

Številka: 018-141/2022-20

Datum: 23. 2. 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 Sama Červeka kot predsednika senata ter Andraža Žvana in Aleksandra Petrovčiča kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradnja po pogodbenih določilih FIDIC (rumena knjiga) za zmanjšanje poplavne ogroženosti na porečju Bele*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj GODINA, gradbeništvo in druge storitve, d.o.o., Hrpelje, Obrtno industrijska cona Hrpelje 22, 6240 Kozina (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Ministrstvo za okolje in prostor, Direkcija Republike Slovenije za vode, Mariborska cesta 88, 3000 Celje (v nadaljevanju: naročnik), 23. 2. 2023

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi naročnikova odločitev o oddaji javnega naročila, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, št. 43030-11/2022-15 z dne 25. 10. 2022.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 26.976,40 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je zaradi neuspešnega predhodno izvedenega odprtega postopka (objavljenega na Portalu javnih naročil pod št. objave JN004304/2022-B01) v postopku s pogajanjem brez predhodne objave dne 7. 11. 2022 na Portalu javnih naročil objavil prostovoljno obvestilo za predhodno transparentnost (pod št. objave JN007496/2022-L01) in obenem tudi »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, št. 43030-11/2022-15 z dne 25. 10. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o oddaji javnega naročila). Iz slednje izhaja, da je javno naročilo oddal ponudniku RASPET, d.o.o., Bukovo 67, 5282 Cerčno (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), katerega ponudba je ekonomsko najugodnejša ter po naročnikovi presoji dopustna. Iz odločitve o oddaji javnega naročila še izhaja, da naročnik vlagateljeve ponudbe, ki je bila manj ugodna, ni preverjal.

Zoper odločitev o oddaji javnega naročila je vlagatelj 11. 11. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem zatrjuje naslednje kršitve:

- da je naročnik kršil pravico do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika, ker vlagatelju ni omogočil vpogleda v celotno ponudbeno dokumentacijo;
- da izbrani ponudnik ni registriran za geološko geomehanske raziskave, naknadna nominacija podizvajalcev pa ni dopustna;
- da je izbrani ponudnik nepravilno in nepopolno izpolnil obrazec ESPD (da ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov in da ne namerava javnega naročila oddati v podizvajanje tretjim osebam ter da ni označil vprašanja na odgovor glede kaznivega dejanja goljufije),
- da je obrazec ESPD nepopolno izpolnil tudi eden izmed podizvajalcev izbranega ponudnika (ker ni izpolnil odgovora, ki se nanaša na kaznivo dejanje sodelovanja v hudodelskih združbah);
- da izbrani ponudnik ni predložil podpisanega obrazca ESPD;
- da naročnik ni preveril nekaznovanosti za gospodarske subjekte in za vse odgovorne osebe izbranega ponudnika na dan poteka roka za predložitev ponudb;
- da podizvajalec izbranega ponudnika v ponudbi ni predložil pooblastila za pridobitev podatkov iz kazenske evidence, zato naročnik ni imel podlage za preveritev nekaznovanosti tega podizvajalca;
- da v dokumentaciji izbranega ponudnika, ki jo je vlagatelju posredoval naročnik, ni najti Obrazca 2, zato je ponudba izbranega ponudnika tudi iz tega razloga nedopustna.

Vlagatelj zahteva tudi povrnitev specifikiranih stroškov revizijskega postopka.

Naročnik je v skladu s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN izbranemu ponudniku posredoval kopijo zahtevka za revizijo in prejel njegovo izjasnitev z dne 18. 11. 2022, v kateri nasprotuje vsem vlagateljevim očitkom in navaja:

- da je naročnika že v ponudbi seznanil s Pravilnikom o poslovni skrivnosti z dne 1.10. 2022, s čimer je izpolnjena domneva iz drugega odstavka 2. člena Zakona o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/19; v nadaljevanju: ZPosS), zakrite informacije pa tudi vsebinsko ustrezajo preostalim kriterijem, ki se zahtevajo za določitev poslovne skrivnosti;
- da je izpolnil vse pogoje iz razpisne dokumentacije, pri čemer vlagatelj ni navedel, za katere dejavnosti naj bi moral biti izbrani ponudnik registriran, da bi zadostil zahtevam iz točke 4.10 Posebnih pogojev (torej ni zmožni trditveno-dokaznega bremena), prav tako predmetno vprašanje v konkretnem primeru sploh ni pravno relevantno, saj ni v razpisni dokumentaciji nikjer določeno, da mora biti ponudnik za izvajanje geološko geomehanskih raziskav posebej registriran; ob tem poudarja, da dejavnosti »geološko geomehanske raziskave« v standardni klasifikaciji ni najti, lahko pa bi šlo za dejavnost 71.121 Geofizikalne meritve, kartiranje, med katere spadajo tudi geološke raziskave, v širšem pogledu pa ta šifra spada med dejavnosti projektiranja – za katero pa je izbrani ponudnik priglasi podizvajalca;
- da več kot očitna napaka izbranega ponudnika pri izpolnjevanju obrazca ESPD ne more že *a priori* pomeniti tudi same nedopustnosti ponudbe, saj iz ostalih delov ponudbe (Obrazca 5) izhajajo natančni podatki o posameznem nominiranem podizvajalcu in vrsti oz. vrednosti del, ki jih bo izvedel posamezni nominirani podizvajalec, prav tako je zanje priložil izpolnjene obrazce ESPD;
- da gre pri pomanjkljivo izpolnjenem obrazcu ESPD izbranega ponudnika in podizvajalca glede kaznivih dejanj za objektivno preverljivo dejstvo, ki ga je mogoče preveriti tudi po roku za oddajo ponudbe in tudi ob odsotnosti izjave izbranega ponudnika oz. podizvajalca v obrazcu ESPD;
- da je v ponudbi za nominiranega podizvajalca H., d.o.o., predložil izpolnjen in podpisan obrazec ESPD, prav tako je priložil vsa pooblastila za vse gospodarske subjekte;
- da Obrazec 2 glede na navodila naročnika iz Povabila k pogajanjem ni bil obvezen.

Naročnik je s *Sklepom*, št. 43030-11/2022-34 z dne 25. 11. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo) vlagateljev zahtevek za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Zatrjuje, da je zahtevek za revizijo v celoti neutemeljen in navaja:

- da je posamezne dele ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika varoval kot poslovno skrivnost izključno na podlagi in skladno z določbami Pravilnika o poslovni skrivnosti, ki je bil priložen ponudbi;
- da se referenčni posel, ki po obsegu ni nujno enak celotnemu investicijskemu projektu, šteje za referenco izbranega ponudnika, potrjeno s strani njegovega naročnika, ki je v tem primeru gospodarski subjekt iz zasebnega sektorja;
- da analiza cen, skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3, ne predstavlja javnega podatka,
- da je vlagatelju omogočil vpogled v poziv naročnika št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022, in pripadajoče dopolnitve izbranega ponudnika, vendar so bili posamezni podatki na zahtevani dokumentaciji prikriti iz naslova dolžnosti varovanja poslovne skrivnosti;
- da v razpisni dokumentaciji ni zahteval, da mora biti ponudnik registriran za opravljanje vseh dejavnosti, ki so predmet naročila ali najmanj dejavnosti izvedbe oz. zagotovitve ustreznih geološko geomehanskih raziskav in pridobitev podatkov o pogojih gradnje;
- da ponudba izbranega ponudnika kljub neustrezno izpolnjenem obrazcu ESPD v delu C in D dela II. sama po sebi zaradi te očitne napake še ni nekonsistentna; naročnik je namreč v razpisni dokumentaciji jasno navedel, da bo štel kot nominirane tiste podizvajalce, ki bodo navedeni v Obrazcu 5 in za katere bodo priloženi njihovi obrazci ESPD – navedene obrazce pa je izbrani ponudnik ustrezno izpolnjene priložil ponudbi;
- da se glede na vrsto postopka, v katerem se oddaja javno naročilo, naročnik zgolj na lastno izjavo ponudnika oz. gospodarskega subjekta, ki nastopa v ponudbi (torej obrazec ESPD), niti ne bi mogel zanesti, zato je skladno z določbami ZJN-3 obstoj izključitvenih razlogov iz prvega odstavka 75. člena preveril v uradni evidenci (tj. v kazenski evidenci) in za oba gospodarska subjekta pridobil potrdila, iz katerih je razvidno, da razlogi za izključitev niso podani;
- da je obrazec ESPD izbranega ponudnika v izvorni obliki (tako v .pdf kot tudi v .xml obliki) elektronsko podpisan, vendar je bila vlagatelju pri vpogledu posredovana kopija ponudbene dokumentacije, ustvarjena zaradi potrebe po prikrivanju posameznih informacij (npr. osebnih podatkov), pri čemer so se metapodatki izvorne dokumentacije, med drugim tudi elektronski podatki o ustvarjenem elektronskem podpisu, izgubili;
- da je bila z novelo ZJN-3 spremenjena določba glede ustreznosti dokazil za preveritev nekaznovanosti v uradnih evidencah, kar je upošteval tudi naročnik v razpisni dokumentaciji (pod točko 13.6 v razdelku »Dokazila«), in skladno z navedenim preveril in ugotovil neobstoj razlogov za izključitev za vse gospodarske subjekte;
- da je bila ponudbeni dokumentaciji izbranega ponudnika že ob oddaji ponudbe za podizvajalca H., d.o.o. priložena Izjava 1 (pooblastilo za gospodarski subjekt in odgovorne osebe za pridobitev podatkov iz kazenske evidence), kar je razvidno tudi s portala e-JN, kljub temu pa naročnik navedene izjave pomotoma ni posredoval vlagatelju v okviru vpogleda;
- da je s *Povabilom k pogajanju* v točki »5. Oblika končne ponudbe« jasno navedel: *»Ponudniki v Obrazcu 2 »Gospodarski subjekti« navedejo končno vrednost prevzetih del za vsak gospodarski subjekt, ki nastopa v ponudbi. V kolikor ponudniki ne predložijo Obrazca 2, bo naročnik smatral, da se popust, naveden v Obrazcu 1, upošteva za vse gospodarske subjekte, ki nastopajo v ponudbi.«*, zato glede na navedeno Obrazec 2 ni bil izrecno zahtevan in ponudba ni nedopustna, ker ne vsebuje tega obrazca (Obrazca 2).

Naročnik je Državni revizijski komisiji 29. 11. 2022 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo ni opredelil.

Državna revizijska komisija uvodoma pojasnjuje, da je v obravnavani zadevi s sklepom št. 018-141/2022-9 z dne 10. 1. 2023 vlagatelju dovolila vpogled v podatke o referencah izbranega ponudnika in kadra, potrdila referenčnih naročnikov, ki se nanašajo na reference, ter v naročnikov poziv k dopolnitvi ponudbe in načrte, priložene dopolnitvi ponudbe izbranega ponudnika, izvemši pri tem osebne in tajne podatke.

Naročnik je, skladno z odločitvijo Državne revizijske komisije, 12. 1. 2023 vlagatelju omogočil vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika.

Vlagatelj je po opravljenem vpogledu 19. 1. 2023 prek portala eRevizija posredoval dokument »*Pripravljalna vloga*«, s katero dopolnjuje zahtevek za revizijo z novimi kršitvami (v nadaljevanju: dopolnitev zahtevka za revizijo), in sicer zatrjuje:

- da pri javnem naročilu »*Izgradnja suhega zadrževalnika Malence*« izvajalec ni nastopal z nobenim podizvajalcem, zato razen referenčnega potrdila izvajalca ne obstaja nobena dokumentacija, iz katere bi bilo razvidno, da naj bi izbrani ponudnik v tem poslu izvajal kakršnakoli dela; ker izbrani ponudnik ni bil priglasišen kot podizvajalec in ni bil preverjen z vidika izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, izbrani ponudnik pri referenčnem poslu tudi ni izkazal svoje sposobnosti za izvajanje referenčnih del;
- da je ponudba izbranega ponudnika nedopustna tudi iz razloga, ker je v ponudbi za referenco »*Izgradnja suhega zadrževalnika Malence*« zapisal drugačen datum zapisnika o prevzemu del kot v dopolnitvi ponudbe;
- da pri javnem naročilu »*Rekonstrukcija glavne ceste G2-102/1037 D. Trebuša - Želin*« izbrani ponudnik v pogodbi ni imenovan kot podizvajalec in zato ni mogel zakonito izvajati del, ki jih navaja v referenci, za izvedbo teh del pa tudi ni izkazal usposobljenosti;
- da iz razloga, ker izbrani ponudnik ni bil nominiran kot podizvajalec pri izvedbi del »*Rekonstrukcija glavne ceste G2-102/1037 D. Trebuša - Želin*«, tudi v ponudbi priglasišeni kader, v referenčnem poslu ni bil imenovan kot podizvajalec niti ni bil odgovorni vodja del po Zakonu o graditvi objektov ali kot vodja gradnje v skladu z Gradbenim zakonom;
- da iz ponudbe in dopolnitve ponudbe izbranega ponudnika ne izhaja, da je oporni zid OZ-9, ki ga je izvedel izbrani ponudnik na objektu »*Rekonstrukcija glavne ceste G2-102/1037 D. Trebuša - Želin*«, v funkciji protipoplavnega zidu ob strugi vodotoka prvega ali drugega reda, zato je ponudba izbranega ponudnika tudi v tem delu nedopustna.

Državna revizijska komisija je 23. 1. 2023 izbranemu ponudniku posredovala kopijo dopolnitve zahtevka za revizijo, ta pa je svojo izjasnitev pravočasno posredoval 26. 1. 2023 in v njej navedel:

- da iz zapisnika o predaji del z dne 24. 3. 2021 med izvajalcem in izbranim ponudnikom jasno izhaja, da je izbrani ponudnik za referenčnega naročnika (izvajalca referenčnega posla) po pogodbi št. SUB 3471 003_2020 z dne 24. 2. 2020 izvedel dela na projektu »*Izgradnja suhega zadrževalnika Malence*« v skupni vrednosti 537.576,54 EUR in zanje tudi odgovarja; skladno z določbami razpisne dokumentacije pa bi kot ustrezna morala šteti tudi referenca, ki jo je predložil izbrani ponudnik, četudi tekom izvajanja referenčnih del ne bi bil uradno nominiran kot podizvajalec, pri čemer posledic, ki izhajajo iz neupoštevanja določil pogodbe med naročnikom (investitorjem) in takratnim izvajalcem oz. javnonaročniške zakonodaje ne bi smel trpeti izbrani ponudnik, ki je dela uspešno in pravočasno izvedel (skladno z medsebojnim dogovorom z referenčnim naročnikom, tj. takratnim izvajalcem);
- da se prvi datum, tj. 24. 3. 2021, ki ga je navedel v ponudbi na Obrazcu 9, nanaša na datum prevzema del s strani naročnika referenčnega posla, tj. izvajalca projekta, drugi datum, tj. 15. 3. 2022, ki ga je na poziv naročnika navedel v Obrazcu 10, pa se nanaša na datum prevzema del s strani investitorja, pri čemer gre pri navedbi drugega datuma za očitno napako, saj je pravilen datum 30. 6. 2021;

- da je pri izvedbi referenčnega posla »*Rekonstrukcija glavne ceste G2-102/1037 D. Trebuša - Želin*« sodeloval kot podizvajalec podizvajalca, zato njegova nominacija niti ni bila potrebna, saj zakon tega ne zahteva;
- da ne zanika, da je bila kot vodja del (gradbišča) za izvedbo celotnega projekta »*Rekonstrukcija glavne ceste G2-102/1037 D. Trebuša - Želin*« imenovana druga oseba (in ne R.R), pri čemer v ponudbi ni zatrjeval ali priglašal kadrovske reference vodje del oz. vodje gradnje za celoten projekt, pač pa zgolj za del projekta, tj. za referenčni posel, ki ga je dejansko izvedel (gradnjo protipoplavnega zidu na vodotoku prvega ali drugega reda);
- da je na poziv naročnika predložil dokazilo (izsek projektne dokumentacije), iz katerega je razvidna oznaka zidu v funkciji protipoplavnega zidu ob strugi vodotoka prvega ali drugega reda (kar je naročnik pravzaprav preverjal – tj. PZ-9 in ne OZ-9) ter da je iz prečnih profilov od P111 do P 118 jasno razvidno, da je podporna kamnita zložba PZ9 v funkciji protipoplavnega zidu.

Dne 24. 1. 2023 je tudi naročnik Državni revizijski komisiji posredoval svojo opredelitev do dopolnitve zahtevka za revizijo, v kateri je glede ustreznosti referenčnih poslov izbranega ponudnika pojasnil, da v fazi pregleda ponudbe referenčnih poslov izbranega ponudnika ni preverjal izven obsega, kot je razviden iz dokumentacije javnega naročila oz. kot ga določa ZJN-3. Tako je kot zadosten dokaz za izpolnjevanje pogojev iz točk 14.4 in 14.6 razpisne dokumentacije upošteval v ponudbi oz. dopolnitvi ponudbe predložena referenčna potrdila, ki so bila podpisana s strani naročnika referenčnega posla (in ne investitorja). Naročnik tako ni preverjal, ali je izbrani ponudnik pri projektu sodeloval kot podizvajalec ali celo kot podizvajalec podizvajalca, saj navedeno dejstvo ne bi vplivalo na obstoj referenčnega posla. Prav tako naročnik od ponudnikov ni izrecno zahteval v kakšni vlogi (glavni izvajalec, podizvajalec ...) so morali nastopati pri izvedbi referenčnih poslov. Iz enakega razloga naročnik referenc tudi ni preverjal pri obeh investitorjih, z navedbami, ki jih navaja vlagatelj, pa je bil naročnik tako seznanjen z dopolnitvijo zahtevka za revizijo, zato je z namenom preveritve teh navedb investitorja obeh referenčnih poslov prosil za potrditev referenc. Tako je od investitorja projekta »*Izgradnja suhega zadrževalnika Malence*« prejel odgovor, da o sodelovanju izbranega ponudnika pri tem projektu nima podatkov, potrdilo o prevzemu del pa je bilo izdano izvajalcu dne 19. 7. 2021, investitor projekta »*Rekonstrukcija glavne ceste G2-102/1037 D. Trebuša - Želin*« pa mu je na zaprosilo pojasnil, da je izbrani ponudnik pri tem projektu sodeloval kot podizvajalec podizvajalca in zato investitor ne razpolaga s podatki, katera dela je opravil izbrani ponudnik.

Državna revizijska komisija je skladno z načelom kontradiktornosti naročnikovo opredelitev do dopolnitve zahtevka za revizijo skupaj z izjasnitvijo izbranega ponudnika z dne 26. 1. 2023 posredovala v opredelitev vlagatelju, ki je svojo opredelitev pravočasno posredoval 2. 2. 2023.

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.

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

Uvodoma se Državna revizijska komisija opredeljuje do navedbe vlagatelja v dopolnitvi zahtevka za revizijo, da pri odločanju o zahtevku za revizijo ni bilo upoštevano določilo tretjega odstavka

182. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 73/07 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP) in vlagateljevi pravovarstveni predlogi na način, kot so bili podani – saj da je vlagatelj primarno predlagal, naj se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila, šele podredno pa, naj se naročniku naloži odpravo kršitve na način, da se vlagatelju omogoči vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika. Vlagatelj tako navaja, da o primarnem zahtevku ni bilo odločeno, pač pa se je neposredno odločalo o njegovem podrednem zahtevku. Državna revizijska komisija pojasnjuje, da obvezne sestavine zahtevka za revizijo določa 15. člen ZPVPJN, ki mednje ne uvršča pravovarstvenega predloga (gl. npr. zadevi št. 018-111/2020 in 018-101/2021), ter da se v tej sestavini zahtevke za revizijo tudi razlikuje od tožbe, za katero so obvezne sestavine določene v prvem odstavku 180. člena ZPP, mednje pa je uvrščen tudi »določen zahtevek glede glavne stvari«. ZPVPJN v drugem odstavku 15. člena kot obvezno sestavino zahtevka za revizijo določa »očitane kršitve«, kar ni sestavina iz prvega odstavka 180. člena ZPP, sicer pa, kot je primerljivo določeno v prvem odstavku 180. člena ZPP, tudi dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo. Čeprav mora Državna revizijska komisija odločiti v mejah zahtevka za revizijo (38. člen ZPVPJN), ni vezana na vlagateljev pravovarstveni predlog, temveč odloča o posameznih zatrjevanih kršitvah. Ker je v obravnavanem primeru vlagatelj v zahtevku za revizijo v treh točkah zatrjeval kršitev pravice do vpogleda in je Državna revizijska komisija v zvezi z dvema točkama tudi ugotovila, da je kršitev res podana, je zahtevku vlagatelja v tem delu ugodila in mu skladno s petim odstavkom 31. člena ZPVPJN dovolila vpogled v dokumentacijo in mu dovolila, da dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih je pridobil pri vpogledu v dokumentacijo. Tako je Državna revizijska komisija o vlagateljem zahtevku za revizijo glede očitkov, ki se nanašajo na kršitev pravice do vpogleda, skladno z ZPVPJN že odločila (s sklepom št. 018-141/2022-9 z dne 10. 1. 2023), preostali očitki iz zahtevka za revizijo in očitki, ki jih je vlagatelj navedel po vpogledu v dopolnitvi zahtevka za revizijo, pa so predmet presoje te odločitve.

Med vlagateljem in naročnikom je spor v tem, ali je naročnik ravnal v skladu z določbami ZJN-3 in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je ponudbo izbranega ponudnika označil kot dopustno in mu oddal javno naročilo.

Vlagateljeve revizijske navedbe je treba presojati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, skladno s katero je dopustna ponudba, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je prispela pravočasno, pri njej ni dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija, naročnik je ni ocenil za neobičajno nizko in cena ne presega zagotovljenih sredstev naročnika. 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, ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. ter 83. člena ZJN-3, če so ta bila določena.

V zvezi z revizijskimi navedbami, da je naročnik reference, ki jih je izbrani ponudnik predložil v svoji ponudbi, nepravilno ocenil kot ustrezne, Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da lahko naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določi tiste pogoje za sodelovanje oz. priznanje sposobnosti, ki so določeni v 76. členu ZJN-3. V skladu s prvim odstavkom 76. člena ZJN-3 lahko naročnik določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na: a) ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, b) ekonomski in finančni položaj ter c) tehnično in strokovno sposobnost. Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila (drugi odstavek 76. člena ZJN-3).

Glede tehnične in strokovne sposobnosti deseti odstavek 76. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik postavi 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. Pri javnem naročilu gradenj, storitev ali blaga, za katero je treba izvesti namestitvena ali inštalacijska dela, lahko naročnik strokovno sposobnost gospodarskih subjektov, da izvedejo gradnje, storitve ali inštalacijska dela, oceni glede na njihove veščine, učinkovitost, izkušnje in zanesljivost (enajsti odstavek 76. člena ZJN-3). Možna dokazila za izkazovanje tehnične sposobnosti so navedena v osmem odstavku 77. člena ZJN-3, v skladu s katerim lahko gospodarski subjekt kot dokaz za lastno tehnično usposobljenost (med drugim) predloži seznam gradenj, opravljenih v zadnjih petih letih, oz. seznam najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov ter potrdili o zadovoljivi izvedbi del (točki a) in b) osmega odstavka 77. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija je že v številnih odločitvah zapisala, da je referenca po svoji naravi dokazilo, da je ponudnik sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj z njo dokazuje, da je v preteklosti primerljiva dela že uspešno opravil. Naročnik lahko na podlagi dokazila, da je ponudnik (vsaj) enkrat že uspešno izvedel primerljivo naročilo, utemeljeno sklepa, da ima tak ponudnik ustrezno znanje in izkušnje, potrebne za izvedbo javnega naročila. Referenčna dela se morajo seveda nanašati na istovrstna oz. primerljiva opravila, katerih izvedba se pričakuje od izvajalca javnega naročila, saj je le na ta način mogoče ugotavljati, ali bo izvajalec tudi razpisana dela izvedel uspešno. Na kakšen način in v kolikšnem obsegu mora ponudnik izkazovati istovrstnost del, zlasti pa kateri od sodelujočih gospodarskih subjektov v skupni ponudbi ali ponudbi s podizvajalci mora razpolagati z referencami in na kakšen način oz. v kakšnem obsegu, pa je v vsakem konkretnem postopku odvisno od naročnika in posamezne opredelitve zahteve v razpisni dokumentaciji, pri kateri mora naročnik upoštevati zlasti specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne zahteve ali okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo.

V predmetnem postopku oddaje javnega naročila je naročnik v dokumentaciji z zvezi z oddajo javnega naročila v dokumentu »Poglavje 1: Navodila ponudnikom za izdelavo ponudbe« (v nadaljevanju: dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ali razpisna dokumentacija) pogoje za priznanje sposobnosti določil v poglavju 14., v katerem je (poleg pogoja v zvezi z opravljanjem poklicne dejavnosti ter pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem) določil tudi pogoje v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo (tj. reference ponudnika in kadra). Tako je v točki 14.4 določil tudi naslednji pogoj:

»Ponudnik mora izkazati, da je v zadnjih desetih (10) letih pred objavo tega javnega naročila uspešno zaključil vsaj dva (2) referenčna projekta. Naročnik bo kot referenčni projekt priznal katerikoli posel izmed navedenih:

▪ *gradnja protipoplavnega zidu na vodotoku prvega ali drugega reda skupne dolžine 200 m ali več in v celotni dolžini višine 1 m ali več*

ali

▪ *gradnja protipoplavnega nasipa na vodotoku prvega ali drugega reda skupne dolžine 200 m in v celotni dolžini višine 1 m ali več*

Dokazilo:

- Izpolnjen in podpisan ESPD obrazec
- Izpolnjen in podpisan Obrazec 9 - referenčni projekti
- Za vsako referenco izpolnjen in podpisan Obrazec 10 – referenca gospodarskega subjekta

Opomba:

Zaželeno je, da je referenčno potrdilo (Obrazec 10) podpisano s strani naročnika.

Zadostitev pogoju se ugotavlja kot zbir zadostitev pogoja vseh gospodarskih subjektov, ki nastopajo v ponudbi (ponudnik in/lali partnerji v skupnem nastopanju in/lali podizvajalci).

Naročnik bo kot referenčni posel upošteval zaključeno gradnjo za katero je bil izdan zapisnik o prevzemu del (oz. potrdilo o prevzemu v kolikor so se dela izvajalca po pogodbenih določilih FIDIC). Za obdobje deset let pred objavo tega javnega naročila se upošteva datum zapisnika o prevzemu (oz. potrdila o prevzemu) s strani investitorja.

Višina zidu ali nasipa - se izračuna kot jo določa Uredba o razvrščanju objektov (Uradni list RS št. 37/2018) za gradbeno inženirske objekte – 4.člen, 2.odstavek, 3.alineja.«.

Vlagatelj v dopolnitvi zahtevka za revizijo najprej zatrjuje, da pri javnem naročilu »Izgradnja suhega zadrževalnika Malence«, ki ga je izbrani ponudnik navedel kot eno izmed referenc za izpolnjevanje citiranega pogoja za sodelovanje, iz pogodbe, objavljene na Portalu javnih naročil (št. objave JN001339/2019), izhaja, da izvajalec ni nastopal z nobenim podizvajalcem (stranki pa tudi nista sklenili nobenega aneksa), zato razen referenčnega potrdila, ki ga je izbranemu ponudniku izdal izvajalec, ne obstaja dokumentacija, iz katere bi bilo razvidno, da bi izbrani ponudnik v tem poslu izvajal kakršnakoli dela. Posledično je zatrjevanje izbranega ponudnika in izvajalca referenčnega posla, da je izbrani ponudnik izvedel kar 49,22 % celotne gradnje (518.999,89 EUR od celotne vrednosti gradnje v višini 1.054.448,05 EUR) neresnično. Ker je skladno s pogodbo o izvedbi referenčnega posla zahtevana preveritev novo naznanjenega podizvajalca z vidika izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, izbrani ponudnik pa ni bil priglasišen, slednji pri javnem naročilu »Izgradnja suhega zadrževalnika Malence« tudi ni izkazal svoje referenčne sposobnosti. Izvajalec referenčnega posla je tako izbranemu ponudniku s potrditvijo reference potrdil obstoj prepovedanega položaja, zato v takšnem položaju ne bi smel pridobiti novih javnih naročil (načelo *estoppel*, načelo *venire contra factum proprium*), v zvezi s tem pa se sklicuje tudi na prakso sodišča EU (sodbo v zadevi C-425/12, Portugas - Sociedade de Producao e Distribuicao de Gas, SA).

Glede vlagateljevih navedb, da so v konkretnem primeru iz razloga, ker izvajalec referenčnega posla med izvajanjem pogodbe ni obvestil naročnika o morebitnih spremembah informacij glede podizvajalcev, podani zakonski znaki prekrškov, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da o storitvi prekrška in odgovornosti zanj odloča v postopku o prekršku skladno z Zakonom o prekrških (Uradni list RS, št. 7/2003 s sprem.; v nadaljevanju: ZP-1) in ne v revizijskem postopku. Postopek o prekršku vodi in o njem odloča pooblaščen uradna oseba Državne revizijske komisije, ki izpolnjuje pogoje po zakonu, ki ureja prekrške, in na njegovi podlagi sprejetih predpisov (prvi odstavek 77. člena ZPVPJN). Upoštevajoč navedeno bo Državna revizijska komisija v ločenem postopku in na podlagi ZP-1 proučila, ali so podani pogoji za začetek postopka o prekršku.

V zvezi z referenco za projekt »Izgradnja suhega zadrževalnika Malence« je med strankama poleg neustrezne priglasiitve izbranega ponudnika kot podizvajalca v tem poslu sporno tudi nadaljnje ravnanje naročnika v okviru dopolnjevanja ponudbe. Naročnik je namreč pri preverjanju

ponudbe izbranega ponudnika (med drugim) ugotovil, da iz referenčnega potrdila za predmetni projekt ni nedvoumno razviden datum zapisnika o prevzemu (oz. potrdila o prevzemu) s strani investitorja, kot je zahtevano v točki 14.4 razpisne dokumentacije. Zato je izbranega ponudnika 17. 10. 2022 pozval na dopolnitev ponudbe na način, da (med drugim) predloži dokazilo, kot npr. zapisnik o prevzemu del oz. potrdilo o prevzemu, iz katerega je razviden datum prevzema s strani investitorja, pri čemer je naročnik še navedel, da lahko kot dokazilo predloži tudi referenčno potrdilo, skladno s predlogo naročnika (Obrazec 10), potrjeno s strani naročnika referenčnega posla, iz katerega je razviden zahtevan podatek.

Vlagatelj navaja, da je izbrani ponudnik v osnovni ponudbi v Obrazcu 9 (Referenčni projekti) za sporno referenco zapisal datum zapisnika o prevzemu del 24. 3. 2021, medtem ko je na poziv naročnika k dopolnitvi z dne 17. 10. 2022 navedel datum zapisnika o prevzemu del 15. 3. 2022. Zato zatrjuje, da vsaj eden od navedenih podatkov ni resničen, izbrana ponudba pa iz tega razloga ni dopustna. Ob tem še opozarja, da investitor izbranemu ponudniku nikoli ni potrdil izvedbe referenčnih del, še manj pa prevzema teh del, zato se izbrani ponudnik v tako skrajno protipravnem položaju, v katerem se je nahajal, nikakor ne more sklicevati na »uspešen« prevzem teh del s strani investitorja.

Izbrani ponudnik na predmetni očitke odgovarja, da se prvi datum, tj. 24. 3. 2021, ki ga je navedel v ponudbi na Obrazcu 9, nanaša na datum prevzema del s strani naročnika referenčnega posla, tj. izvajalca projekta, in da je v predvideno polje »Datum zapisnika o prevzemu del« vnesel točno to, kar je naročnik od njega zahteval – datum zapisnika o prevzemu del (in ne datuma zapisnika prevzema del s strani investitorja). Drugi datum, ki ga je na poziv naročnika navedel v Obrazcu 10, pa se nanaša na datum prevzema del s strani investitorja, kot je to v pozivu zahteval naročnik. Ker je naročnik od izbranega ponudnika zahteval podatek o dveh različnih datumih (prvič datum zapisnika o prevzemu del, drugič pa datum zapisnika prevzema del s strani investitorja), je bil poziv naročnika razumljen na način, da se v Obrazec 10 (Referenčno potrdilo) vnese datum prevzema del s strani investitorja, in ne datuma, ko so bila dela prevzeta s strani referenčnega naročnika (izvajalca). Vendar pa je ob izpolnjevanju tega obrazca prišlo do očitne administrativne napake pri prepisu datuma, saj je bil prepisan datum Zapisnika o končnem obračunu izvedenih del št. 402-18/2022-AA-13, tj. 15. 3. 2022, namesto datuma zapisnika prevzema del s strani investitorja (ki izhaja iz istega zapisnika), in sicer 30. 6. 2021. Glede dodatnega opozorila vlagatelja, da investitor izbranemu ponudniku nikoli ni potrdil izvedbe referenčnih del ali prevzema teh del, zaradi česar se izbrani ponudnik ne bi smel sklicevati na »uspešen« prevzem teh del, pa izbrani ponudnik pojasnjuje, da navedeno ni relevantno, saj so bila dela s strani referenčnega naročnika (izvajalca) uspešno prevzeta. V kolikor pa izvedba referenčnih del ne bi bila izvedena korektno ali strokovno, pa bi bil prevzem teh del zavržen tudi s strani investitorja, kar se ni zgodilo (navedeno izhaja iz že navedenega Zapisnika o končnem obračunu izvedenih del z dne 15. 3. 2022, izdano je bilo tudi potrdilo o uspešnem prevzemu del, potrdilo o izvedbi, prav tako pa so bila za izvedeno gradnjo pridobljena vsa potrebna uporabna dovoljenja in soglasja).

Vlagatelj se do navedenega opredeljuje, da je izbrani ponudnik v postopku pravnega varstva priložil tudi Zapisnik o predaji del, iz katerega pa je razvidno, da naj bi bil datum primopredaje del 18. 3. 2021, in tako izbrani ponudnik v obravnavanem postopku javnega naročanja navaja tri različne datume, kar pomeni, da vsaj dva nista resnična.

Glede na že citirana določila razpisne dokumentacije gre ugotoviti, da je v obravnavanem primeru v smislu izpolnjevanja pogoja za sodelovanje iz točke 14.4 navedba datuma zapisnika o prevzemu del (oz. potrdila o prevzemu) s strani investitorja relevantna z dveh vidikov, in sicer se kot referenčni posel upošteva le zaključena gradnja, za katero je bil izdan zapisnik o prevzemu del (oz. potrdilo o prevzemu, v kolikor so se dela izvajala po pogodbenih določilih FIDIC), hkrati

pa se datum zapisnika o prevzemu del (oz. potrdila o prevzemu) s strani investitorja upošteva tudi pri presoji časovne veljavnosti reference.

Med strankama ni sporno, da izbrani ponudnik v ponudbi v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.4 razpisne dokumentacije za referenco »*Izgradnja suhega zadrževalnika Malence*« ni predložil referenčnega potrdila, ki bi vsebovalo navedbo datuma zapisnika o prevzemu del (oz. potrdila o prevzemu) s strani investitorja. Kot namreč pojasnjuje tudi sam izbrani ponudnik, je v ponudbi na Obrazcu 9 za sporno referenco navedel datum zapisnika o prevzemu del s strani referenčnega naročnika, tj. izvajalca projekta, navedeni datum pa izhaja tudi iz Zapisnika o predaji del, ki ga je izbrani ponudnik predložil v postopku pravnega varstva. Prav tako gre ugotoviti, da je izbrani ponudnik v ponudbi predložil tudi lasten obrazec »Podatki o referenčnem delu za gradnjo«, ki ga je podpisal izvajalec projekta, na katerem pa datum prevzema del (niti) ni bil naveden.

Iz določb petega in šestega odstavka 89. člena ZJN-3 ter tudi sodne prakse Sodišča Evropske unije, povezane z institutom dopolnjevanja oz. popravljanja ponudb (npr. sodbe C-599/10, SAG ELV Slovensko in drugi, C-336/12 Manova, C-324/14 Partner Apelski Dariusz, C-387/14 Esaprojekt, in C-131/16 Archus in Gama), izhaja, da ponudbe po poteku roka za oddajo ponudb načeloma ni mogoče spreminjati oz. popravljati, vendar pa lahko naročnik v določenih primerih od ponudnikov zahteva, da dopolnijo, popravijo, spremenijo ali pojasnijo ponudbeno dokumentacijo. Glede na dikcijo petega odstavka 89. člena ZJN-3 takšno pozivanje ni naročnikova dolžnost, temveč gre le za možnost, za katero se naročnik lahko odloči, pri tem pa nima popolne diskrecijske pravice, saj mora vedno ravnati v skladu s temeljnimi načeli javnega naročanja (zlasti načelom preglednosti in načelom enakopravne obravnave ponudnikov). Tako lahko naročnik v skladu z navedeno zakonsko določbo v primeru, če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, 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, pri čemer lahko očitne ali nebitvene napake spregleda. Predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije se lahko nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj je pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, mogoče objektivno preveriti. Če ponudnik ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti.

Državna revizijska komisija v obravnavanem primeru ugotavlja, da je naročnik s pozivom za predložitev dokazil z dne 17. 10. 2022 ravnal skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 (kar med strankama niti ni sporno), saj je izbranega ponudnika zaradi pomanjkljivosti oz. nejasnosti v ponudbi pozval na dopolnitev ponudbe z ustreznimi dokazili oz. informacijami, obenem pa ga je tudi opozoril na posledico, če zahtevanih dopolnitev (med drugim tudi dokazila, iz katerega je razviden datuma prevzema s strani investitorja) ne bo posredoval v postavljenem roku (predvidel je izločitev ponudbe izbranega ponudnika).

Izbrani ponudnik je na naročnikov poziv k dopolnitvi ponudbe v spornem delu za referenco »*Izgradnja suhega zadrževalnika Malence*« posredoval izpolnjen Obrazec 10, ki ga je podpisal izvajalec projekta (referenčni naročnik) in v katerem je kot datum zapisnika o prevzemu del vpisan datum 15. 3. 2022. Izbrani ponudnik je torej ponudbo dopolnil z zahtevanim podatkom, vendar, kot sam priznava, je v Obrazec 10 vpisal napačen podatek (datum), pri čemer meni, da gre navedeno šteti za očitno napako, ki jo je v objektivnem smislu moč zaznati na prvi pogled in ob

samem pregledu ponudbe. Temu stališču Državna revizijska komisija v konkretnem primeru ne more pritrditi. Ker je ponudnik tisti, ki je zainteresiran za pridobitev javnega naročila, mu je zaradi tega naloženo breme priprave dopustne ponudbe, ki mora biti (med drugim) skladna tudi z vnaprej opredeljenimi zahtevami naročnika. V zvezi z vprašanjem, katero napako je mogoče obravnavati kot očitno, pa je Državna revizijska komisija v svojih odločitvah že večkrat zapisala, da je očitnost napake potrebno presojati z vidika možnosti njenega odkritja oz. ugotovitve. Napaka je tako očitna le, če jo je v objektivnem smislu moč zaznati na prvi pogled, neposredno, ne pa šele z dodatnim pojasnjevanjem posameznih okoliščin dejanskega stanja oz. s preverjanjem pravilnosti le-tega (prim. npr. odločitvi Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-151/2019, 018-046/2020). V obravnavanem primeru se gre strinjati z vlagateljem, da napake v navedbi datuma o prevzemu del naročnik ne bi mogel zaznati že na prvi pogled in brez dodatnega preverjanja. Naročnik je namreč ravno zaradi tega, ker iz ponudbe ni mogel ugotoviti datuma prevzema del s strani investitorja, izbranega ponudnika pozval k dopolnitvi ponudbe, napako pa je tako mogoče ugotoviti šele na podlagi preveritev v listinah, ki jih je izbrani ponudnik predložil v postopku pravnega varstva. Ob tem je treba še dodati, da je v konkretnem primeru glede na dejstvo, da je izbranemu ponudniku referenčno potrdilo izdal izvajalec (in ne investitor) projekta, ter dejstvo, da investitor (kot je pojasnil tudi naročniku v postopku pravnega varstva) sploh ni bil seznanjen s sodelovanjem izbranega ponudnika pri predmetnem projektu (čeprav je ta dejansko nastopal v vlogi podizvajalca), navedba pravilnega in nedvoumnega datuma prevzema s strani investitorja še toliko bolj pomembna. Državna revizijska komisija nadalje ne more soglašati z izbranim ponudnikom, da bi zaradi objektivne preverljivosti tega dejstva naročnik lahko izbranega ponudnika pozval k pojasnilu in morebitni dopolnitvi ponudbe. Tudi v zvezi s tem je treba pritrditi vlagatelju, da je, skladno z ZJN-3 in prakso Državne revizijske komisije (npr. v zadevah 018-235/2016 in 018-117/2018), večkratno dopolnjevanje ponudbe v enakem oz. istovrstnem delu nedopustno. Iz določil četrte povedi petega odstavka 89. člena ZJN-3 namreč izhaja, da je naročnik dolžan ponudnika v primeru, če ponudbe ne dopolni v skladu s pozivom oz. če tudi po dopolnitvi še vedno vsebuje enake pomanjkljivosti, izključiti iz postopka. Naročnik torej nima možnosti, da ponudnika večkrat poziva k dopolnitvi oz. spremembi ponudbe v istem delu, saj lahko sicer postopek dopolnjevanja oz. odpravljanja očitnih materialnih napak v ponudbi preide v favoriziranje ponudnika, ki ni izpolnil svoje dolžnosti skrbne priprave ponudbe.

Glede na to, da je bil datum zapisnika o prevzemu (oz. potrdila o prevzemu) s strani investitorja pomemben element pogoja za sodelovanje iz točke 14. 4. razpisne dokumentacije (z vidika časovne veljavnosti reference in z vidika upoštevanja, kaj se šteje kot zaključena gradnja), izbrani ponudnik pa je na poziv naročnika k dopolnitvi ponudbe v tem delu podal napačne informacije (navedel je napačen datum, za katerega ni mogoče šteti, da gre za očitno napako), bi moral naročnik izbranega ponudnika, skladno z določbo petega odstavka 89. člena ZJN-3, izključiti. Ob upoštevanju dejstva, da je naročnik izbranemu ponudniku že omogočil dopolnitev ponudbe glede navedbe datuma prevzema s strani investitorja, izbrani ponudnik pa svoje ponudbe ni ustrezno dopolnil, bi namreč vsakršno naročnikovo nadaljnje pozivanje k dopolnitvi oz. pojasnitvi ponudbe v istem delu lahko prešlo v nedopustna pogajanja med naročnikom in izbranim ponudnikom o tem, kakšna je prava vsebina ponudbe in na kakšen način naj izbrani ponudnik dopolni ponudbeno dokumentacijo, da bo ta popolna in ocenjena kot dopustna.

Državna revizijska komisija v posledici vsega navedenega zaključuje, da je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel izkazati naročnikove kršitve pri pregledu (dopolnjevanju) ponudbe izbranega ponudnika, zato je, v skladu z 2. alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevku za revizijo ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev o oddaji javnega naročila, kot izhaja iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila«, št. 43030-11/2022-15 z dne 25. 10. 2022.

Z razveljavitvijo odločitve o oddaji javnega naročila se 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), zato Državna revizijska komisija z namenom pravilne izvedbe postopka v delu, ki je bil razveljavljen, na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN naročnika napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje konkretnega 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 pri pregledovanju in ocenjevanju ponudb upoštevati določila ZJN-3 in lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ter predmetno odločitev Državne revizijske komisije.

Ker je Državna revizijska komisija že na podlagi obravnavanih navedb ugotovila naročnikovo kršitev v postopku oddaje javnega naročila (nezakonita oddaja javnega naročila izbranemu ponudniku) in v celoti ugodila predlogu vlagatelja (razveljavitev izpodbijane odločitve o oddaji javnega naročila), v okviru revizijskega postopka ni obravnavala vseh preostalih revizijskih navedb vlagatelja, ki se nanašajo na druge zatrjevane kršitve v postopku. Obravnava teh navedb, ob upoštevanju predstavljenih ugotovitev glede nezakonitosti naročnikovega ravnanja v zvezi s ponudbo izbranega ponudnika, namreč na vlagateljev položaj v predmetnem postopku ne bi mogla v ničemer vplivati.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo, v dopolnitvi zahtevka za revizijo in v vlogi z dne 2. 2. 2023 zahteval tudi povrnitev priglašениh 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).

V zvezi s stroški pravnega varstva, katerih povrnitev zahteva vlagatelj, Državna revizijska komisija ugotavlja, da ne ZPVPJN ne ZPP, ki se uporablja glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja (prvi odstavek 13. člena ZPVPJN), ne določata, kateri stroški so potrebni za pravno varstvo, zato je treba v vsakem posameznem primeru, ob skrbni presoji vseh okoliščin, odločiti, kateri vlagateljevi stroški so bili potrebni in koliko znašajo (155. člen ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Zakon o odvetništvu (Uradni list RS, št. 18/1993 s sprem.) v 20. členu določa, da sodišča in drugi organi o določitvi plačila in povračilu stroškov odvetniškega zastopanja v postopkih uporabljajo odvetniško tarifo. Skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.) je vlagatelj, ki je zastopan po odvetniku, upravičen do povračila stroškov odvetniških storitev, in sicer do povračila nagrade (oziroma plačila) za sestavo zahtevka za revizijo, ki zajema tudi povračilo nagrade (oziroma plačila) za zastopanje vlagatelja v postopku pravnega varstva. Vlagatelju, ki je imel takega pooblaščenca, gre v primeru uspeha v revizijskem postopku znesek, določen v Odvetniški tarifi, ki zajema oboje, tj. tako plačilo za delo odvetnika za sestavo zahtevka za revizijo kot plačilo za zastopanje. Vlagatelj, ki v postopku pravnega varstva nastopa sam oz. ni zastopan po odvetniku, ni upravičen do plačila za zastopanje (vlagatelj že po naravi stvari ne more zastopati samega sebe), niti ni upravičen do plačila (nagrade) za svoje delo (sestavo zahtevka za revizijo), ampak je upravičen zgolj do povračila stroškov, ki jih je imel s sestavo zahtevka za revizijo. Po ustaljeni praksi Državne revizijske komisije je mogoče vlagatelju, ki v postopku pravnega varstva nastopa sam, kot potrebne stroške dela priznati petino zneska, ki bi mu pripadal, če bi bil v postopku pravnega varstva zastopan po odvetniku.

Na podlagi navedenega in ob upoštevanju dejstva, da bi v konkretnem primeru, če bi vlagatelj nastopal z odvetnikom, vrednost odvetniške storitve (ob upoštevanju vrednosti spornega

predmeta, prve točke tarifne številke 44 Odvetniške tarife, in vrednosti točke v višini 0,60 EUR) znašala 5.400,00 EUR oz. 6.588,00 EUR z DDV, je Državna revizijska komisija vlagatelju kot potrebne priznala priglašene stroške dela za pripravo zahtevka za revizijo v višini 1.317,60 EUR. Državna revizijska komisija je vlagatelju kot potrebne priznala tudi stroške dela za pripravo dopolnitve zahtevka za revizijo v višini 658,80 EUR z DDV (ob upoštevanju, da bi vrednost odvetniške storitve za dopolnitev zahtevka za revizijo na podlagi druge točke tarifne številke 44 Odvetniške tarife znašala 2.700,00 EUR oz. 3.294,00 EUR z DDV), razliko do priglašenih stroškov za to vlogo v višini 1.080,00 EUR, povečano za 22% DDV, pa zavrača kot neutemeljeno. Prav tako je Državna revizijska komisija vlagatelju ob upoštevanju 70. člena ZPVPJN kot potreben strošek priznala strošek vplačane takse v višini 25.000,00 EUR (potrdilo o plačilu takse v navedeni višini je vlagatelj priložil zahtevku za revizijo).

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroškov, ki jih je imel s sestavo vloge z dne 2. 2. 2023, s katero se je opredelil do navedb naročnika in izbranega ponudnika, 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 Odvetniške tarife), saj navedbe v vlogi niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 26.976,40 EUR, ki mu jih mora naročnik povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja strokovna zahteva vlagatelja se zavrne kot neutemeljena.

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

Pravni pouk:

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

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

Vročiti (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.