

Številka: 018-148/2022-19

Datum: 10. 3. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s spremembami; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Črveka, kot predsednika senata, ter dr. Mateje Škabar in Andraža Žvana, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Javno naročilo male vrednosti za izbiro izvajalca projekta »Izgradnja urbanega parka« - ponovitev*«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložila družba LESNINA MG OPREMA d.d., Parmova ulica 53, ki ga zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji d.o.o., Brdnikova ulica 44, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje javnega zavoda Rdeča dvorana ŠRZ, Šaleška cesta 3, Velenje, ki postopek oddaje predmetnega javnega naročila vodi v imenu in za račun Mestne občine Velenje, Titov trg 1, Velenje (v nadaljevanju: naročnik), dne 10. 3. 2023

odločila:

1. Zahtevke za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o javnem naročilu, ki ga oddaja po postopku naročila male vrednosti, dne 14. 10. 2022 objavil na Portalu javnih naročil, pod številko objave JN007007/2022-W01.

Naročnik je na Portalu javnih naročil objavil Odločitev o oddaji št. 8/2022 z dne 28. 11. 2022, s katero je predmetno javno naročilo oddal v izvedbo ponudniku ANDREJC NIZKE GRADNJE, UREJANJE OKOLJA d.o.o., Topolšica 199B, Šoštanj (v nadaljevanju: izbrani ponudnik). Naročnik je prejel tri ponudbe. Iz obrazložitve je razvidno, da je izbrana ponudba, ki se je uvrstila na prvo mesto, dopustna, vlagateljeva ponudba, ki se je uvrstila na zadnje mesto, pa je nedopustna iz razloga, ker presega naročnikova zagotovljena sredstva. Naročnik je drugouvrščeno ponudbo (Esotech d.d., Velenje), ki je ni pregledal, zavrnil kot manj ugodno.

Zoper navedeno odločitev je vlagatelj dne 6. 12. 2022 vložil zahtevek za revizijo. Predlagal je, naj se mu omogoči vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika ter spisovno dokumentacijo naročnika oziroma podredno, naj se naročnikova odločitev razveljavi. Vlagatelj je v zahtevku za revizijo navedel, da ponudba izbranega ponudnika ne izpolnjuje niti referenčnih pogojev niti drugih zahtev, česar pa zaradi naročnikove nezakonite preprečitve vpogleda vanjo ni mogel preveriti. Navedel je tudi, da je naročnikova odločitev nezakonita, saj v njej niso navedeni razlogi za zavrnitev njegove ponudbe.

Državna revizijska komisija je (s sklepom št. 018-148/2022 z dne 1. 2. 2023) zahtevku za revizijo ugodila tako, da je vlagatelju dovolila vpogled v obrazce, ki se nanašajo na reference izbranega ponudnika in reference nominiranega kadra ter v potrdila referenčnih naročnikov. Vlagatelju je bil dovoljen tudi vpogled v obrazce, ki se nanašajo na nominirana podizvajalca.

Vlagatelj je dne 7. 2. 2023 po opravljenem vpogledu pravočasno dopolnil zahtevek za revizijo (Pripravljalna vloga), pri čemer je (iz previdnosti) opozoril, da Državna revizijska komisija še ni odločila o njegovih navedbah, ki se nanašajo na pomanjkljivo obrazložitev odločitve. Vlagatelj citira referenčni pogoj iz točke 8 poglavja C Navodil za izdelavo ponudbe in ugotavlja, da izbrani ponudnik referenčno sposobnost dokazuje s 3 referencami priglšenega podizvajalca Zavod Aliansa oziroma Aliansa Ase d.o.o., Ljubljana (v nadaljevanju: Zavod Aliansa). Zatrjuje, da nobena izmed referenc ne ustreza naročnikovim zahtevam. Navaja, da je že iz same reference »Gradnja betonskega skate parka Kirovsk (vsa dela razen dobave materiala)« razvidno, da Zavod Aliansa ni opravil dobave materiala, kar pomeni, da ni izvajal gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del, saj izvedba del brez materiala ni gradnja, temveč pogodba o delu. Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 83/01 s spremembami; v nadaljevanju: OZ) namreč v tretjem odstavku 620. člena določa, da se pogodba šteje za podjemno pogodbo, če sta imela pogodbenika v mislih zlasti podjemnikovo dela. Prav tako OZ v 651. členu (ki ureja gradbeno pogodbo) določa, da je izvajalec dolžan omogočiti naročniku stalen nadzor nad deli ter kontrolo nad količino in kakovostjo uporabljenega materiala. Navedeno pa pomeni, da gradbena pogodba brez dobave materiala ni gradbena pogodba, pač pa pogodba o delu, zapisano pa pritrjuje dejstvu, da pri tej referenci ni mogoče govoriti o izvedbi gradbeno - obrtniških del, zaradi česar naročnik izbranemu ponudniku (oziroma njegovemu podizvajalcu) sposobnosti ne bi smel priznati. Slednje velja še toliko bolj, saj izvajalec pri tej referenci očitno ni nabavil nobenega materiala za skate park, torej niti betona, niti tampona niti armatur. Poleg tega ni izvedel nobenih inštalacijskih del, zato o izvedbi GOI del ni mogoče govoriti, za inštalacijska dela pa tudi ni registriran, kar je razvidno iz registra AJPES, prav tako ni vpisan v obrtni register. Vlagatelj še navaja, da skrbnost dobrega gospodarja terja, da naročnik pred oddajo javnega naročila preveri obstoj in vsebino podatkov oziroma drugih navedb iz ponudbe ponudnika, kateremu se je odločil oddati javno naročilo (arg. drugega odstavka 89. člena ZJN-3). Vlagatelj iz previdnosti še predlaga, naj naročnik oziroma Državna revizijska komisija pridobi popise, PID in predvsem posamezne situacije, s katerimi je izvajalec (Zavod Aliansa) referenčnemu naročniku obračunaval dela. Vlagatelj navaja, da iz članka »V Račah bogatejši za moderna pumptrack in skate park« izhaja, da površina skate parka znaša 299 m² in ne 511 m², kot to v referenci trdi podizvajalec Zavod Aliansa. Prav tako je tudi iz spletne strani podizvajalca nedvoumno razvidno, da je skate park Rače manjši od 500 m², kar pomeni, da predložena referenca vsebuje neresnične podatke. Poleg tega podizvajalec na svoji spletni strani potrjuje, da v Sloveniji ni izvedel nobenega skate parka, ki bi bil izveden v velikosti 500 m² ali več, kar pomeni, da niti referenca za Občino Rače - Fram niti referenca za Občino Ajdovščina nista resnični. Vlagatelj še navaja, da je njegov geodet ugotovil, da znaša površina skate parka Rače 296,47 m² oziroma 293,164 m². Zatrjuje, da je po navedbah časnika »Lokalec« skate part v Račah izvedlo podjetje Alliance, kar ni enako Zavod Aliansa, iz tega članka pa je tudi razvidno, da so pripravljala dela, ureditev parkirnih površin, javno razsvetljavo in ureditev okolice izvedla lokalna podjetja, kar pomeni, da podizvajalec ni izvedel vseh gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del, poleg tega za inštalacijska dela ni niti registriran. Vlagatelj še navaja, da iz spletnih strani tudi

za referenco Občine Ajdovščina izhaja, da se skate park Pale razteza na okoli 400 m² površine, kar je manj od 500 m². Tudi pri tej referenci njen nosilec ni izvajal inštalacijskih del, saj za ta dela ni registriran. Opozarja še, da se višina potrjene reference v znesku 57.350,00 EUR ne ujema z uradnimi podatki o nakazilih, ki so znašali 32.290,80 EUR. Vlagatelj pri obeh referencah predlaga, da naj Državna revizijska komisija imenuje izvedenca geodetske stroke, ki naj izmeri oba skate parka, zgolj iz previdnosti pa tudi predlaga, naj se za obe referenci pridobijo popisi, projekt izvedenih del in predvsem posamezne situacije, po katerih je podizvajalec (Zavod Aliansa) referenčnemu naročniku obračunaval referenčna dela.

Naročnik je dne 13. 2. 2022 z dokumentom brez številke izdal dopolnitev sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo, s katerim je zahtevek za revizijo (ponovno) zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik najprej zavrača očitke, ki se nanašajo na referenčno gradnjo skate parka Kirovsk. Navaja, da je vlagatelj spregledal določbo prvega odstavka 649. člena OZ, ki gradbeno pogodbo utemeljuje kot vrsto podjemne pogodbe. Opozarja na komentar OZ in na dve sodbi Višjega sodišča ter navaja, da predstavlja referenčni posel gradbeni posel oziroma gradbeno pogodbo, pri čemer ni pomembno, ali je izbrani ponudnik dobavil tudi material. Tega ne more spremeniti niti vlagateljevo sklicevanje na 651. člen OZ, saj dejstvo, da izvajalec gradbene pogodbe sam ni priskrbel materiala, ne pomeni, da ni omogočil stalnega nadzora nad deli ter nad kontrolo in količino ter kakovostjo uporabljenega materiala ali da iz navedenega razloga ne gre za razmerje gradbene pogodbe. Naročnik pri tem opozarja, da tudi sicer ni zahteval, da bi moral izvajalec referenčnega dela sam dobaviti material. Naročnik še navaja, da vlagatelj ni predložil nobenih dokazov o tem, da podizvajalec ni izvedel inštalacijskih del, saj slednje utemeljuje izključno z ugotovitvijo, da izvajalec referenčnega ni registriran za izvedbo inštalacijskih del. Zatrjuje, da razpolaga z referenčnimi potrdili, iz katerih izhaja, da so reference v celoti ustrezne. Poleg tega ni zahteval, da je moral izvajalec referenčnih del vsa dela izvesti sam. Če je izvajalec referenčnega posla določen del oddal v podizvajanje, je to ob upoštevanju razpisne dokumentacije dopustno, skladno s prakso Državne revizijske komisije (npr.: 018-314/2013 in 018-267/2015) pa v takem primeru glavni izvajalec (nosilec reference) pridobi tudi referenco za dela, ki so jih izvedli morebitni sodelujoči subjekti (npr. takratni podizvajalci). Zato je vlagateljeva trditev, da inštalacijska dela niso bila izvedena iz razloga, ker izvajalec ni registriran za izvedbo inštalacijskih del, irelevantna. Naročnik zavrača tudi očitke, ki se nanašajo na referenčno gradnjo skate parka za Občino Rače - Fram. Navaja, da se vlagatelj sklicuje na spletne strani, ki ne morejo biti merodajno dokazilo, saj so ti podatki zgolj informativne narave in namenjeni trženju. Poleg tega vlagatelj ni predložil nobenih dokazov v zvezi z opravljenimi meritvami. Naročnik pojasnjuje, da skate poligon, ki je izveden v Račah, obsega betonsko »flow« sekcijo in asfaltno »pump« sekcijo, ki skupaj predstavljata zaključeno celoto. Betonska sekcija z 299 m² se navezuje na asfaltno sekcijo, ki je prav tako namenjena rolkarjem v tlorisni površini 335 m², z vozno površino 212 m². Naročnik navaja, da je vozna oziroma uporabna površina v izmeri 511 m² razvidna iz grafičnega prikaza. Betonska dela so bila izvedena po metodi »in situ« (ulivanje betona na licu mesta). Tako asfaltni kot betonski del poligona sta bila izvedena hkrati in v sklopu enega projekta. Naročnik opozarja na referenčno zahtevo in pojasnjuje, da se nanaša na površino poligona v izmeri najmanj 500 m² oziroma iz nje ne izhaja, da mora znašati površina betonskega dela poligona 500 m². Vlagateljev očitek, ki se nanaša na inštalacijska dela, naročnik zavrača z enako utemeljitvijo, kot jo je navedel pri obravnavanju predhodne reference. Naročnik še navaja, da je bil izvajalec referenčnega posla Zavod Aliansa, ki se je preoblikoval v Aliansa Ase d.o.o., kar izhaja tudi iz predloženih referenčnih potrdil. Pojasnjuje še, da je v logotipu Aliansa Ase d.o.o. zaradi mednarodnega nastopanja navedeno »Alliance«, zaradi česar je prišlo do napačne interpretacije. Naročnik zavrača tudi očitke, ki se nanašajo na skate poligon Pale v Ajdovščini. Navaja, da vlagatelj ni predložil nobenih dokazov v zvezi z meritvami geodeta, zato teh trditev ni mogoče upoštevati. Povzema definicijo »površina« iz Slovarja slovenskega knjižnega jezika, ter referenčno zahtevo. Navaja, da je iz referenčne zahteve razvidno, da se nanaša na površino poligona v izmeri najmanj 500 m² oziroma iz nje ne

izhaja zahteva, da mora betonski del poligona znašati 500 m². Pojasnjuje, da se zahteva (v skladu z definicijo površine ter ob upoštevanju razpisne dokumentacije) nanaša na celotno površino skate poligona, ki v konkretnem primeru zajema 259 m² ravnih površin, ki so obdelane s helikoptersko obdelavo, 191 m² objektov, izvedenih z ročno obdelavo ter 55 m² vhodnega platoja, kar skupaj znaša 505 m². Naročnik pri tem opozarja, da so morali ponudniki izkazati ustreznost dveh referenc, pri čemer se je morala le ena nanašati na površino 500 m². Vlagateljev očitek o tem, da izvajalec ni izvedel vseh gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del sam, zavrača z enako utemeljitvijo kot pri predhodnih referencah, pri čemer ponovno opozarja, da vlagatelj v zvezi s tem ni predložil nobenega dokaza. Naročnik še navaja, da ni postavil zahtev, ki se nanašajo na vrednost referenčnih del. Na koncu opozarja, da vlagatelj ni zatrjeval, da je njegova ponudba dopustna, zato mu v zvezi z zatrjevano neobrazloženostjo ni mogla nastati škoda.

Izbrani ponudnik se je dne 16. 2. 2023 izjasnil o vlagateljevi dopolnitvi zahtevka za revizijo. Ker so navedbe izbranega ponudnika identične navedbam naročnika jih Državna revizijska komisija ne povzema ponovno.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 16. 2. 2023 opredelil do naročnikovih navedb (Druga pripravljalna vloga). Zatrjuje, da je naročnikova ugotovitev o tem, da ni pomembno, ali je izbrani ponudnik pri izvedbi referenčnih del dobavil tudi material, pravno zmotna. Naročnik je tisti, ki je v razpisni dokumentaciji zahteval, da sta morala skate poligona zajemati izvedbo gradbenih, obrtniških in inštalacijskih del. Ker Zavod Aliansa pri referenci »Gradnja betonskega skate parka Kirovsk« ni opravil dobave nobenega materiala, to pomeni, da ta subjekt ni izvajal gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del. Izvajalec ni dobavil niti betona niti tampona niti armature, zato referenčna gradnja ne ustreza zahtevi po izvedbi gradbeno - obrtniških del. Zatrjuje, da je v prejšnji pripravljalni vlogi navedel, da nobena od predloženih referenc ne ustreza referenčni zahtevi naročnika, navedel je tudi, zakaj je temu tako (v zvezi s tem je navedel, da Zavod Aliansa pri nobeni referenci ni izvedel nobenih inštalacijskih del, saj za ta dela ni registriran, prav tako tudi ni vpisan v obrtni register), prav tako je podal dokazni predlog, ki bo te navedbe potrdil. Naročnikova navedba o tem, da razpolaga z referenčnimi potrdili, iz katerih jasno izhaja, da so reference v celoti ustrezne, je neresna. Naročnik pred oddajo javnega naročila ni preveril resničnosti navedb v ponudbi izbranega ponudnika, kar potrjuje, da je ravnal tudi v nasprotju z usklajeno prakso Državne revizijske komisije. Vlagatelj navaja, da mora skladno z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije, vsak subjekt, ki v ponudbi nastopa kot glavni izvajalec, partner ali podizvajalec, usposobljenost za tisti del posla, ki ga prevzema v ponudbi, dokazovati z lastnimi referencami. Vlagatelj opozarja na odločitve Državne revizijske komisije (št. 018-084/2019, 018-094/2018 in 018-043/2017) in navaja, da iz prvega odstavka 81. člena ZJN-3 izhaja, da se lahko ponudnik sklicuje na referenco drugega gospodarskega subjekta le v primeru, če zagotovi, da bo ta subjekt tudi dejansko izvedel posel oziroma del posla, za katerega izkazuje usposobljenost. Povzema odločitev Državne revizijske komisije št. 018-064/2019, in navaja, da dejstvo, da je referenčna dela morebiti že uspešno izvedel določen subjekt, ki pa v okviru konkretnega javnega naročila ne bo izvajal istovrstnih del, medtem ko gospodarski subjekt, ki naj bi ta dela izvajal, lastnih ustreznih referenc ne izkazuje, naročniku ne daje informacije o stopnji tehnične usposobljenosti ponudnika. Izbrani ponudnik se v ponudbi glede vseh predloženih referenc sklicuje na neznanega izvajalca inštalacijskih del, ki v izbrani ponudbi sploh ne nastopa, reference pa skladno z zgoraj navedeno prakso ne morejo biti predmet izposoje, pač pa mora vsak subjekt, ki v ponudbi nastopa kot glavni izvajalec, usposobljenost za tisti del posla, ki ga prevzema v ponudbi, dokazovati z lastnimi referencami. 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 (ponudnik) za izvedbo javnega naročila uporabiti (tudi) zmogljivosti drugih subjektov. V prvem odstavku 81. člena ZJN-3 je zato določeno, da lahko gospodarski subjekt glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno naročilo

uporabi zmogljivosti tretjih subjektov, vendar le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahteva te zmogljivosti. Navedena omejitev predstavlja novost glede na preteklo javno naročniško zakonodajo in prinaša bistvene spremembe glede pravice gospodarskega subjekta, da uporabi zmogljivosti tretjih subjektov. Tudi Državna revizijska komisija je v številnih odločitvah pojasnila (prim. sklepe 018-190/2017, 018-232/2017, 018-073/2018, 018-185/2019, 018-193/2020 ...), da gospodarski subjekt sicer lahko naročnikove zahteve glede izobrazbe in strokovne usposobljenosti gospodarskih subjektov in nominiranih kadrov izkaže z uporabo zmogljivosti drugih subjektov, vendar morajo ti drugi subjekti pri izvedbi javnega naročila izvesti gradnje ali storitve, za katere so bile zahtevane te zmogljivosti. To pa pomeni, da morajo biti ti drugi subjekti vključeni v ponudbo in sodelovati pri izvedbi naročila ter v ponudbi nastopati kot skupni partner ali kot podizvajalec. V zvezi z referenco »Gradnja skate park poligona za Občino Rače - Fram« vlagatelj opozarja, da mu ni razumljivo, kaj bi lahko še navedel v dokaz neustreznosti reference, saj je predlagal vpogled na spletno stran nosilca reference. Poleg tega je predložil izračune geodeta, ki je na podlagi javno dostopnih podatkov ugotovil, da površina skate parka Rače znaša 296,47 m² oziroma 293,164 m², podal pa je tudi predlog, naj Državna revizijska komisija imenuje strokovnjaka geodetske stroke, ki naj preveri površino reference. Vlagatelj citira referenčno zahtevo in navaja, da je iz nje razvidno, da v kolikor skate poligon ni bili izveden po metodi »in situ« z ulivanjem betona na licu mesta, ne zajema GOI del oziroma njegova površina ne znaša 500 m², te reference ni mogoče priznati. Čeprav reference za asfaltni del poligona torej ni mogoče priznati, pa tudi ne more biti dvoma o tem, da pump poligon ni skate poligon - vsi skate parki so betonski, pump tracki pa asfaltni, kar potrjuje celo Zavod Aliansa na svoji spletni strani. V zvezi z referenco »Izgradnja skate poligona Pale« se vlagatelj sklicuje na svoje predhodne navedbe. Navaja še, da je napačna tudi tista naročnikova ugotovitev, da je potrebno v površino 500 m² šteti tudi neravne površine, neutemeljena pa je tudi naročnikova navedba, da je potrebno v površino skate poligona šteti tudi 55 m² vhodnega platoja, poleg tega ta del ni bil izveden po metodi »in situ«. Navedeno pa potrjuje, da je njegov geodet pravilno upošteval pravokotno obliko skate parka, katerega površina znaša 412 m². Vlagatelj na koncu zahteva povračilo vseh priglašanih stroškov, saj, kot navaja, so nastali zaradi naročnikovih kršitev, zato meni, da so vsi priglašeni stroški potrebni.

Naročnik se je dne 17. 2. 2023 z vlogo brez številke opredelil do vlagateljevih navedb. Naročnik nasprotuje vlagateljevim navedbam, vztraja pri vseh svojih ugotovitvah in se dodatno opredeljuje do posameznih vlagateljevih navedb. Zatrjuje, da je vlagatelj tisti, ki zatrjuje nezakonitosti, zato je dolžan predložiti tudi relevantne dokaze. Naročnik se sprašuje, ali morajo javni naročniki, ki razpolagajo z referenčnimi potrdili, ki jih izdajo osebe javnega prava, za vsako potrjeno in nesporno referenco angažirati izvedence na terenu, čeprav ne obstaja nikakršen dvom v njihovo ustreznost. Meni, da bi bil takšen zaključek absurden oziroma da odsotnost teh aktivnosti ne more predstavljati kršitve ZJN-3.

Vlagatelj je dne 24. 2. 2023 s Tretjo pripravljalno vlogo naročnika in Državno revizijsko komisijo obvestil, da je istega dne od Občine Rače - Fram prejel dopis z dne 24. 2. 2023, v katerem občina pojasnjuje vsebino sporne reference, in sicer, da Zavod Aliansa ni izvajal nobenih instalacijskih del, da referenčni projekt zajema 299 m² betonskih površin, ki se povezujejo z asfaltnim poligonom v površini 335 m² in da potrjena kvadratura v obsegu 511 m² zajema vse vozne površine (vlagatelj prilaga dopis Občine Rače - Fram z dne 24. 2. 2023). Vlagatelj še navaja, da je Občino Ajdovščina ponovno pozval na izjasnitev glede dejanske velikosti betonskega skate parka in da bo odgovor (Naročniku in Državni revizijski komisiji) posredoval takoj, ko ga bo prejel.

Naročnik je dne 27. 2. 2023 z vlogo brez številke Državno revizijsko komisijo obvestil, da v celoti vztraja pri svojih navedbah. Opozarja še, da je vlagatelj pri predložitvi dokazov že prekludiran, saj bi jih moral predložiti že k dopolnitvi zahtevka za revizijo. Naročnik še pojasnjuje, da je izvajalec na referenčnih delih v Občini Rače - Fram izvedel inštalacijo jaška za odvodnjavanje preko PVC

cevi v »bowl« sekciji. Inštalacijska dela so se torej izvajala, ni pa bila to ločena postavka v popisu del, dela pa so bila nujna za samo funkcionalnost (naročnik je predložil tudi slikovno gradivo).

Vlagatelj je dne 28. 2. 2023 vložil Četrto pripravljalo vlogo. Navaja, da je takoj po vpogledu (ki je bil opravljen dne 2. 2. 2023) od Občine Rače Fram in Občine Ajdovščina zahteval pojasnila glede referenc, vendar odgovora od Občine Ajdovščina še ni prejel. Navaja, da so naročnikove navedbe v zvezi z referenco, ki je bila opravljena za Občino Rače - Fram, nedokazane, naročnik pa tudi ni podal nobenega dokaznega predloga. Vlagatelj še navaja, da ima tudi sicer »bowl« sekcija asfaltno površino (oziroma ni bila izvedena po metodi »in situ«), zato je za izpolnjevanje referenčnega pogoja brezpredmetna, poleg tega pri tem ne gre za inštalacijska dela temveč za kanalizacijo oziroma kvečjemu kabelsko kanalizacijo, kar pa ne ustreza naročnikovemu pogoju.

Vlagatelj je dne 6. 3. 2023 vložil Peto pripravljalo vlogo. Navaja, da prilaga dokumentacijo, ki jo je pridobil od Občine Ajdovščina, iz katere je razvidno, da Zavod Aliansa ni izvajal nobenih inštalacijskih del in da projekt zajema 330,30 m² betonskih površin.

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.

V obravnavanem primeru vlagatelj očita naročniku, da je ponudba izbranega ponudnika nedopustna iz razloga, ker ni izpolnil vseh referenčnih zahtev.

Revizijske navedbe, ki se nanašajo na nedopustnost ponudb, je potrebno presojati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ki določa, da je ponudba dopustna, kadar ponudnik (med drugim) izpolni pogoje za sodelovanje (76. člen ZJN-3) in kadar ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. V skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 (pregled in ocenjevanje ponudb ter način oddaje javnega naročila) naročnik odda javno naročilo na podlagi meril, potem ko preveri, da je ponudba 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 da je ponudbo oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3 in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter izpolnjuje pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila ta določena.

Naročnik lahko gospodarskim subjektom kot zahtevo za sodelovanje naloži pogoje, 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 lahko nanašajo na ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, ekonomski in finančni položaj ter tehnično in strokovno sposobnost. Naročnik lahko v postopek javnega naročanja vključi le tiste zahteve, ki so potrebne za zagotovitev, da ima ponudnik ustrezne pravne in finančne zmogljivosti ter tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja. Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila (drugi odstavek 76. člena ZJN-3).

Glede tehnične in strokovne sposobnosti deseti odstavek 76. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila v skladu z ustreznim standardom kakovosti. Naročnik lahko zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil. Pri javnem naročanju gradenj, storitev ali blaga, za katera je treba izvesti namestitvena ali inštalacijska dela, lahko naročnik strokovno sposobnost gospodarskih subjektov za izvedbo gradenj, storitev ali inštalacijskih del 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 ponudnik kot dokaz za lastno tehnično usposobljenost (med drugim) predloži seznam gradenj, opravljenih v zadnjih petih letih, oziroma 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 (točka a) in b) osmega odstavka 77. člena ZJN-3).

ZJN-3 v 76. in 77. členu določa le izhodišča za oblikovanje pogojev za priznanje tehnične in strokovne sposobnosti oziroma možna dokazila za njeno izkazovanje, naročnik pa je tisti, ki mora v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo, določiti vsebinske, vrednostne in časovne kriterije posameznih pogojev ter način izkazovanja v primeru skupne ponudbe ali ponudbe s podizvajalci. Naročnik mora torej, ob upoštevanju predmeta naročila, v razpisni dokumentaciji določiti vsebinske kriterije, ki jih mora izpolnjevati referenčni posel, da lahko ponudnik z izkazovanjem njegove uspešne izvedbe dokaže strokovno in kadrovsko usposobljenost za izvedbo naročila.

Naročnik je referenčne zahteve postavil v 7. (Referenčni pogoj - GOI dela) in 8. točki (Referenčni pogoj - skate poligon) poglavja C (Pogoji za ugotavljanje sposobnosti) Navodil za izdelavo ponudbe, in sicer:

»7. Pogoj (Referenčni pogoj - GOI dela)

Ponudnik je v zadnjih 5 letih pred rokom za oddajo ponudb uspešno izvedel vsaj en primerljiv posel, ki je zajemal izvedbo gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del na novogradnji ali rekonstrukcijo primerljivega objekta.

Naročnik bo kot primerljiv objekt upošteval vsak objekt, za katerega so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- *skupna pogodbeno vrednost izvedenih GOI del ponudnika na objektu je znašala najmanj 900.000 EUR z DDV,*
- *objekt se po enotni klasifikaciji vrst objektov (CC-SI) uvršča v razred CC-SI 126 Stavbe splošnega družbenega pomena ali CC-SI 2411 Športna igrišča.*

8. Pogoj (Referenčni pogoj – skate poligon)

Ponudnik je v zadnjih 10 letih pred rokom za oddajo ponudb uspešno izvedel vsaj dva skate poligona, izvedena po metodi »in situ« - ulivanje betona na licu mesta, ki sta zajemala izvedbo gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del na novogradnji skate poligona, pri čemer je bila površina vsaj enega izmed skate poligonov najmanj 500 m².«

Pri obeh točkah je naročnik navedel še naslednja navodila:

»Posel se šteje za dokončanega z dnem podpisa primopredajnega zapisnika. Referenčni posli morajo biti izvedeni kvalitetno in pravočasno zaključeni.

Pogoj mora izpolniti ponudnik. V primeru partnerske ponudbe lahko ponudnik izpolnjevanje pogoja izkaže tudi s partnerji. V primeru ponudbe s podizvajalci lahko ponudnik izpolnjevanje pogoja izkaže tudi s podizvajalci.

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 s strani naročnika referenčnega posla.»

Izbrani ponudnik reference izkazuje z dvema podizvajalcema. Izpolnjevanje referenčnega pogoja iz točke 7 med vlagateljem in naročnikom ni sporno, zato Državna revizijska komisija tega dela ponudbe izbranega ponudnika ni preverjala. Vlagatelj pa očita naročniku, da izbrani ponudnik oziroma njegov podizvajalec Zavod Aliansa s (trema) predloženimi referencami ni izpolnil vseh postavljenih zahtev iz točke 8 poglavja C Navodil za izdelavo ponudbe.

Iz zgoraj citirane 8. točke je razvidno, da so morali bodisi ponudniki bodisi njihovi soponudniki ali pa podizvajalci (v zadnjih desetih letih pred potekom roka za oddajo ponudnik) izkazati vsaj dve izgradnji skate poligona po metodi »in situ« (kar pomeni, da se je pri izvedbi referenčnih del beton ulival na licu mesta), ki sta zajemali izvedbo gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del, od katerih je morala površina vsaj enega skate poligona znašati vsaj 500 m².

Kot že izhaja iz te obrazložitve, izbrani ponudnik referenčni pogoj iz 8. točke poglavja C (Pogoji za ugotavljanje sposobnosti) Navodil za izdelavo ponudbe izkazuje s pomočjo podizvajalca - to je družbe Zavod Aliansa. Navedeni podizvajalec je v ta namen predložil tri reference. Prva se nanaša na izgradnjo betonskega skate parka Kirovsk, in je bila izvedena za referenčnega naročnika LLC »FK-RAMPS« iz Rusije, druga se nanaša na izgradnjo pumptrack in skate poligona v Občini Rače - Fram, tretja pa na izgradnjo skate poligona Pale v Občini Ajdovščina.

Med vlagateljem in naročnikom ni spora o tem, da so bile vsi trije referenčni posli izvedeni znotraj zahtevanega obdobja (prva dva sta bila dokončana leta 2021, referenčna gradnja iz Občine Ajdovščine pa leta 2020). Ravno tako med strankama v tem postopku ni spora o tem, da so bili vsi trije referenčni skate poligoni izvedeni po metodi »in situ« (ulivanje betona na licu mesta). Vlagatelj in naročnik sta si edina tudi v tem, da je bil izvajalec vseh treh referenčnih gradenj Zavod Aliansa, Reška 17, Ljubljana, ki v ponudbi nastopa pod imenom Aliansa Ase d.o.o., Reška 17, Ljubljana, pri čemer gre za enako družbo, ki se je pred oddajo ponudbe statusno preoblikovala (sprememba pravnoorganizacijske oblike).

Vlagatelj očita naročniku, da Zavod Aliansa pri prvi referenci (izgradnja betonskega skate parka Kirovsk) ni opravil dobave materiala, kar pomeni, da ni izvajal gradbeno - obrtniških in inštalacijskih del, preostali dve referenci (iz občin Rače - Fram in Ajdovščine) pa ne dosegata površine (vsaj) 500 m². Pri vseh treh referencah vlagatelj še očita naročniku, da nosilec reference (Zavod Aliansa) ni opravil inštalacijskih del, pri čemer poudarja, da za inštalacijska dela ni niti registriran niti ni vpisan v obrtni register. Pri referenci, ki se nanaša na izgradnjo skate park poligona v Občini Rače - Fram, pa še navaja, da so tudi nekatera druga dela (pripravljalna dela, ureditev parkirnih površin, javno razsvetljavo in ureditev okolice) izvedla lokalna podjetja.

Državna revizijska komisija je najprej obravnavala očitke, ki se nanašajo na referenčno gradnjo betonskega skate parka Kirovsk.

Državna revizijska komisija vlagateljevim očitkom v tem delu zahtevka za revizijo ni mogla slediti. Kot pravilno navajata naročnik in izbrani ponudnik, je v skladu s prvim odstavkom 649. člena OZ, gradbena pogodba podjemna pogodba, s katero se izvajalec zavezuje, da bo po določenem načrtu v dogovorjenem roku zgradil določeno gradbo na določenem zemljišču ali bo na že obstoječem objektu izvedel kakšna druga gradbena dela, naročnik pa se zavezuje, da mu bo za to plačal določeno ceno. Tudi gradbena pogodba je torej v 649. členu OZ opredeljena kot podjemna pogodba. Razlika med podjemno in gradbeno pogodbo je v opredelitvi izpolnitvenih dejanj izvajalca oziroma podjemnika. Izpolnitveno dejanje pri gradbeni pogodbi je izvršitev (oprava, dokončanje) določenega posla - bodisi izgradnja novega objekta bodisi izvedba

(dokončanje) drugih gradbenih del na obstoječem objektu. Predmet gradbene pogodbe je torej izdelava nove stvari - novega objekta oziroma izvedba drugih gradbenih del, katerih izvedba zahteva večja in zahtevnejša dela. Pri podjemni pogodbi je izpolnitveno dejanje opredeljeno kot opravljen posel. Ker gre pri obeh pogodbah za istovrstno izpolnitveno ravnanje, je tudi gradbena pogodba opredeljena kot podjemna pogodba (prim. judikat Višjega sodišča v Ljubljani št. II Cp 2020/2016, na katerega se sklicujeta tudi naročnik in izbrani ponudnik).

Glede na vsebino predmetnega referenčnega posla je nesporno, da gre za gradbeni posel oziroma gradbeno pogodbo, pri čemer ni pomembno, ali je podizvajalec izbranega ponudnika dobavil tudi material. Na navedeno ne vpliva niti vlagateljovo sklicevanje na 651. člen OZ, saj dejstvo, da izvajalec gradbene pogodbe sam ni priskrbel materiala, še ne pomeni, da (takratnemu naročniku) ni omogočil stalnega nadzora nad deli in kontrolo nad količino in kakovostjo uporabljenega materiala ter da posledično razmerja med njim in naročnikom referenčnih del ni mogoče šteti kot gradbene pogodbe.

V zvezi z navedeno referenco je potrebno odgovoriti še na vprašanje, ali se ponudnik (v obravnavanem primeru: podizvajalec izbranega ponudnika) lahko sklicuje na referenčni posel, ki ga je izvedel kot glavni izvajalec, čeprav vseh del ni opravil sam, temveč je nekatera dela izvedel njegov podizvajalec. Z drugimi besedami: gre za vprašanje, ali ponudnik kot glavni izvajalec del pridobi referenco za vsa izvedena dela, ki so bila izvedena v okviru referenčnega posla, in jo lahko v tem smislu uporabi kot svojo lastno enotno referenco, čeprav so nekatera dela izvedli drugi gospodarski subjekti, ki pa jih je ponudnik pri izvedbi referenčnega posla nadzoroval in za njih prevzel tudi odgovornost.

Pri odgovoru na zgornje vprašanje je treba najprej ugotoviti, da je razpisna dokumentacija v tem postopku oddaje javnega naročila dopuščala, da lahko v primeru skupne ponudbe referenčni pogoj izpolni katerikoli izmed članov konzorcija, v primeru nastopanja s podizvajalcem pa lahko ponudnik ta pogoj izpolni tudi s podizvajalcem. V primeru ponudbe, ki jo odda skupina gospodarskih subjektov, je naročnik torej dopustil, da referenčni posel izkaže samo eden izmed sodelujočih.

Tudi sicer pa je treba ugotoviti, da je Državna revizijska komisija že v sklepih št. 018-314/2013, 018-262/2015, 018-210/2016, 018-198/2019 in 018-160/2021) obravnavala vprašanje, ali se ponudnik lahko sklicuje na celoten referenčni posel, pri izvedbi katerega je sodeloval, čeprav vseh del ni neposredno opravil sam, temveč so nekatera dela izvedli drugi subjekti. Kot izhaja iz odločitve Državne revizijske komisije št. 018-198/2019, je bistvo priznavanja skupnih referenc v intenzivnosti sodelovanja oziroma dejanskem in konkretnem sodelovanju konkretnega izvajalca pri poslu (prim. tudi stališče Sodišča EU v sodbi C-387/14 - Esaprojekt). V zadevi št. 018-198/2019 je bilo ugotovljeno, da je izvajalec (takratni vlagatelj) večino referenčnega posla izvedel sam, le bazensko tehniko na bazenu je izvedel njegov podizvajalec, v obravnavanem primeru pa gre za podobno situacijo - Zavod aliansa je izvedel večino referenčne gradnje, le inštalacijska dela naj bi izvedel njegov takratni podizvajalec.

Na podlagi navedenih izhodišč in prakse Državne revizijske komisije je tako treba ugotoviti, da je podizvajalec izbranega ponudnika, kot glavni izvajalec referenčnega posla, predložil lastno referenco za celoten obseg del. Referenčni naročnik je potrdil, da je podizvajalec izbranega ponudnika v celoti izvedel gradnjo betonskega skate parka Kirovsk v vrednosti 115.653,17 EUR brez DDV, pri čemer je dodal (le), da ni dobavil materiala. Četudi naj bi inštalacijska dela izvedel drug gospodarski subjekt (domnevni podizvajalec nosilca reference), to ne vpliva na ugotovitev, da je bil Zavod Aliansa (kar med vlagateljem in naročnikom ni sporno) glavni izvajalec del, da je z referenčnim naročnikom podpisal pogodbo in da je bil (posledično) tudi odgovoren za dobro in kvalitetno izvedbo posla v celoti. Iz tega je mogoče zaključiti, da gre glede na intenzivnost

udeležbe podizvajalca izbranega ponudnika oziroma njegov dejanski in konkretni prispevek za njegov lastni posel in za njegovo lastno referenco v celotnem obsegu. Ker v predmetnem postopku oddaje javnega naročila naročnik v razpisni dokumentaciji ni določil, da bo v primeru referenčnega posla, ki ga izvede skupina gospodarskih subjektov, kot ustrezno štel referenco le v primeru, če v ponudbi sodelujejo vsi tisti subjekti, ki so skupaj izvedli referenčni posel, je v obravnavanem primeru bistveno zgolj, da je podizvajalec izbranega ponudnika, kot glavni izvajalec, dejansko in konkretno sodeloval pri izvedbi referenčnih del ter jih nadzoroval in prevzel odgovornost za kvalitetno izvedbo. Ob navedenem pa je naročnik sporno referenco upravičeno upošteval kot skladno z vsemi zahtevami iz razpisne dokumentacije.

Naslednji vlagatelj očitke se nanaša na referenco »Pump track in skate poligon«, ki je bila izvedena za referenčnega naročnika Občino Rače - Fram. Kot že izhaja iz te obrazložitve, vlagatelj v zvezi z navedeno referenco očita naročniku, da nosilec reference oziroma podizvajalec izbranega ponudnika v okviru izvedbe navedene referenčne gradnje ni opravil inštalacijskih del, saj za ta dela ni registriran, poleg tega se sklicuje tudi na navedbe iz časopisa »Lokalec«, iz katerih je razvidno, da so pripravljala dela, ureditev parkirnih površin, javno razsvetlavo in ureditev okolice izvedla tamkajšnja lokalna podjetja. Navaja še, da je po navedbah časnika »Lokalec« skate park v Račah izvedlo podjetje Alliance, kar ni enako Zavod Aliansa ter da znaša površina skate parka 299 m² in ne 511 m², kot je razvidno iz referenčnega obrazca.

V zvezi z očitkom, ki se nanaša na vlagateljevo ugotovitev o tem, da nosilec reference ni opravil inštalacijskih del ter da so tudi nekatera druga dela izvedla tamkajšnja lokalna podjetja, se Državna revizijska komisija v izogib ponavljanju sklicuje na svoje predhodne ugotovitve, ki jih je v povezavi s podobnim očitkom navedla pri obravnavi reference »Betonski skate park Kirovsk«.

Državna revizijska komisija pa ni ugotavljala, ali bi moral naročnik (kot to zatrjuje vlagatelj), glede na referenčno zahtevo, pri površini reference upoštevati le betonsko sekcijo oziroma le skate park v izmeri 299 m², ali pa bi se morala (kot to zatrujeta naročnik in izbrani ponudnik) iz razloga ker predstavljata zaključeno celoto, poleg betonske sekcije, upoštevati tudi asfaltna sekcija z vozno površino 212 m². Naročnik je namreč v obravnavanem primeru zahteval dve referenčni gradnji skate poligona, od katerih je morala le ena izmed njiju presežati površino 500 m². Ker med vlagateljem in naročnikom ni spora o tem, da površina (predhodno obravnavanega) referenčnega objekta, ki se nanaša na gradnjo betonskega skate parka Kirovsk, znaša več kot 500 m² (kot je razvidno iz referenčnega potrdila, znaša površina te reference 900 m²), je izbrani ponudnik ta del referenčnih zahtev v celoti izpolnil.

Poleg tega se Državna revizijska komisija strinja z naročnikom in izbranim ponudnikom tudi v tem, da je v logotipu nosilca reference navedeno tudi ime »Alliance«. Da je nosilec obravnavane reference družba Aliansa Ase d.o.o. (prej Zavod Aliansa) pa je nenazadnje razvidno tudi iz spletnih strani navedenega podjetja.

Iz enakih razlogov je Državna revizijska komisija zavrnila tudi vlagateljeve očitke, ki se nanašajo na tretjo sporno referenco - na referenčno gradnjo skate poligona Pale v Ajdovščini. Vlagatelj namreč tudi v tem delu zahtevka za revizijo očita naročniku, da nosilec reference ni izvedel inštalacijskih del ter da tudi ta referenčna gradnja ne dosega površine vsaj 500 m². Ker naročnik v tem segmentu referenčnih zahtev (v 8. točki poglavja C Navodil za izdelavo ponudbe) ni postavil nobenih vrednostnih pragov, pa Državna revizijska komisija tudi ni preverjala vrednosti obravnavane referenčne gradnje.

Ob navedenem je Državna revizijska komisija zavrnila tudi vlagateljjev predlog za postavitve izvedenca geodetske stroke, ki naj bi izmeril površino druge in tretje reference (torej površino referenčnih gradenj v Občini Rače - Fram in Občini Sežana). Zavrnila pa je tudi vlagateljjev

predlog, naj se za vse tri sporne reference pridobijo popisi, projekt izvedenih del in posamezne situacije, po katerih je podizvajalec izbranega ponudnika referenčnim naročnikom obračunaval referenčna dela. Ob upoštevanju zgoraj citiranih naročnikovih zahtev in ugotovitev Državne revizijske komisije iz te obrazložitve, sta namreč predloga za postavitev izvedenca ter za pridobitev navedenih listin nepotrebna in brezpredmetna.

Državna revizijska komisija prav tako ni obravnavala vlagateljevega očitka, ki se nanaša na pomanjkljivo obrazložitev razlogov za zavrnitev njegove ponudbe. Vlagatelj v obravnavanem primeru ni uspel izkazati, da je ponudba izbranega ponudnika, ki se je uvrstila na prvo mesto, nedopustna, zato vlagatelj za obravnavo tega očitka ne izkazuje pravnega interesa. Ob navedenem tudi morebitna ugotovitev utemeljenosti teh vlagateljevih navedb namreč ne bi mogla več vplivati niti na vlagateljev položaj v postopku oddaje predmetnega javnega naročila niti na drugačno odločitev Državne revizijske komisije v konkretnem primeru.

Na podlagi vsega navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je zato, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevke za revizijo vlagatelja zavrnila kot neutemeljenega.

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

Vlagatelj uveljavlja tudi povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, zato je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, zavrnila vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

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

Pravni pouk:

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

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

Vročiti (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.