe, bi moral v skladu s 16. členom ZPVPJN prek Portala javnih naročil naročnika opozoriti na očitano kršitev. V primeru, da naročnik opozorila o očitani kršitvi ne bi upošteval, bi zaradi domnevnih kršitev v vsebini razpisne dokumentacije lahko vložil

zahtevke za revizijo, vendar ker naročnik ni prejel opozorila, ki bi se nanašalo na domnevano kršitev oziroma na določbe razpisne dokumentacije v zvezi z zahtevami glede vodje del, glede izpolnjevanja pogojev za vodjo del, niti glede dopuščene možnosti ponudnikom, da v skladu z zakonsko določbo in navodili v razpisni dokumentaciji uporabijo zmogljivosti drugih subjektov, so vse očitane kršitve vlagatelja, vezane na vsebino razpisne dokumentacije, prepozne.

Naročnik pojasnjuje, da je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da lahko ponudnik ponudbo odda samostojno, v sodelovanju z več ponudniki (11. točka), s podizvajalci (12. točka) ali z uporabo zmogljivosti drugih subjektov (13. točka). V slednji je navedel, da lahko ponudnik glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti, s čimer je jasno in nedvoumno določil, da lahko ponudniki pri oddaji ponudbe za predmetno javno naročilo uporabijo zmogljivosti drugih subjektov. Pri tem je poudaril, da v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Posledično je naročnik določil tudi, da morajo ponudniki ločeno predložiti dokazila za posamezne gospodarske subjekte, s katerimi izkazujejo izpolnjevanje pogojev za sodelovanje (tj. ločeno za ponudnika, vsakega partnerja v skupni ponudbi, vsakega podizvajalca, za vsak subjekt, katerega zmogljivost uporablja ponudnik, ter za vodjo del (če je s.p. ali ima sklenjeno podjemno pogodbo). Nadalje je naročnik v 22. točki »Obvezna vsebina ponudbe – pogoji in dokazila«, III. poglavja »NAVODILA PONUDNIKOM ZA IZDELAVO PONUDBE – POSEBNI DEL« določil obvezne pogoje, ki jih morajo izpolnjevati ponudniki za sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, pri čemer je v posamezni podtočki navedel zahtevo oziroma pogoj za sodelovanje, dokazilo ter za koga ga je treba predložiti. Pojasnjuje, da v 5. podtočki »VODJA DEL« ni navedel, da lahko ponudnik kadrovske pogoje za vodjo del izpolnjuje le z lastnim (pri njem zaposlenim) kadrom, s skupnim partnerjem ali podizvajalcem. S tako navedbo bi namreč negiral sam sebe, saj je na več mestih navedel, da lahko ponudnik v zvezi s tem pogojem, ob predložitvi ustreznih dokazil, uporabi zmogljivosti drugih subjektov. Izbrani ponudnik je v ponudbeni dokumentaciji za vodjo del predložil sklenjeno podjemno pogodbo št. 1-2022 ter tudi vsa ostala dokazila, ki jih je zahteval naročnik, prav tako pa je v izjasnitvi o navedbah vlagatelja pojasnil, da je ponudbo oblikoval v skladu z zahtevami naročnika v razpisni dokumentaciji, v kateri je naročnik vodjo del, s katerim ima ponudnik sklenjeno podjemno pogodbo, obravnaval ločeno od podizvajalcev in/ali skupnih partnerjev. V zvezi z vlagateljevo navedbo, da naj bi naročnik za izpolnjevanje pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo zahteval, da ponudnik pogoje izpolnjuje bodisi sam, bodisi s skupnim partnerjem ali podizvajalcem, naročnik razloži, da je vlagatelj pri tem spregledal, da je omogočil tudi uporabo zmogljivosti drugih subjektov, skladno z 81. členom ZJN-3, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Naročnik je pri pregledu in ocenjevanju prejetih ponudb ugotovil, da ponudba izbranega ponudnika izpolnjuje vse obvezne pogoje za sodelovanje v postopku, ki jih je naročnik določil v 22. točki in jih je tudi dokazal s predložitvijo zahtevanih dokumentov, s čimer je izbrani ponudnik uspel dokazati, da bo pri izvedbi javnega naročila uporabljal zmogljivosti drugega subjekta v skladu z 81. členom ZJN-3.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 21. 2. 2022 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 23. 12. 2022 opredelil do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo, v kateri prereka odločitev naročnika in izpostavlja, da:

- naročniku v zahtevku za revizijo ne očita, da so zahteve in pogoji razpisne dokumentacije neskladni, nepopolni, nejasni ali da kršijo zakonske določbe, zato opozorilo prek Portala javnih naročil ne bi bilo potrebno,

- nezakonitost naročnika ni v zahtevah in pogojih razpisne dokumentacije, kot to poskuša neutemeljeno predstaviti naročnik, temveč v ravnanju naročnika v fazi pregleda in ocenjevanja ponudb,
- ne očita naročniku, da ta ne sme dovoliti, da ponudnik odda ponudbo z uporabo zmogljivosti drugih subjektov, saj mu to dovoljuje sam zakon (81. člen ZJN-3), niti ni vlagatelj tega spregledal, kot to neutemeljeno navaja naročnik,
- zatrjuje in zaradi navedenega napada zakonitost izpodbijane odločitve o oddaji javnega naročila, da bi skladno z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije moral vodja del, ki ni zaposlen pri izbranem ponudniku, biti v ponudbi priглаšen kot partner ali kot podizvajalec.

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, ki so navedeni v nadaljevanju.

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 zahtevke za revizijo na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN sprejela v obravnavo.

Med vlagateljem in naročnikom je spor v tem, ali je naročnik ravnal skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in določbami ZJN-3, ko je ponudbo izbranega ponudnika, ki se je po merilu za oddajo javnega naročila uvrstila na prvo mesto, ocenil za dopustno.

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 drugega odstavka 2. člena ZJN-3). Skladno s prvim odstavkom 89. 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 je izpolnjeno naslednje: 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 tega zakona in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

V postopku javnega naročanja lahko naročnik določi pogoje za sodelovanje, ki se (lahko) nanašajo na ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, ekonomski in finančni položaj ter tehnično in strokovno sposobnost (prim. prvi in drugi odstavek 76. člena ZJN-3). Glede tehnične in strokovne sposobnosti lahko naročnik določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila (deseti odstavek 76. člena ZJN-3). Skladno z osmim odstavkom 77. člena ZJN-3 lahko gospodarski subjekt tehnično sposobnost (med drugim) izkaže z navedbo tehničnega osebja ali tehničnih organov, ki bodo sodelovali pri izvedbi javnega naročila, in sicer ne glede na to, ali so zaposleni pri gospodarskem subjektu ali ne (točka c) osmega odstavka 77. člena ZJN-3), kot tudi z dokazilom o izobrazbi in strokovni usposobljenosti izvajalca storitev ali gradenj ali vodstvenih delavcev podjetja (točka f) osmega odstavka 77. člena ZJN-3) ali z navedbo deleža

javnega naročila, ki ga gospodarski subjekt morebiti namerava oddati v podizvajanje (točka j) osmega odstavka 77. člena ZJN-3).

V obravnavanem primeru je naročnik pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost, v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil v delu »III. NAVODILA PONUDNIKOM ZA IZDELAVO PONUDBE – POSEBNI DEL, točka »22. Obvezna vsebina ponudbe – pogoji in dokazila«, pri čemer je kadrovski pogoj določil v 7. podtočki, kjer je zapisal:

»VODJA DEL

*V PRILOGI D/5 se nahaja obrazec, v katerega ponudnik vpiše vodjo del za gradbena dela, s katerim bo sodeloval pri izvedbi pogodbe.*

*VD mora izpolnjevati pogoje, skladno z veljavnim gradbenim zakonom (GZ; Ur. l. RS, št. 61/17 s spremembami), in je oziroma mora biti do podpisa pogodbe vpisan v imenik pooblaščenih inženirjev pri IZS. Vodja del mora znati govoriti in pisati v slovenskem jeziku. Če tega ne zna, je ponudnik/izvajalec dolžan zagotoviti ustrezno prevajanje (tolmačenje).*

*Ustrezna dokazila o usposobljenosti in pogodbe o zaposlitvi mora izbrani ponudnik predložiti tudi v primeru menjave VD po sklenitvi pogodbe.*

*Naročnik ima pravico, da med izvajanjem pogodbe občasno preverja izpolnjevanje kadrovskega pogoja.*

*DOKAZILO: Izpolnjen obrazec PRILOGA D/5.«*

Pregled razpisne dokumentacije nadalje pokaže, da je naročnik določil zahteve v zvezi z izključitvenimi razlogi ter predložitvijo ESPD in izjave o lastniških deležih tako za ponudnike, partnerje v skupni ponudbi kot za podizvajalce, subjekte, katerih zmogljivost uporablja ponudnik kot tudi za vodjo del (če je samostojni podjetnik ali ima sklenjeno podjetno pogodbo).

ZJN-3 ne zahteva, da bi moral biti gospodarski subjekt (ponudnik) sam sposoben izvesti javno naročilo neposredno z lastnimi sredstvi oziroma zmogljivostmi, pač pa v 81. členu ureja položaj, ko namerava gospodarski subjekt za izvedbo javnega naročila uporabiti (tudi) zmogljivosti drugih subjektov. V skladu s prvim odstavkom tega člena lahko gospodarski subjekt glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami pa lahko gospodarski subjekt uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi gospodarski subjekt uporabiti zmogljivosti drugih subjektov, mora naročniku dokazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil subjektov v ta namen.

Naročnik je obravnavanem primeru v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila omogočil uporabo zmogljivosti drugih subjektov, in sicer v delu »II. NAVODILA PONUDNIKOM ZA IZDELAVO PONUDBE – SPLOŠNI DEL« pod točko »13. Uporaba zmogljivosti drugih subjektov«, iz katere je razvidno, da je ponudnikom uporabo zmogljivosti drugih subjektov dopustil tudi za izkazovanje tehnične in strokovne sposobnosti (ne glede na pravno razmerje z njimi), pri čemer je glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca

storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami določil enako pravilo, kot ga določa zgoraj citirani prvi odstavek 81. člena ZJN-3, tj. da lahko ponudnik glede navedenih pogojev uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Prav tako je določil, da mora ponudnik v primeru uporabe zmogljivosti drugih subjektov naročniku dokazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil subjektov v ta namen.

Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila, da iz pravila, določenega v prvem odstavku 81. člena ZJN-3, da lahko ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov ne glede na pravno razmerje z njimi, hkrati izhaja tudi, da obstaja več različnih načinov oziroma oblik sodelovanja drugega subjekta v ponudbi ponudnika, ki se sklicuje na zmogljivosti tega subjekta. Možen je namreč tako položaj, ko drugi subjekt ni neposredno udeležen pri sami izvedbi naročila, temveč ponudniku le posodi določeno opremo, tehnična sredstva, mehanizacijo oziroma mu zagotavlja podporo ali svetovanje, izobražuje osebje, nadzira kakovost itd., kot tudi položaj, ki se bistveno razlikuje od prvo navedenega po tem, da drugi subjekt z zmogljivostmi, s katerimi razpolaga in na katere se sklicuje ponudnik (oprema, tehnična sredstva, mehanizacija ipd.), neposredno sam izvede del predmeta javnega naročila. Zgolj v tem, drugo navedenem primeru govorimo o subjektu, ki izpolnjuje definicijo podizvajalca, kot jo določa ZJN-3, saj gre za gospodarski subjekt, ki je pravna ali fizična oseba in za ponudnika, s katerim je naročnik sklenil pogodbo o izvedbi javnega naročila, dobavlja blago ali izvaja storitev oziroma gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila (prvi odstavek 94. člena ZJN-3). Iz navedenega tako izhaja, da določba prvega odstavka 81. člena ZJN-3 obsega tudi položaje nastopanja ponudnika s podizvajalci (prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-050/2018, 018-154/2019, 018-185/2019, 018-200/2019, 018-193/2020, 018-013/2021).

Položaj, ko ponudnik nastopa s podizvajalci, je naročnik v obravnavanem primeru uredil v delu »II. NAVODILA PONUDNIKOM ZA IZDELAVO PONUDB – SPLOŠNI DEL« razpisne dokumentaciji, kjer je v točki »12. Ponudba s podizvajalci« med drugim določil:

*»Ponudba s podizvajalcem je ponudba, pri kateri glavni ponudnik del javnega naročila odda v izvajanje podizvajalcu.*

*Podizvajalec je 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. Glavni ponudnik vedno v celoti odgovarja za izvedbo prevzetega naročila in za delo podizvajalcev, ne glede na skupno število podizvajalcev.*

*Ponudnik mora v ponudbi navesti vse eventualne podizvajalce (izpolniti ESPD) in opredeliti dele javnega naročila, ki bodo izvedeni s strani navedenih podizvajalcev (dela, ki jih bo posamezni podizvajalec izvajal, količino in vrednost) ter izpolniti, podpisati in žigosati prilogo osnutka pogodbe (»Priloga – podizvajalec«).*

*Kadar namerava ponudnik izvesti naročilo s podizvajalci, mora ravnati v skladu s 94. členom ZJN-3.*

*Podizvajalci morajo izpolnjevati pogoje, kot so določeni v III. poglavju te dokumentacije Navodila ponudnikom za izdelavo ponudbe – posebni del. Izpolnjevanje tehničnih in kadrovskih pogojev (če so zahtevani) bo, če ni drugače določeno v tej dokumentaciji, ugotovljeno skupaj za glavnega ponudnika in podizvajalce. [...]«*

Med strankama tako ni sporno, potrjeno pa je tudi z vpogledom v odstopljeno dokumentacijo, da:

- naročnik v razpisni dokumentaciji ni zahteval, da mora ključne dele oziroma naloge v okviru javnega naročila izvesti ponudnik sam, temveč je omogočil uporabo zmogljivosti drugih subjektov,
- izbrani ponudnik v zvezi z izkazovanjem pogoja za sodelovanje, določenega v 7. podtočki 22. točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, uporablja zmogljivost drugega subjekta, in sicer je v ponudbi za odgovornega vodjo del imenoval (fizično) osebo M. K. (navedeno je razvidno iz obrazca »PRILOGA D/5«, ki se nahaja v ponudbi izbranega ponudnika),
- oseba M. K. ni zaposlena pri izbranem ponudniku (navedeno je razvidno tudi iz navedbe izbranega ponudnika v izjasnitvi, da je oseba M. K. upokojenec in bivši zaposleni pri izbranem ponudniku),
- je izbrani ponudnik predložil izpolnjen ESPD obrazec za M. K. ter podjemno pogodbo med izbranim ponudnikom in osebo M. K. za izvedbo vseh potrebnih del v okviru izvajanja predmetnega javnega naročila,
- so ponudniki, če so predložili ponudbo s podizvajalci, morali podizvajalce v tej njihovi vlogi naročniku tudi predstaviti oziroma jih kot podizvajalce prigrasiti v ponudbi (slednje izhaja tudi iz zgoraj citiranih določb razpisne dokumentacije o ponudbi s podizvajalci, v kateri je naročnik za primer nastopa s podizvajalci zahteval, da mora ponudnik v ponudbi navesti vse podizvajalce ter vse dele javnega naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje, količino in vrednost del ter predložiti izpolnjen obrazec »Priloga 1 – podizvajalec«).

Na podlagi predstavljenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da izbrani ponudnik za izpolnitev kadrovskega pogoja za sodelovanje uporablja zmogljivost fizične osebe M. K., ki ni zaposlena pri izbranem ponudniku, ter z njenim strokovnim znanjem in strokovnimi izkušnjami izkazuje svojo sposobnost za izvedbo predmetnega javnega naročila, pri čemer bo ta oseba tudi izvedla del predmeta javnega naročila (v vlogi vodje del). Dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila namreč ni prepovedovala izbranemu ponudniku, da sklene podjemno pogodbo neposredno s kadrom, temveč je to celo izrecno dopuščala. Tudi ZJN-3 ne prepoveduje uporabe zmogljivosti (drugih) fizičnih oseb in ne prepoveduje gospodarskemu subjektu, da se sklicuje na človeške vire, ki niso zaposleni pri njem. Nasprotno, skladno z že navedeno c) točko osmega odstavka 77. člena ZJN-3 lahko gospodarski subjekt za izkazovanje tehnične sposobnosti navede tudi tehnično osebo, ki ni zaposlena pri njem.

Drugo pa je vprašanje, ali gre pri sodelovanju izbranega ponudnika s fizično osebo, na zmogljivost katere se v zvezi z izpolnjevanjem posameznih pogojev za sodelovanje izbrani ponudnik sklicuje v svoji ponudbi, za podizvajanje, oziroma ali je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteval, da mora ponudnik ta subjekt v ponudbi prigrasiti kot podizvajalca ali ne. Državna revizijska komisija mora tako razrešiti med strankama sporno vprašanje, ali je izbrani ponudnik, ob upoštevanju, da bo (fizična) oseba M. K. izvajala storitve v okviru izvedbe javnega naročila, in ob upoštevanju, da te osebe izbrani ponudnik ni prigrasil (tudi) kot podizvajalca, v ponudbi predstavil vse gospodarske subjekte, ki bodo sodelovali pri izvedbi javnega naročila.

Kot že pojasnjeno, je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila zahtevala, da ponudnik podizvajalce, če nastopa z njimi, predstavi v ponudbi (v obrazcu »Priloga 1 – podizvajalec«) in navede tudi dela, ki jih bodo ti izvajali, ter količino in vrednost teh del. Tako ne drži navedba izbranega ponudnika, da je naročnik s predmetnim obrazcem omogočil le izjasnitev glede načina plačila podizvajalcev. Obveznost navedbe vseh podizvajalcev v ponudbi ter vsakega dela javnega naročila, ki ga ponudnik namerava oddati v podizvajanje, je namreč določena že s samim zakonom (v drugem odstavku 94. člena ZJN-3, ki poleg te obveznosti določa še

navedbo kontaktnih podatkov in zakonitih zastopnikov predlaganih podizvajalcev ter predložitev izpolnjenih ESPD teh podizvajalcev in zahteve podizvajalca za neposredno plačilo, če podizvajalec to zahteva), kot navedeno, pa je tako določbo vsebovala tudi dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila.

Naročnik navaja, da je v razpisni dokumentaciji določil, da lahko ponudnik odda ponudbo samostojno, v sodelovanju z več ponudniki (11. točka), s podizvajalci (12. točka) ali z uporabo zmogljivosti drugih subjektov (13. točka), pri čemer povzema tudi trditev izbranega ponudnika, da je naročnik v razpisni dokumentaciji vodjo del, s katerim ima ponudnik sklenjeno podjemno pogodbo, obravnaval ločeno od podizvajalcev in/ali skupnih ponudnikov. Takšni razlagi razpisne dokumentacije (da je naročnik s 13. točko, s katero je omogočil uporabo zmogljivosti drugih subjektov, ustvaril poseben oziroma ločen način oddaje ponudbe, za katerega ne veljajo določbe razpisne dokumentacije o ponudbi s podizvajalci ali skupni ponudbi), Državna revizijska komisija ne more pritrditi. Kot je že večkrat zapisala (prim. npr. zadeve, št. 018-073/2018, 018-182/2018, 018-154/2019, 018-185/2019, 018-200/2019, na katere se sklicuje tudi vlagatelj), javno naročilo izvede (izbrani) ponudnik (oziroma skupina ponudnikov) sam (prim. 1. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3) ali pa ga izvede s podizvajalci (le ti namreč za ponudnika dobavijo blago ali izvedejo storitev oz. gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila, prim. prvi odstavek 94. člena ZJN-3), zaradi česar mora subjekt, katerega zmogljivost se uporablja glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo, v ponudbi nastopati kot skupni partner ali kot podizvajalec. Državna revizijska komisija je namreč v tej odločitvi že pojasnila, da obstajata dve kategoriji uporabe zmogljivosti drugih subjektov, in sicer tistih subjektov, ki neposredno sami izvedejo del predmeta javnega naročila, in tistih, ki niso neposredno udeleženi pri sami izvedbi naročila (temveč ponudniku le npr. posodijo določeno opremo, tehnična sredstva itd.), pri čemer gre pri prvi kategoriji za subjekte, ki izpolnjujejo definicijo podizvajalca iz 94. člena ZJN-3. Glede na med strankama nesporno dejstvo, da bo fizična oseba M. K. neposredno udeležena pri izvedbi javnega naročila, saj bo opravljala naloge vodje del, in glede na to, da niti iz ponudbene dokumentacije niti iz zatrjevanj nobene od strank ne izhaja, da M. K. v ponudbi izbranega ponudnika nastopa v vlogi partnerja v skupni ponudbi, ter ob upoštevanju dejstva, da M. K., ki bo neposredno izvajal del javnega naročila, ustreza definiciji podizvajalca po ZJN-3, je treba pritrditi vlagatelju, da navedeni subjekt, kljub drugačnemu zatrjevanju naročnika in izbranega ponudnika, v konkretnem primeru predstavlja podizvajalca izbranega ponudnika.

Nadalje Državna revizijska komisija pojasnjuje, da skladno z določbami ZJN-3 kot ponudnik lahko nastopa tudi fizična oseba. V skladu s 7. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3 je namreč »ponudnik« gospodarski subjekt, ki je predložil ponudbo, pri čemer »gospodarski subjekt« pomeni katero koli fizično ali pravno osebo ali skupino teh oseb, vključno z vsakim začasnim združenjem podjetij, ki na trgu ali v postopkih javnega naročanja ponuja izvedbo gradenj, dobavo blaga ali izvedbo storitev (6. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3). Fizično osebo je zato treba šteti za gospodarski subjekt in posledično za ponudnika. V zvezi z navedbami izbranega ponudnika, da v obravnavanem primeru M. K. ne opravlja nobene dejavnosti, saj ni vpisan v Poslovni register Slovenije v eni izmed pravnoorganizacijskih oblik, ki jih ureja Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09 s sprem.; v nadaljevanju: ZGD-1) in ki bi kontinuirano samostojno opravljal dejavnost na trgu, temveč bo za izbranega ponudnika opravil le konkretna dela vodje del v zvezi s predmetnim javnim naročilom, gre pojasniti, da citirana definicija gospodarskega subjekta iz ZJN-3 ni enaka definiciji gospodarske družbe ali (samostojnega) podjetnika iz ZGD-1 in da iz nje ne izhaja, da bi moral subjekt na trgu kontinuirano ponujati svoje storitve, da bi ga bilo mogoče za namene ZJN-3 šteti za gospodarski subjekt in za ponudnika (ali podizvajalca). V obravnavanem primeru fizična oseba M. K. na trgu (izbrani ponudnik je namreč neposredno z njim sklenil pogodbo o opravljanju nalog vodje del) ponuja izvedbo storitev, ki se nanašajo na storitve vodje del. Državna revizijska komisija glede



na navedeno ne more sledi navedbam izbranega ponudnika, da fizične osebe (vodje del) ne bi bilo mogoče šteti kot partnerja v skupni ponudbi (torej kot ponudnika), in tudi ne navedbam, da fizična oseba ne more nastopati kot podizvajalec. Pojem »podizvajalec« je namreč (kot že navedeno v tej odločitvi) opredeljen v prvem odstavku 94. člena ZJN-3. V navedeni določbi določeno zakonsko definicijo podizvajalca je citiral tudi naročnik v razpisni dokumentaciji v točki »12. Ponudba s podizvajalci« in tako tudi sam zapisal, da je podizvajalec lahko (poleg pravne) tudi fizična oseba. Pojem gospodarski subjekt, ki je uporabljen v definiciji pojma podizvajalec, pa je, kot že zgoraj navedeno, opredeljen v 6. točki prvega odstavka 2. člena ZJN-3. Nobenega razloga ni najti, da bi bila fizična oseba lahko gospodarski subjekt in posledično tudi ponudnik, ne bi pa mogla nastopati kot podizvajalec.

Na podlagi vsega navedenega gre ugotoviti, da je vlagatelj v zahtevku za revizijo uspel izkazati, da je naročnik s tem, ko je ponudbo izbranega ponudnika, ki v ponudbi ni predložil izpolnjenega obrazca »Priloga 1 – podizvajalec« za fizično osebo M. K., iz katerega bi bila razvidna vloga te osebe pri izvedbi javnega naročila, označil za dopustno in mu posledično oddal naročilo, kršil 12. točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (»Ponudba s podizvajalci«) in prvi odstavek 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3. Državna revizijska komisija je zato, na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevku za revizijo ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev o oddaji predmetnega javnega naročila, kot izhaja iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila, GRADBENA DELA ZA KABELSKO KANALIZACIJO V RTP 110/20 KV PRIMSKOVO«, št. NMV21-027.

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 predmetnega javnega naročila sprejme eno od odločitev, ki jih predvideva ZJN-3. Če se bo naročnik odločil, da bo nadaljeval postopek javnega naročanja s sprejemom odločitve o oddaji javnega naročila, mora ponovno presojo ponudbe izbranega ponudnika opraviti skladno z določili dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in določili ZJN-3 ter ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa, dopustnost ponudb presojati strogo v skladu z zahtevami, ki jih je določil v razpisni dokumentaciji, zlasti naj pri tem upošteva pravila glede obveznosti predstavitve morebitnih podizvajalcev v ponudbi skladno z drugim odstavkom 94. člena ZJN-3 oziroma vseh sodelujočih gospodarskih subjektov. Pri tem naj naročnik upošteva tudi, da se lahko v skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 dopolnitev, popravek, sprememba ali pojasnilo ponudbe nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je mogoče objektivno preveriti.

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

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zahteva povrnitev priglašениh stroškov revizijskega postopka. 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 6.658,41 EUR,
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 2.900 točk (prva točka tar. št. 40 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 2.122,80 EUR,

- izdatke v pavšalnem znesku po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk in 1 % od presežka nad 1.000 točk, tj. 1.900 točk) v višini 39 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 28,55 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroškov za postavki »*sestaneek s stranko*« in »*pregled listin in dokumentacije*«, navedenih v zahtevku za revizijo, saj je upoštevala, da ti predstavljata storitve, ki so zajete v storitve iz tarifne številke 40/1 OT. Državna revizijska komisija vlagatelju prav tako ne priznava stroškov odvetniške storitve za sestavo vloge »*Opredelitev do navedb naročnika*« z dne 23. 2. 2022 ter postavk »*sestaneek s stranko*«, »*pregled listin in dokumentacije*« in »*materialni stroški*« za to vlogo, 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), saj navedbe v vlogi niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašenega presežka nad priznanim stroškom odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo, saj upoštevajoč vrednost spornega predmeta za njegovo priznanje ni pravne podlage. Državna revizijska komisija je tako vlagatelju kot potrebne priznala stroške v višini 8.809,76 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 vlagatelja se zavrne.

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

Povrnitev stroškov postopka pravnega varstva je v vlogi z dne 10. 2. 2022, s katero se je izjasnil o zahtevku za revizijo, zahteval tudi izbrani ponudnik. Državna revizijska komisija je zahtevo izbranega ponudnika za povračilo stroškov zavrnila, saj je ocenila, da v konkretnem primeru prispevek izbranega ponudnika k rešitvi zadeve ni bil bistven in ni pripomogel ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve ter da posledično priglašeni stroški izbranega ponudnika niso bili potrebni (tretji in osmi odstavek 70. člena ZPVPJN).

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 3. točke izreka tega sklepa.

**Pravni pouk:**

Upravni spor zoper to odločitev o zahtevku za revizijo ni dovoljen.

Predsednik senata:  
mag. Gregor Šebenik,  
član Državne revizijske komisije

Vročiti (prek portala eRevizija):

- vlagatelj po pooblaščenču,
- naročnik,

- izbrani ponudnik po pooblaščenju,
- Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.