

Številka: 018-27/2023-10

Datum: 4. 4. 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 sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Aleksandra Petrovčiča kot predsednika senata ter dr. Mateje Škabar kot članice senata in Marka Medveda kot člana senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Rekonstrukcija ceste in objektov na odseku AC A1 0038/0638 Slovenske Konjice - Dramlje od km 0.071 do km 9.000*«, na podlagi zahtevkov za revizijo vlagateljev (1) VOC Celje d.o.o., Lava 42, Celje, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji d.o.o., Brdnikova ulica 44, Ljubljana (v nadaljevanju: prvi vlagatelj) in (2) POMGRAD d.d., Bakovska ulica 31, Murska Sobota, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Cukrov o.p., d.o.o., Tivolska cesta 48, Ljubljana (v nadaljevanju: drugi vlagatelj), zoper ravnanje naročnika DARS d.d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik) dne 4. 4. 2023

odločila:

1. Obravnavanje zahtevkov za revizijo prvega in drugega vlagatelja se združi v en revizijski postopek.
2. Zahtevkoma za revizijo prvega in drugega vlagatelja se ugotovi in se razveljavi »**ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA**«, št. 313/2022-SPZJN/15-22, z dne 26. 1. 2023.
3. Naročnik je dolžan prvemu vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 31.661,20 EUR, in sicer v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo.
4. Naročnik je dolžan drugemu vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 27.223,08 EUR, in sicer v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo.

Obrazložitev:

Naročnik je 2. 2. 2022 sprejel sklep o začetku postopka oddaje javnega naročila. Obvestilo o naročilu, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku, je bilo na portalu javnih naročil objavljeno 24. 3. 2022, pod št. objave JN001880/2022-B01, ter v Uradnem listu Evropske unije dne 25. 3. 2022, pod št. objave 2022/S 060-153954.

Naročnik je 26. 1. 2023 na Portalu javnih naročil (pod št. objave JN001880/2022-ODL01) objavil »ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA«, št. 313/2022-SPZJN/15-22, s katero je javno naročilo oddal skupini ponudnikov (1) CGP, d.d., Novo mesto, (2) EURO-ASFALT d.o.o., Sarajevo, in (3) ISKRA, d.o.o. (v nadaljevanju: izbrani ponudnik).

Prvi vlagatelj je 7. 2. 2023 vložil zahtevek za revizijo, s katerim predlaga, naj se zahtevku ugotovi in razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila, oziroma podredno, naj se naročniku naloži odpravo kršitve na način, da se vlagatelju omogoči vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika ter dopolnitev ali spremembo zahtevka za revizijo. V vsakem primeru vlagatelj predlaga tudi, da se mu povrne priglašene stroške pravnega varstva. Zatrjuje, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna in bi jo moral naročnik zavrniti oziroma izločiti. S tem v zvezi navaja, da:

- izbrani ponudnik ne izkazuje izpolnjevanja referenčne zahteve iz podtočke B) v točki 4.2 d) Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe;
- je ponudba izbranega ponudnika notranje popolnoma nekonsistentna in ni skladna z naročnikovimi zahtevami zaradi nejasne vloge subjektov R. in T., za podizvajalca R. pa niti ni bil predložen obrazec ESPD;
- za izbranega ponudnika obstoji izključitveni razlog iz prvega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), saj je bil H. R., direktor partnerja EURO-ASFALT d.o.o., v mesecu novembru 2022 obsojen na leto dni zapora zaradi kaznivnega dejanja zlorabe položaja ali pooblastil.

Prvi vlagatelj zatrjuje tudi kršitev pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika, v zvezi s čimer poudarja, da mu je naročnik posredoval 142 strani dokumentov, od katerih so 104 strani v celoti prekrite, očitno zaradi (neutemeljenega) sklicevanja izbranega ponudnika na poslovne skrivnosti. Poudarja, da niti ni mogel podati ustreznih navedb o tem, kateri vsi dokumenti so prikriti, saj jih objektivno ne more identificirati. Meni, da je pavšalno zakrivanje celotnih sklopov ponudbene dokumentacije nezakonito, saj mora naročnik zakritje teh podatkov posebej utemeljiti in ne kar predpostavljati obstoja poslovne skrivnosti; dolžnost naročnika je kritično presojati upravičenost ponudnikove določitve poslovne skrivnosti.

Drugi vlagatelj je 7. 2. 2023 vložil zahtevek za revizijo. Uvodoma zatrjuje, da mu je naročnik izrazilo kršilo pravico do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika; poudarja, da je zelo jasno navedel, v katere dele ponudbe želi vpogledati, naročnik pa je prekril celotni »Sporazum o enotnem nastopu in predložitvi skupne ponudbe« in s tem onemogočil vlagatelju seznanitev s ključnimi deli ponudbe. Naročniku očita, da je izrabil institut poslovne skrivnosti z njegovo prekomerno in nezakonito uporabo. Meni še, da je nesprejemljivo prekrivanje celotnih dokumentov, saj vlagatelju niti ni znano, za kakšen dokument sploh gre. Ne glede na kršitve v zvezi z vpogledom zatrjuje še obstoj razlogov za nedopustnost ponudbe izbranega ponudnika ter navaja, da:

- utemeljeno sumi, da izbrani ponudnik ne izpolnjuje pogoja za sodelovanje iz podtočke A) v točki 4.2 d) Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe, saj naj iz ponudbe (tudi zaradi neobstoječega ali neustreznega delilnika del) ne bi izhajalo, da bo vezne in obrabne plasti asfalta izvajal le tisti gospodarski subjekt, ki ima za to zahtevano referenco;
- izbrana ponudba vsebuje nasprotujoče si podatke glede nominiranih podizvajalcev oziroma subjektov T. in R.;

- izbrani ponudnik ni predložil ustreznih dokazil za podizvajalca R.;
- je vodjo gradnje v ponudbi zagotovil vodilni partner CGP d.d., ostali so ponudniki pa se v obrazcih ESPD nanj kot na zunanjo kapaciteto niso sklicevali.

Drugi vlagatelj predlaga, naj se zahtevku ugodi in se mu dovoli vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika v celotnem obsegu, ki bi mu omogočila pridobitev za njegove revizijske trditve ključnih informacij, ter dopolnitev zahtevka za revizijo. Predlaga še, naj se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila ter da se mu povrne priglašene stroške pravnega varstva.

Izbrani ponudnik se je o zahtevkih za revizijo izjasnil z vlogama z dne 16. 2. 2023.

Naročnik je 28. 2. 2023 zahtevka za revizijo zavrnil z dokumentoma »ODLOČITEV«, št. 313/23-000015/22-rev-V in 3.1.3/2023-SPZJN/15-22-rev-P. Naročnik v odločitvah podrobneje tudi pojasnjuje, zakaj očitki vlagateljev niso utemeljeni.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 3. 3. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Državna revizijska komisija je po prejemu zahtevkov za revizijo opravila predhodni preizkus v skladu z 31. členom ZPVPJN ter ugotovila, da oba zahtevka izpolnjujeta vse pogoje iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, zato ju je sprejela v obravnavo.

Prvi vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 3. 3. 2023. V celoti vztraja pri navedbah, dejstvih, dokazih in kršitvah iz zahtevka za revizijo in se opredeljuje do vseh navedb naročnika.

Drugi vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 3. 3. 2023. Prereka vse navedbe, trditve in dokaze naročnika, v kolikor se z njimi izrecno ne strinja. Uveljavlja še dodatno kršitev, za katero je (kot navaja) izvedel po vložitvi zahtevka za revizijo ter jo posledično brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti v predrevizijskem postopku – zatrjuje, da bi moral naročnik izbranega ponudnika izključiti iz sodelovanja v postopku javnega naročanja zaradi obstoja izključitvenega razloga iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3, ker je bil H. R., direktor partnerja EURO-ASFALT d.o.o., obsojen na leto dni zapora zaradi zlorabe položaja in pooblastil.

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

Skladno s prvim odstavkom 300. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), katerega določbe se na podlagi prvega odstavka 13. člena ZPVPJN uporabljajo v revizijskem postopku glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja, se lahko v primeru, kadar teče pred istim sodiščem več pravnih med istimi osebami ali več pravnih, v katerih je ista oseba nasprotnik raznih tožnikov ali raznih tožencev, vse te pravde s sklepom senata združijo za skupno obravnavanje, če se s tem pospeši obravnavanje ali zmanjšajo stroški. O vseh združenih pravnih lahko izda sodišče skupno sodbo.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da sta prvi in drugi vlagatelj vložila zahtevek za revizijo v istem postopku oddaje javnega naročila, zato je, zaradi pospešitve obravnavanja, obravnavanje zahtevkov za revizijo združila v en revizijski postopek in sprejela skupno odločitev.

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

I. Podizvajalci

Oba vlagatelja v zahtevkih za revizijo navajata, da je v obrazcih ESPD, ki so jih predložili konzorcijski partnerji v izbrani ponudbi, navedeno, da ne nastopajo s podizvajalcem, po drugi strani pa je v 7. členu izpolnjenega vzorca pogodbe navedeno, da sta nominirana dva podizvajalca, in sicer R., nominiran s strani vodilnega partnerja, ter T., nominiran s strani partnerja ISKRA, d.o.o.

Prvi vlagatelj v zahtevku za revizijo meni, da je izbrana ponudba v vsakem primeru nedopustna, bodisi zato, ker vodilni partner v svojem ESPD sam navaja, da s podizvajalcem R. ne nastopa, bodisi zato, ker s podizvajalcem R. nastopa, pa zanj ni predložil obrazca ESPD; v vsakem primeru naročniku očita, da je izbral notranje popolnoma nekonsistentno ponudbo, ki ni skladna z naročnikovimi zahtevami in je zato nedopustna. Dodaja, da je ponudba nekonsistentna tudi zaradi tega, ker je partner ISKRA, d.o.o., v ESPD zapisal, da ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov in da ne namerava oddati javnega naročila v podizvajanje tretjim osebam, po drugi strani pa iz vzorca pogodbe izhaja, da je z njegove strani nominiran podizvajalec T., v ESPD pa naj bi celo zapisal, da oddaja 45% delež v podizvajanje. Prvi vlagatelj poudarja, da naročnik ne more namesto izbranega ponudnika oblikovati njegove ponudbene volje, zato tudi poziv k dopolnitvi, popravku oziroma pojasnilu ponudbe ne bi bil dopusten, saj je vloga, v kateri gospodarski subjekt nastopa v ponudbi, vprašanje poslovne volje oziroma odločitve ponudnika, obstoja katere pred potekom roka za oddajo ponudb v obstoječi situaciji ni mogoče objektivno preveriti. Zaključuje, da torej naročnik ni mogel vedeti – in je lahko le ugibal – v kakšni vlogi nastopa v izbrani ponudbi gospodarski subjekt R., da naročnik te presoje ne more opraviti sam namesto izbranega ponudnika, izbrano ponudbo pa zaradi odsotnosti navedene ključne informacije označuje za nedopustno.

Tudi drugi vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da so si podatki v zvezi z nominiranimi podizvajalci v ponudbi izbranega ponudnika nasprotujoči. Opozarja, da izbrani ponudnik ni predložil potrebnih dokazil za podizvajalca R. ter posledično ni nominiral tega subjekta skladno z zahtevami razpisne dokumentacije. Opozarja, da naročnik nima pravice odločati o tem, kateri podatek v predloženi ponudbi je pravilen, saj bi s tem nadomestil in sooblikoval poslovno voljo ponudnika. Iz ponudbene dokumentacije naj bi bila jasno razvidna volja ponudnika, da želi sodelovati s podizvajalcem R., posledično pa bi zanj moral predložiti ustrezna dokazila. Podredno še navaja, da naročnik v zvezi z navedbo gospodarskega subjekta R. v ponudbi ni storil niti tega, kar bi od njega zahtevala minimalna skrbnost – tj. preveril navedbo tega subjekta v ponudbi izbranega ponudnika.

Izbrani ponudnik v bistvenem navaja, da:

- nastopa le s podizvajalcem T., za katerega je predložil vso zahtevano dokumentacijo;
- glede na okoliščino, da podatkov v 7. členu vzorca pogodbe ni bilo treba izpolniti, sploh ne gre za napako v ponudbi, vendar podrejeno in za vsak primer poudarja, da gre v primeru navedbe R. kvečjemu za očitno napako, katere odprava je dopustna;
- ne drži očitek o notranje nekonsistentni ponudbi;
- je obrazec ESPD zgolj predhodna izjava, s katero ponudnik dokazuje izpolnjevanje pogojev o svoji usposobljenosti oziroma dejstev, ki jih vsebujejo ponudbeni obrazci, ni pa namenjen priglašanju ostalih sodelujočih v ponudbi;
- obrazec ESPD partnerja ISKRA, d.o.o., vsebuje lapsus oziroma očitno napako, saj iz celotne ponudbe jasno izhaja, da je nominiran podizvajalec T.

Naročnik smiselno pritruje in povzema navedbe izbranega ponudnika, pri čemer poudarja, da:

- je nominacija podizvajalca T., kljub očitni napaki v obrazcu ESPD (ki niti ni namenjen nominaciji podizvajalcev) partnerja ISKRA, d.o.o., nedvoumno razvidna iz ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika, saj so bili za ta subjekt predloženi številni dokumenti oziroma dokazila;
- je označba v obrazcu ESPD vodilnega partnerja o tem, da ne sodeluje s podizvajalci, povsem pravilna, saj gre pri navedbi družbe R. v vzorcu pogodbe za očitno napako – pojasnjuje, da je to navedbo obravnaval kot očitno napako zato, ker izbrani ponudnik za subjekt R. ni predložil nikakršne dokumentacije ali dokazil, ki so bila zahtevana za nominirane podizvajalce, razpisna dokumentacija pa ni zahtevala vpisa podatkov o podizvajalcih v vzorec pogodbe;
- iz ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika ne izhajajo nasprotujoči si podatki glede vloge družbe R. v okviru ponudbe, saj v posameznih delih ponudbene dokumentacije ta družba ni navedena v različnih vlogah (temveč zgolj enkrat kot podizvajalec, pri čemer gre za očitno napako);
- ocena strokovne komisije pri naročniku glede ugotovitve očitne napake v ponudbeni dokumentaciji izhaja iz poročila strokovne komisije za oddajo javnega naročila.

Prvi vlagatelj v vlogi z dne 3. 3. 2023 navaja, da ob dveh diametralno nasprotnih podatkih v ponudbi (tj. da izbrani ponudnik ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov in ne namerava oddati javnega naročila v podizvajanje na eni strani ter navedbo, da vodilni partner nastopa s podizvajalcem na drugi strani) naročniku seveda pravilen podatek ne more biti znan. Tudi sicer naj evidentno ne bi šlo za napako, ki jo je moč v objektivnem smislu zaznati na prvi pogled, neposredno, in ne šele z dodatnim pojasnjevanjem posameznih okoliščin stanja oziroma s preverjanjem pravilnosti le-tega. Izpostavlja še, da mora naročnik upoštevati vse v ponudbi predložene listine ponudnika in ne sme selektivno oziroma arbitrarno odločati, da bo upošteval le nekatere izmed teh listin, prav tako pa sam naročnik ne more in ne sme sklepati o tem, kateri podatek v predloženi ponudbi je pravilen, saj bi s tem nadomestil in sooblikoval poslovno voljo ponudnika.

Drugi vlagatelj v vlogi z dne 3. 3. 2023 meni, da naročnik očitno preferira izbranega ponudnika in vse napake ponudbe tolmači na način, da ni bilo zahtev razpisne dokumentacije ali pa da je izbrani ponudnik storil več očitnih napak. Nasprotuje naročnikovemu sklicevanju na očitno napako, saj naj ne bi šlo za napako, ki jo je mogoče razložiti na prvi pogled; možno naj bi namreč bilo tudi, da je ponudnik želel dati del javnega naročila v podizvajanje družbi R., vendar je to navedel le v vzorcu pogodbe, ni pa predložil drugih ustreznih dokumentov. Da napake ni bilo mogoče odkriti že na prvi pogled, naj bi potrjevale tudi navedbe naročnika, kjer omenja oceno strokovne komisije – meni, da če je bilo glede tega, ali gre za strokovno napako, potrebna presoja komisije, gre za jasen dokaz, da opisana napaka ni bila očitna. Drugi vlagatelj poudarja, da naročnik ne more in ne sme sklepati, kakšna je volja ponudnika, kadar ta ni jasna; meni, da je treba navedeno napako razlagati na način, da izbrani ponudnik ni predložil ustreznih dokazil za podizvajalca R. ter posledično ni nominiral podizvajalca skladno z zahtevami razpisne dokumentacije, zato bi morala biti njegova ponudba izločena kot nedopustna. Navaja še, da je naročnik v svoji odločitvi kar dvakrat neupravičeno nadomestil in domneval voljo ponudnika (in to na način, ki je v korist izbranega ponudnika), kar pa ni dopustno. Končno še opozarja, da četudi bi naročnik ponudnika pozval na pojasnitev napačnih podatkov, tega podatka ne bi mogel objektivno preveriti pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb.

Dopustna ponudba je ponudba, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je prispela pravočasno, pri njej ni dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija,

naročnik je ni ocenil za neobičajno nizko in cena ne presega zagotovljenih sredstev naročnika (29. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3).

Skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 sme naročnik javno naročilo oddati le ponudniku, čigar ponudba je dopustna. Naročnik namreč skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 (pregled in ocenjevanje ponudb ter način oddaje javnega naročila) odda javno naročilo na podlagi meril, potem ko preveri, da so izpolnjeni naslednji pogoji: a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, po potrebi ob upoštevanju variant iz 72. člena ZJN-3, in b) ponudbo je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3 in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

Naročnik lahko, v kolikor so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne, oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, v skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, zahteva, da gospodarski subjekti v ustreznem roku predložijo manjkajoče dokumente ali dopolnijo, popravijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave ponudnikov in transparentnosti. Ista določba ZJN-3 med drugim določa tudi, da naročnik od gospodarskega subjekta zahteva dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam ter da se lahko predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj je pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, mogoče objektivno preveriti. Če gospodarski subjekt ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti. Očitne ali nebistvene napake naročnik lahko spregleda.

Razen kadar gre za popravek ali dopolnitev očitne napake, če zaradi tega popravka ali dopolnitve ni dejansko predlagana nova ponudba, ponudnik ne sme dopolnjevati ali popravljati svoje cene brez DDV na enoto, vrednosti postavke brez DDV, skupne vrednosti ponudbe brez DDV, razen kadar se skupna vrednost spremeni v skladu s sedmim odstavkom 89. člena, in tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila (šesti odstavek 89. člena ZJN-3).

V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija) je naročnik v dokumentu »NAVODILA PONUDNIKU ZA IZDELAVO PONUDBE« pod razdelkom »A. SPLOŠNO« v točki »5. Ponudba s podizvajalci in skupna ponudba« med drugim navedel:

»[...] Če bo ponudnik nastopal s podizvajalci, mora v ponudbi:

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

[...]

V primeru, ko ponudnik namerava izvajati naročilo s podizvajalci, mora v ponudbi za vsakega od podizvajalcev predložiti obrazec: »PODATKI O PODIZVAJALCU«, v katerem izpolni vse navedene rubrike ter navesti referenčna dela, ki so po vsebini primerljiva z deli, ki jih podizvajalec prevzema v ponudbi.

[...]

Podizvajalci neobstoj razlogov za izključitev iz podčlena 4.1 Navodil in 4.2 (a) Navodil izkažejo na način, kot je v podčlenu 4.1 in 4.2 (a) Navodil zahtevano za gospodarski subjekt.«.

Pod razdelkom »C. PRIPRAVA PONUDBE« v točki »12. Sestavni deli ponudbe« je bilo med drugim navedeno:

»Ponudba, ki jo predloži ponudnik mora vsebovati naslednje dokumente:

1. Izpolnjen ter podpisan ESPD obrazec za vsakega od gospodarskih subjektov, ki nastopa v ponudbi.

[...]

Izpolnjen in podpisan ESPD mora biti v ponudbi priložen za vse gospodarske subjekte, ki v kakršni koli vlogi sodelujejo v ponudbi (ponudnik, sodelujoči ponudniki v primeru skupne ponudbe, gospodarski subjekti, na katerih kapacitete se sklicuje ponudnik in podizvajalci).

[...]

5. Izpolnjeno Poglavje 7 - Vzorec pogodbe. V primeru skupne ponudbe, ki jo predloži skupina dveh ali več izvajalcev kot partnerjev, mora ponudba vsebovati tudi pooblastilo/a vodilnemu partnerju za sklenitev pogodbe kot je podan v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (izpolnjeno in podpisano pooblastilo je potrebno ponudbi predložiti za vse partnerje).

[...]

Med strankama ni sporno, enako pa izhaja tudi iz odstopljene dokumentacije, da je izbrani ponudnik kot del ponudbe predložil med drugim naslednje dokumente:

- obrazec ESPD za vodilnega partnerja, v katerem je v delih II.C. in II.D. navedeno, da ta gospodarski subjekt ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje, ter da ne namerava oddati del javnega naročila v podizvajanje tretjim osebam (v skladu s 94. členom ZJN-3 in če ne uporablja njegovih zmogljivosti v skladu z 81. členom ZJN-3);
- obrazec ESPD za partnerja EURO-ASFALT d.o.o., v katerem je v delih II.C. in II.D. navedeno, da ta gospodarski subjekt ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje, ter da ne namerava oddati del javnega naročila v podizvajanje tretjim osebam (v skladu s 94. členom ZJN-3 in če ne uporablja njegovih zmogljivosti v skladu z 81. členom ZJN-3);
- obrazec ESPD za partnerja ISKRA, d.o.o., v katerem je v delih II.C. in II.D. navedeno, da ta gospodarski subjekt ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje, ter da ne namerava oddati del javnega naročila v podizvajanje tretjim osebam (v skladu s 94. členom ZJN-3 in če ne uporablja njegovih zmogljivosti v skladu z 81. členom ZJN-3), v delu IV.C. pa je navedeno, da namerava gospodarski subjekt morebiti oddati v podizvajanje 45% delež javnega naročila;
- obrazec ESPD za gospodarski subjekt T., v katerem je v delu II.A. navedeno, da ta družba pri postopku oddaje javnega naročila sodeluje kot podizvajalec partnerja ISKRA, d.o.o., Ljubljana;
- izpolnjen vzorec pogodbe, kjer sta v 7. členu kot nominirana podizvajalca navedena subjekta R. (s pripisom: »nominiran s strani vodilnega partnerja CGP, d.d.«) in T. (s pripisom: »nominiran s strani partnerja ISKRA d.o.o.«);
- (en) izpolnjen obrazec »PODATKI O PODIZVAJALCU«, kjer je kot podizvajalec opredeljen gospodarski subjekt T., nominiran s strani partnerja ISKRA, d.o.o.;
- dokument »ZAHTEVA in SOGLASJE«, s katerim gospodarski subjekt (podizvajalec) T. podaja zahtevo za neposredna plačila in soglašja, da naročnik namesto glavnega izvajalca poravnava njegovo terjatev do glavnega izvajalca, s katerim sodeluje pri predmetnem javnem naročilu.

Ponudba izbranega ponudnika ne vsebuje drugih omemb gospodarskega subjekta R.

Upošteva vse navedeno je treba pritrrditi vlagateljema v tem, da v ponudbi izbranega ponudnika obstojijo neskladnosti glede vloge gospodarskih subjektov T. in R. v ponudbi, oziroma glede vprašanja, ali sta ta dva subjekta nominirana kot podizvajalca ali ne.

Ne glede na pomen izpolnitve zadevnega dela obrazcev ESPD za vprašanje dopustnosti ponudbe, Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz celotne vsebine ponudbe izbranega ponudnika jasno in nedvoumno izhaja, da je s strani vodilnega partnerja nominiran podizvajalec T. – z izjemo drugačne navedbe v ESPD partnerja ISKRA, d.o.o., je iz preostalih dokumentov v ponudbi (tj. iz obrazca ESPD gospodarskega subjekta T. ter iz izpolnjenih obrazcev »*PODATKI O PODIZVAJALCU*« in »*ZAHTEVA in SOGLASJE*«) jasno izražena volja tako partnerja ISKRA, d.o.o., kot gospodarskega subjekta T. o tem, da slednji sodeluje kot podizvajalec, ki bo prevzel določeno vrsto del v določeni vrednosti, kot je to razvidno iz obrazca »*PODATKI O PODIZVAJALCU*«. Glede na navedeno je mogoče označbi »*Ne*« v delih II.C. in II.D. obrazca ESPD vodilnega partnerja obravnavati kot nebitveno napako, ki jo (je) lahko naročnik skladno z zadnjo povedjo petega odstavka 89. člena ZJN-3 spregleda(l).

Nasprotno pa po presoji Državne revizijske komisije ni mogoče kot zakonitega in skladnega z načeloma transparentnosti (6. člen ZJN-3) in enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) sprejeti ravnanja naročnika, ko je navedbo gospodarskega subjekta R. kot podizvajalca vodilnega partnerja v 7. členu vzorca pogodbe odpravil kot očitno napako s sklicevanjem na to, da v ponudbi izbranega ponudnika ni nikakršne druge dokumentacije ali dokazil, ki so bila zahtevana za nominirane podizvajalce, ter da navedba tega podatka v 7. členu vzorca pogodbe niti ni bila zahtevana.

Naročnik resda ni predvidel oziroma zahteval, da ponudniki v vzorec pogodbe vpisujejo kakršnekoli podatke (v opombi k 7. členu vzorca pogodbe je namreč naročnik vnaprej zapisal, da se bodo podatki vnesli v pogodbo na podlagi priloge oziroma obrazca »*Podatki o podizvajalcu*«), vendar pa ne drži, da iz tega razloga morebitni vpisi vanj niso upoštevni. V kolikor namreč ponudnik določene podatke vpiše v katerikoli del ponudbene dokumentacije, četudi ti niso bili zahtevani, z vpisom nesporno postanejo del njegove ponudbe (prim. z odločitvama Državne revizijske komisije št. 018-151/2019-6 in 018-046/2020-8). Navedeno velja tudi v konkretnem primeru. Zgolj iz razloga, ker je ponudnik storil več (navedel več podatkov), kot je bilo od njega zahtevano, ni mogoče sprejeti stališča, da bi moral naročnik navedbo teh podatkov spregledati.

Državna revizijska komisija je že večkrat (npr. v sklepih št. 018-014/2017-5, 018-194/2018-9, 018-151/2019-6 in 018-165/2020-4) zavzela stališče, da je potrebno očitnost napake presojati z vidika možnosti njenega odkritja oz. ugotovitve. Napaka je očitna le, če jo je v objektivnem smislu moč zaznati na prvi pogled (*prima facie*), kar pomeni, da jo je mogoče ugotoviti neposredno, ne pa šele z dodatnim pojasnjevanjem posameznih okoliščin stanja oz. s preverjanjem pravilnosti tega, poleg tega mora biti pravilen podatek naročniku znan (posledično pa tudi na objektivni ravni preverljiv) že ob ugotovitvi očitne napake. Za opredelitev pomanjkljivosti v ponudbi za očitno napako morata tako biti izpolnjena dva pogoja, da jo je mogoče zaznati na prvi pogled in da je naročniku pravilen podatek znan.

V obravnavanem primeru ugotovljene nejasnosti v ponudbi izbranega ponudnika ni mogoče opredeliti kot očitne napake, saj – kot pravilno opozarjata vlagatelja – ni mogoče na prvi pogled ugotoviti, kateri podatek v ponudbi izbranega ponudnika je pravilen. Drugače povedano, na podlagi ponudbe izbranega ponudnika ni mogoče ugotoviti, ali je do napake prišlo v navedbi gospodarskega subjekta R. kot podizvajalca v 7. členu vzorca pogodbe (skladno s čimer subjekt R. ne bi bil podizvajalec) ali pa je ta navedba v 7. členu vzorca pogodbe pravilna (skladno s čimer bi subjekt R. bil podizvajalec vodilnega partnerja), pa za ta subjekt (podizvajalca) niso bila predložena z razpisno dokumentacijo zahtevana dokazila. Navedeno pa pomeni, da bi naročnik,

če bi želel odpraviti pomanjkljivost v ponudbi, moral izbranega ponudnika pozvati na pojasnila oz. na popravek ponudbe v tem delu. Če pravih podatkov ni mogoče ugotoviti neposredno, brez dodatnega pojasnjevanja ponudnikov, pomanjkljivosti v ponudbi ni mogoče opredeliti za očitno napako v smislu 89. člena ZJN-3. Na podlagi nobenega od navedenih dokumentov naročniku ni moglo biti znano, kakšna volja izbranega ponudnika glede (ne)nastopanja s podizvajalci je obstajala že v času, kot je potekel rok za prejem ponudb. Kot je Državna revizijska komisija že večkrat poudarila (glej npr. sklepa št. 018-112/2013-6 in 018-164/2015-4), naročnik ni upravičen nadomestiti volje ponudnika, zato v okoliščinah konkretnega primera ni mogoče kot zakonitega in skladnega z ZJN-3 sprejeti naročnikovega ravnanja, ko je neskladnost v ponudbi izbranega ponudnika razlagal na način, da je navedba gospodarskega subjekta R. v 7. členu vzorca pogodbe očitna napaka.

Ker ob opisanem dejanskem stanju torej ni mogoče enoznačno ugotoviti, ali vodilni partner nastopa s podizvajalcem ali ne, naročnik ni imel podlage za ugotovitev, da je bila ponudba izbranega ponudnika pripravljena v skladu z naročnikovimi zahtevami iz razpisne dokumentacije in kot taka dopustna, ter (tudi) v posledici navedenega naročnik ni bil upravičen oddati javno naročilo izbranemu ponudniku.

II. Delitev del

Drugi vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da glede na poznavanje trga gradbeništva utemeljeno meni, da izbrani ponudnik s predloženo referenco ne izpolnjuje pogojev iz točke 4.2. d) v povezavi s točko 5.2. b) Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe. Dodaja, da kljub kršitvi pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika zatrjuje, da so ponudniki v ponudbi izbranega ponudnika svojih medsebojnih razmerij del in s tem njihove odgovornosti v Sporazumu o predložitvi skupne ponudbe niso ustrezno opredelili, izbrani ponudnik pa naj ne bi predložil razdelilnika del niti drugače izkazal delitve odgovornosti med partnerji. Iz ponudbe izbranega ponudnika naj tudi ne bi izhajalo, da bo vezne in obrabne plasti asfalta izvajal le tisti gospodarski subjekt, ki ima za to zahtevano referenco – vlagatelj pojasnjuje, da je referenco za asfalte podal le vodilni partner, saj referenca partnerja EURO-ASFALT d.o.o. po količini ne izpolnjuje pogojev za reference za asfalte in torej partner EURO Asfalti d.o.o. (pravilno: EURO-ASFALT d.o.o.) teh del ne sme izvajati.

Izbrani ponudnik meni, da je izpolnil vse naročnikove zahteve, ki se nanašajo na predložitev dokazil ter vsebino sporazuma o predložitvi skupne ponudbe. Vlagatelju očita, da ni navedel trditve, ki bi podkrepile njegovo stališče o tem, da teh (asfalterskih) del ne sme izvajati partner EURO Asfalti d.o.o. (pravilno: EURO-ASFALT d.o.o.). Ne glede na to izbrani ponudnik še poudarja, da predloženi konzorcijski sporazum v 4. členu vsebuje delitev del, iz katere je razvidno, da partnerja EURO-ASFALT d.o.o. in ISKRA, d.o.o., ne prevzemata asfalterskih del, vsi partnerji pa so s podpisom konzorcijske pogodbe potrdili, da so seznanjeni z vsemi določili in vsemi zahtevami razpisne dokumentacije naročnika, s čimer so potrdili tudi, da so seznanjeni s pogojem naročnika, da asfalterska dela izvaja le subjekt, ki zanje izkaže referenco. S tem, ko je eden od partnerjev predložil dokazila (reference), so se torej strinjali, da bo ustrezajoča dela ta partner tudi izvajal. Dodaja še, da je obseg del podizvajalca T. razviden iz obrazca »*PODATKI O PODIZVAJALCU*«, pri čemer je povsem jasno razvidno, da podizvajalec ne bo izvajal asfalterskih del.

Naročnik poudarja, da z razpisno dokumentacijo ni zahteval predložitve delilnika k sporazumu o skupnem nastopu, na katerega bi bil vezan pogoj za sodelovanje iz podtočke A) v točki 4.2 d) Navodil. Ker je dokazila, zahtevana v omenjeni točki razpisne dokumentacije, predložil le vodilni partner, je izbrani ponudnik s tem izkazal, da bo le vodilni partner izvajal vezne in obrabne plasti

asfalta. Dodaja še, da je podrobno razdelitev del med posameznimi partnerji ter morebitnimi podizvajalci zahteval šele v fazi izvedbe pogodbenih obveznosti, zato se ta obveznost nanaša na izvajalca in ne na ponudnika ter na izvedbeno fazo. Drugačen način ocenjevanja ponudb in povezovanje izpolnjevanja referenčnega pogoja iz podtočke A) v točki 4.2 d) Navodil s sporazumom o predložitvi skupne ponudbe iz točke 5.2 b) Navodil na način, kot ga v zahtevku za revizijo uveljavlja drugi vlagatelj, bi po naročnikovi oceni pomenilo nedopustno preseganje zahtev iz razpisne dokumentacije.

Drugi vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja, da v ponudbi izbranega ponudnika na noben način ni zapisano, da bo asfaltna dela izvajal le gospodarski subjekt, ki ima zahtevano referenco, in da bo le ta subjekt prevzel odgovornost za ta dela. Meni, da se presoja jasnih in nedvoumnih pogojev razpisne dokumentacije nikakor ne more prenesti v pogodbeno fazo. Naročniku očita, da zgolj ugiba, kdo bo ta dela izvajal in namesto izbranega ponudnika zavzema poslovne odločitve, kar pomeni očitno preferiranje izbranega ponudnika ter diskriminatorno obravnavo vlagatelja. V nadaljevanju še pojasnjuje, da je v gradbeništvu tudi sicer običajna praksa pri pogodbah o skupnem nastopu, da člani konzorcija v pogodbi opredelijo, kakšna dela kateri od članov prevzema. Po prepričanju vlagatelja besedila razpisne dokumentacije (ki se nanaša na referenčni pogoj ter na sporazum o predložitvi skupne ponudbe) ni mogoče tolmačiti ločeno, ampak v medsebojni soodvisnosti in izključno v smeri, da mora biti v ponudbi vsakega ponudnika jasno, določno in nedvoumno zapisano, kdo prevzema izvedbo asfaltnih del, ker je za njih naročnik podal posebno zahtevo, da jih lahko izvaja izključno tisti, ki je zanj dal referenco, in kdo je za izvedbo asfaltnih del odgovoren.

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 (a) ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, (b) ekonomski in finančni položaj ter (c) tehnično in strokovno sposobnost. V skladu z drugim odstavkom 76. člena ZJN-3 lahko naročnik 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.

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, oz. seznam najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov [točki 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 oziroma kadrovske sposobnosti oziroma možna dokazila za njeno izkazovanje, naročnik pa je tisti, ki mora v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo, določiti vsebinske, vrednostne in časovne kriterije posameznih pogojev ter način izkazovanja v primeru skupne ponudbe ali ponudbe s podizvajalci. Naročnik mora torej, ob

upoštevanju predmeta naročila, v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določiti vsebinske kriterije, ki jih mora izpolnjevati referenčni posel za presojo primerljivosti del, da lahko ponudnik z izkazovanjem njegove uspešne izvedbe dokaže strokovno in kadrovsko usposobljenost za izvedbo naročila, ter način dokazovanja, ki ga mora ponudnik upoštevati pri izkazovanju ustreznosti referenc.

V razpisni dokumentaciji je naročnik v dokumentu »NAVODILA PONUDNIKU ZA IZDELAVO PONUDBE« pod razdelkom »A. SPLOŠNO« v točki »4.2 Pogoji za sodelovanje« med drugim navedel:

»[...]

(d) Ponudnik mora izkazati, da je v zadnjih desetih (10) letih pred objavo predmetnega javnega naročila:

A) izvedel krovne plasti voziščne konstrukcije na cestah, ki so kategorizirane kot avtoceste ali hitre ceste, in sicer:

- pri vsaj enem naročilu v skupnem obsegu najmanj 80.000 m² ali
- pri vsaj dveh naročilih, vsakem v skupnem obsegu najmanj 40.000 m²

[...]

Naročnik bo pod točko A) upošteval le referenčna dela, pri katerih je ponudnik vgradil vsaj eno izmed asfaltnih plasti, ki sestavljajo krovno plast (obrabno zaporno plast in/ali vezno plast in/ali nosilno plast).

Vezne in obrabne plasti asfalta lahko izvaja le gospodarski subjekt, ki ima referenco iz tega podčlena pod točko A).

[...]

Za dokazovanje navedenih pogojev mora ponudnik izpolniti obrazec 4.2 (d) v poglavju 10 - Sposobnost – Seznam najpomembnejših opravljenih referenčnih del.

Ponudnik mora seznamu priložiti potrdila naročnikov del, za referenčna dela, ki jih navaja v seznamu. Potrdila naročnikov del naj bodo pripravljena na obrazcih, ki so podani v Poglavju 10 - Sposobnost kot PRILOGA št. 1/A in 1/B. V kolikor potrdila ne bodo izdana na navedenih obrazcih, mora vsebina priloženih potrdil vsebovati vse podatke, kot so opredeljeni v PRILOGI št. 1/A in 1/B. [...]

Pod točko 5.2 v istem razdelku je bilo med drugim navedeno:

»Ponudba, ki jo predloži skupina gospodarskih subjektov kot partnerjev v skupni ponudbi, mora izpolnjevati naslednje zahteve:

[...]

b) Skupina ponudnikov mora v ponudbi predložiti sporazum o predložitvi skupne ponudbe, s katerim opredeli zlasti odgovornost posameznih partnerjev za izvedbo naročila ter prevzem neomejene solidarne odgovornosti vseh partnerjev v skupni ponudbi do naročnika za izvedbo pogodbenih del, skladno s pogoji po pogodbi.

Partnerji skupne ponudbe morajo v sporazumu o predložitvi skupne ponudbe enega od partnerjev imenovati za vodilnega partnerja ter ga hkrati pooblastiti za podpis in sklenitev pogodbe za izvedbo del v imenu in za račun vsakega od partnerjev v skupni ponudbi.

Vodilni partner mora biti hkrati pooblaščen za prevzem in prenos navodil v imenu in za račun vsakega partnerja posebej in za vse partnerje v skupni ponudbi.

Prav tako se mora skupina gospodarskih subjektov kot partnerjev v sporazumu o predložitvi skupne ponudbe dogovoriti in določiti predstavnika partnerjev v skupni ponudbi v obrazcu pogodbe.«.

Med strankama ni sporno, enako pa potrjuje vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, da je v ponudbi izbranega ponudnika vsebovan izpolnjen obrazec 4.2 (d) »SEZNAM NAJPOMEMBNEJŠIH OPRAVLJENIH REFERENČNIH DEL« [»REFERENČNA DELA v skladu s točko A) podčlena 4.2 (d) Navodil – izvedba krovnih plasti voziščne konstrukcije«] ter dva izpolnjena in s strani (referenčnega) naročnika potrjena obrazca »POTRDILO O REFERENČNEM DELU«, iz česar izhaja, da zahtevano referenco za izvedbo krovne plasti voziščne konstrukcije izkazuje vodilni partner. Nesporno med strankama je tudi, da iz preostalih dokumentov v ponudbi izbranega ponudnika ni razvidno, da bi tovrstno referenco v ponudbi izkazoval še kateri od preostalih partnerjev oziroma podizvajalcev.

Državna revizijska komisija sicer soglaša z naročnikom v tem, da z razpisno dokumentacijo ni bila zahtevana predložitev (podrobnega) delilnika del, iz katerega bi bilo razbrati, kateri od partnerjev prevzema katera dela, prav tako kot vsebina sporazuma o skupnem nastopu ni bila zahtevana opredelitev vrste in obsega del po posameznih partnerjih – Državna revizijska komisija se v tem postopku pravnega varstva (ki se nanaša na zakonitost odločitve o oddaji javnega naročila in ne na vsebino dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), ne opredeljuje do ustreznosti in zakonitosti tako oblikovanih zahtev naročnika.

Drugi vlagatelj ni imel vpogleda v »SPORAZUM o enotnem nastopu in predložitvi skupne ponudbe v javno naročilo«, ki je sicer del ponudbe izbranega ponudnika, ne glede na to pa v zahtevku za revizijo (poleg kršitve pravice do vpogleda) izrecno zatrjuje tudi, da iz ponudbe izbranega ponudnika ne izhaja, da bo vezne in obrabne plasti asfalta izvajal le gospodarski subjekt, ki ima za to zahtevano referenco. Državna revizijska komisija se do zatrevane kršitve pravice do vpogleda na tem mestu ne opredeljuje posebej, je pa z namenom zagotovitve učinkovitega pravnega varstva vlagatelju, skladno z ustaljeno prakso tega organa, prakso Sodišča EU v zadevi C-450/06 (Varec SA proti Državi Belgiji) ter predlogom drugega vlagatelja sama vpogledala v relevantni del ponudbe izbranega ponudnika.

Ni mogoče slediti naročniku v zaključku, da naj bi izbrani ponudnik že samo s predložitvijo reference vodilnega partnerja izkazal tudi to, da bo vezne in obrabne plasti asfalta izvajal le vodilni partner. Ne glede na pravilnost naročnikovega stališča o tem, da je podrobno delitev del med posameznimi partnerji in podizvajalci zahteval šele v fazi izvedbe pogodbenih obveznosti, namreč ni mogoče spregledati, da je v ponudbi izbranega ponudnika vsebovan »SPORAZUM o enotnem nastopu in predložitvi skupne ponudbe v javno naročilo«, ki v 4. členu vsebuje navedbo delitev del med partnerji. Državna revizijska komisija poudarja, da v kolikor ta oziroma kateri koli drugi dokument, ki je del ponudbene dokumentacije, vsebuje določene podatke, pomembne za presojo dopustnosti ponudbe (iz predstavljene vsebine razpisne dokumentacije je razvidno, da mora sporni pogoj za sodelovanje izkazati tisti sodelujoči gospodarski subjekt, ki bo ta dela tudi izvajal), jih je naročnik dolžan preveriti, česar pa naročnik v konkretnem primeru (očitno) ni storil, saj vsebine tega dokumenta niti ne omenja. Iz 4. člena sporazuma tako ne izhaja, da naj bi zgolj vodilni partner izvajal vezne in obrabne plasti asfalta: navedeno je namreč, da »[...] v kolikor bo skupna ponudba partnerjev izbrana kot najugodnejša ter bo z naročnikom podpisana tudi pogodba za izvedbo javnega naročila, si bodo partnerji oddana dela razdelila na način [...]«, v nadaljevanju pa je v preglednici za vsakega od partnerjev navedena vrsta del oziroma opredelitev

objektov, ki bi jih prevzel v primeru pridobitve posla. Skladno z navedenim naj bi vodilni partner prevzel vsa ostala dela, ki jih ne prevzemata preostala dva partnerja; partner EURO-ASFALT d.o.o. naj bi prevzel (izrecno navedene) inženirske objekte, partner ISKRA, d.o.o., pa dela, ki niso relevantna v smislu sporne naročnikove zahteve. Upošteva dokument »*PONUDBENI PREDRAČUN*« (tudi del ponudbe izbranega ponudnika) je mogoče ugotoviti, da izgradnja oziroma rekonstrukcija navedenih inženirskih objektov, ki jih prevzema partner EURO-ASFALT d.o.o., vključuje tudi voziščne konstrukcije (obrabne plasti, vezne asfaltne obrabne in zaporne plasti...). Upošteva celotno vsebino ponudbe izbranega ponudnika tako ni utemeljen zaključek naročnika, da naj bi na podlagi ponudbe izbranega ponudnika izhajalo, da bi le vodilni partner izvajal vezne in obrabne plasti asfalta, v posledici navedenega pa tudi ne zaključek o tem, da izbrani ponudnik izpolnjuje zadevni pogoj za sodelovanje.

III. Sklepno

V posledici vsega navedenega Državna revizijska komisija zaključuje, da je naročnik kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3 s tem, ko je ponudbo izbranega ponudnika označil za dopustno ter slednjemu javno naročilo tudi oddal. Državna revizijska komisija je zato (iz zgoraj predstavljenih razlogov), v skladu z 2. alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevkoma za revizijo ugodila in razveljavila »*ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA*«, št. 313/2022-SPZJN/15-22, z dne 26. 1. 2023.

Državna revizijska komisija v okviru revizijskega postopka – tudi ob upoštevanju načela hitrosti in učinkovitosti iz 9. člena ZPVPJN – ni obravnavala preostalih revizijskih navedb vlagateljev, ki se nanašajo na druge zatrjevane kršitve v postopku (tj. glede obstoja izključitvenega razloga iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3, neizpolnjevanja pogoja za sodelovanje iz podtočke B) v točki 4.2 d) v dokumentu »*NAVODILA PONUDNIKU ZA IZDELAVO PONUDBE*«, kršitve pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika...). Obravnava teh navedb namreč na položaj vlagateljev v predmetnem postopku ne bi mogla v ničemer vplivati, saj je Državna revizijska komisija že na podlagi obravnavanih navedb ugotovila naročnikovo kršitev v postopku oddaje javnega naročila (nezakonito oddajo javnega naročila) in v celoti ugodila predlogu vlagateljev (razveljavitev izpodbijane odločitve o oddaji javnega naročila). Obravnava teh navedb pa bi tudi narekovala izvedbo drugih predlaganih dokazov, s čemer bi se dodatno podaljšal čas odločanja v zadevi.

Na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika napotuje, da predmetni postopek zaključi na enega izmed načinov, ki ga omogoča ZJN-3, pri tem pa upošteva določila navedenega zakona ter predmetno odločitev Državne revizijske komisije. Naročnik mora pri pregledovanju in ocenjevanju prijav upoštevati določila ZJN-3 in lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Pri tem naj upošteva zlasti pravila glede obveznosti predstavitve morebitnih podizvajalcev v ponudbi, pa tudi, da se – skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 – lahko dopolnitev, popravek, sprememba ali pojasnilo ponudbe nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za prejem ponudb, je mogoče objektivno preveriti.

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

Prvi vlagatelj je v zahtevku za revizijo in v vlogi, s katero se je opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka, zahteval tudi povrnitev 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).

Državna revizijska komisija je prvemu 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 25.000,00 EUR;
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 9.000 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 6.588,00 EUR;
- izdatke v pavšalnem znesku (prvi vlagatelj izdatkov v dejanski višini ni specificiral niti izkazal) po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk in 1 % od presežka nad 1.000 točk) v višini 100 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 73,20 EUR.

Državna revizijska komisija prvemu vlagatelju ni priznala priglašениh stroškov za sestavo vloge z dne 3. 3. 2023, s katero se je vlagatelj opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo, saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe v vlogi z dne 3. 3. 2023 niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija prvemu vlagatelju tudi ni priznala priglašeneга presežka nad priznanimi stroški za izdatke v pavšalnem znesku po 11. členu OT, saj upoštevajoč skupno priznano vrednost storitve za njegovo priznanje ni pravne podlage.

Državna revizijska komisija je tako prvemu vlagatelju priznala stroške v višini 31.661,20 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, pod izvršbo.

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

Drugi vlagatelj je v zahtevku za revizijo in v vlogi, s katero se je opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka, zahteval tudi povrnitev 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, vključno s takso (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je drugemu vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in skladno z OT, kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 25.000,00 EUR;
- strošek odvetniške storitve za zahtevek za revizijo v višini 3.000 točk, kar ob upoštevanju prve točke tar. št. 44 OT, višine točk, kot jih je v zahtevku za revizijo (navzgor) zamejil vlagatelj, vrednosti točke in 22% DDV, znaša 2.196,00 EUR;
- izdatke v pavšalnem znesku po tretjem odstavku 11. člena OT in ob upoštevanju višine točk, kot jih je v vlogi z dne 3. 3. 2023 (navzgor) zamejil vlagatelj, v višini 37 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 27,08 EUR.

Državna revizijska komisija drugemu vlagatelju ni priznala priglašениh stroškov za sestavo vloge z dne 3. 3. 2023, s katero se je vlagatelj opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo, saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe v vlogi z dne 3. 3. 2023 niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako drugemu vlagatelju priznala stroške v višini 27.223,08 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, pod izvršbo.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 4. 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:
Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- prvi vlagatelj,
- drugi vlagatelj,
- pooblaščenec prvega vlagatelja,
- pooblaščenec drugega vlagatelja,
- izbrani ponudnik,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve.