

Številka: 018-154/2024-3

Datum: 31. 12. 2024

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 Andraža Žvana kot predsednika senata ter Aleksandra Petrovčiča kot člana senata in dr. Mateje Škabar kot članice senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Izdelava PZI dokumentacije in gradnja telovadnice ter rekonstrukcija in prizidava Osnovne šole Dragotina Ketteja v Ilirski Bistrici*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Komunala Sežana d.d., Partizanska cesta 2, Sežana, ki ga po pooblastilu zastopa Mihelj, Barbič in partnerji, d.o.o., Prvomajska ulica 23, Nova Gorica (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Ilirska Bistrica, Bazoviška cesta 14, Ilirska Bistrica (v nadaljevanju: naročnik) dne 31. 12. 2024

odločila:

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

Obrazložitev:

Obvestilo o javnem naročilu v postopku oddaje predmetnega javnega naročila, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku skladno s 40. členom Zakona o javnem naročanju (Uradni list, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), je bilo 28. 8. 2024 objavljeno na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN006060/2024-EUe16/01 in istega dne v dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 516352-2024, z enim popravkom.

Naročnik je 11. 11. 2024 na Portalu javnih naročil objavil »*Odločitev v postopku javnega naročanja*« št. 430-29/2023, s katero je ponudnike obvestil, da javnega naročila ne bo oddal, saj po zaključku investicije ne bi pridobil objekta, ki bi bil v celoti funkcionalno delujoč, ker predmetno javno naročilo ne vključuje vseh potrebnih del. Kot je v obrazložitvi odločitve pojasnil naročnik, je

septembra 2024 oddal vlogo za spremembo gradbenega dovoljenja glede prestavitve SN kablovoda, po ponovnem pregledu dokumentacije pa je ugotovil, da predmetno naročilo ne vključuje rušenja obstoječe telovadnice in odstranitve drevja, odstranitve podpornih zidov in dela reševalne postaje, prestavitve SN kablovoda po južni steni obstoječega objekta in izvedbe priklopa na transformatorsko postajo, projektiranja novega zbiralnika za vodo in pridobitve gradbenega dovoljenja ter dobave in montaže ter postavitve športne in vse ostale šolske opreme.

Vlagatelj je dne 21. 11. 2024 zoper »*Odločitev v postopku javnega naročanja*« vložil zahtevek za revizijo, s katerim predlaga, da se zahtevku ugotovi, navedeno odločitev razveljavi, vlagatelju pa se povrnejo stroški pravnega varstva. Zatrjuje, da so razlogi za zavrnitev vseh ponudb, ki jih naročnik navaja v izpodbijani odločitvi pavšalni, nekonkretizirani, nerazumljivi, zgolj navidezni in očitno uporabljeni z namenom diskriminacije vlagatelja. Vlagatelj zoper izpostavljene razloge iz izpodbijane odločitve zatrjuje naslednje očitke:

1. Naročnik je razlog rušenja obstoječe telovadnice, drevja za objektom telovadnice ter odstranitve podpornih zidov in dela reševalne postaje ter prestavitve SN kablovoda določil le z namenom, da se vlagatelja postavi v neenakopraven položaj. Vlagatelj zatrjuje, da so vsa navedena dela že del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, saj naročnik javno naročilo oddaja po načelu pogodbe »*ključ v roke*«, navedena dela z izjemo rušenja dela reševalne postaje pa so tudi sicer že predvidena v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. V zvezi z obsegom del in vprašanjem, katera rušitvena dela so predvidena, predlaga postavitve izvedenca gradbene stroke.
2. Naročnik razloga, ki se nanaša na projektiranje novega zbiralnika za vodo in pridobitev gradbenega dovoljenja, ni ustrezno obrazložil, poleg tega je zbiralnik za vodo za nov del objekta prav tako že vključen v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila.
3. V zvezi z vključenostjo dobave, montaže oziroma vgradnje in postavitve športne in vse ostale šolske opreme vlagatelj zatrjuje, da je odločitev v tem delu neobrazložena, razlog pa zgolj navidezni. Zanima resničnost naročnikovih navedb, da je pomanjkljivosti v zvezi z opremo ugotovil šele po ponovnem pregledu dokumentacije. Kot pavšalne in neresnične zavrača tudi navedbe naročnika, da brez opreme ne bi mogel pridobiti funkcionalnega objekta.
4. Naročnik je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel, da se bo pogodba o izvedbi javnega naročila v primeru dodatne gradnje lahko spremenila skladno s 95. členom ZJN-3, zato bi lahko manjkajoča dela izvedel tudi brez novega postopka.
5. Naročnik ne pojasni, kateri pogoj za izdajo uporabnega dovoljenja ne bi bil izpolnjen. Vlagatelj zatrjuje, da bi bili v sklopu predmetnega javnega naročila izpolnjeni vsi pogoji za podajo popolne zahteve za izdajo uporabnega dovoljenja, kot so določeni v Gradbenem zakonu (Uradni list RS, št. 199/21, s sprem.; v nadaljevanju GZ-1).

Posledično vlagatelj zatrjuje, da naročnik ni ravnal skladno s petim odstavkom 90. člena ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja, zlasti načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3). V konkretnem primeru niti ni mogoče govoriti o bistveni spremembi okoliščin, ki bi omogočale izvedbo novega postopka, še zatrjuje vlagatelj.

Naročnik je z dokumentom »*Sklep*« št. 430-29/2023 z dne 3. 12. 2024 vlagateljev zahtevek za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva zavrnil kot neutemeljena. Sprva navaja, da je zahtevek za revizijo vložil zoper neobstoječ dokument, saj je vlagatelj v zahtevku za revizijo napačno poimenoval izpodbijano odločitev. Navaja, da pred sprejemom izpodbijane odločitve ni pregledal prejetih ponudb, saj jih je zavrnil zaradi razlogov na svoji strani. Odločitev je sprejel zaradi spremembe obsega naročila, ki je temeljila na objektivnih in utemeljenih razlogih, ob upoštevanju dejanskih potreb za uspešno dokončanje investicije ter zagotavljanje v celoti funkcionalnega objekta. Prav tako izpostavlja, da so spremembe pogojevale delno prilagoditev nekaterih pogojev in zahtev – tako tehničnih kot kadrovskih. Ob sprejemu

odločitve je spoštoval temeljna načela javnega naročanja. Naročnik nadalje povzema vlagateljeve očitke in nanje odgovarja:

1. Zatrjuje, da dela, ki obsegajo rušenje drevja in dela reševalne postaje, v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila niso nikjer predvidena, nedvoumno pa vplivajo na izračun cene. Kljub temu, da je pogodbo določil na način »ključ v roke«, so morali ponudniki vrednost svoje ponudbe izračunati na podlagi dokumentacije, ki jo je naročnik objavil, navedenih del pa ni vključenih niti v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila niti v gradbenem dovoljenju, kar je napaka in bo v novem postopku sanirana. V zvezi s predstavitvijo SN kablovoda zatrjuje, da je postavitev le tega sicer vključena v predmetno javno naročilo, a je prišlo do spremembe poteka kablovoda, za kar je vložena tudi vloga za spremembo gradbenega dovoljenja.
2. Naročnik je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel zbiralnik deževnice za pripravo sanitarne vode za nov del objekta, ni pa navedel drugih podatkov v zvezi z zbiralnikom (v dokumentaciji ni predvidel niti kakšen naj bi bil niti da bo zanj potrebno gradbeno dovoljenje). Pojasni še, da se za zbiralnike, ki so namenjeni šoli, običajno uporabljajo večje kapacitete, zaradi tega bo potrebna pridobitev gradbenega dovoljenja.
3. Naročnik zatrjuje, da je ugotovil, da mora za uspešen zaključek projekta in celotne investicije v javno naročilo vključiti tudi dobavo opreme, za katero so bili načrti izdelani šele po poteku roka za prejem ponudb. Z vključitvijo opreme se poveča obseg naročila, ki pomembno vpliva tudi na tehnične zahteve in pogoje izvedbe. Ko je naročnik na Portalu javnih naročil podal odgovor, da oprema ne bo del javnega naročila, še ni razpolagal z načrtom opreme in ponudnikom ni mogel odgovoriti, da morajo v ponudbeno ceno vključiti tudi dobavo in vgradnjo opreme. Naročnik je ugotovil tudi, da se lahko klavzula »ključ v roke« učinkovito uporabi le, kadar izvajalec izvede projektiranje in gradnjo celotnega objekta, vključno z dobavo in vgradnjo opreme. Pojasnjuje tudi, da oddaja predmetnega javnega naročila brez vključenih nujno potrebnih del in brez vključene vgradne in ostale opreme (športni pod, tribune, električna ter ostala oprema, ki se vgrajuje v telovadnice in osnovne šole) ne bi omogočala izvedbe v celoti funkcionalno delujočega objekta.
4. V zvezi z možnostjo sprememb pogodbe v primeru dodatnih naročil, ki jih je naročnik predvidel v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, opozarja, da so dodatne gradnje možne le, če sprememba ni bistvena (četrti odstavek 95. člena ZJN-3). Navaja, da je nedopustno in v nasprotju z zakonom in temeljnimi načeli javnega naročanja oddati javno naročilo, če ve, da ni vključil del, ki so nujno potrebna za celovito izvedbo investicije. V tem primeru bi omogočil pridobitev dodatnega posla mimo javnega razpisa, s čimer bi ravnal netransparentno in diskriminatorno. Sklenitev aneksa za vsa dela, ki so razlog za zavrnitev pogodb, pa bi predstavlja tudi bistveno spremembo pogodbe in posledično kršitev določbe 95. člena ZJN-3.
5. Zavrača vlagateljeve navedbe v zvezi z izpolnjenimi pogoji za pridobitev uporabnega dovoljenja že na podlagi predmetnega javnega naročila in opozarja, da gre za šolski objekt, pri katerem se izvajalec po načelu »ključ v roke« zaveže, da bo naročniku predal funkcionalen, varen in zakonito uporaben objekt, ki bo omogočal izvajanje šolske in športne dejavnosti.

Naročnik zatrjuje še, da vlagatelj niti ne pojasni, v čem je njegov položaj slabši od preostalih dveh ponudnikov, ponudbe katerih so bile prav tako iz enakih razlogov zavrnjene.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 9. 12. 2024 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Po pregledu dokumentacije o javnem naročilu in dokumentacije, predložene v postopku pravnega varstva, ter po preučitvi navedb vlagatelja in naročnika je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo preverila, ali je vložen pravočasno in pri naročniku; ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN; ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN, ali obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je dopusten. Ker je ugotovila, da so izpolnjeni vsi pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, je zahtevek za revizijo, na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN, sprejela v obravnavo. Ob tem je treba, glede na naročnikove pomisleke o aktivni legitimaciji vlagatelja, pojasniti, da ta v predmetnem postopku pravnega varstva ni sporna. Kot je namreč večkrat pojasnil sam naročnik, ta ponudb ponudnikov ni pregledoval in ni ugotavljal njihove (ne)dopustnosti, saj je še pred tem ugotovil, da mu predviden obseg predmeta javnega naročila ne zadostuje. Navedeno pomeni, da bi moral naročnik v primeru, če bi se ugotovilo, da je vlagatelj zahtevek za revizijo utemeljen in bi mu bilo potrebno ugoditi ter razveljaviti del postopka oddaje zadevnega javnega naročila (tj. odločitev o zavrnitvi vseh ponudb), v postopku oddaje javnega naročila sprejeti novo odločitev, ena od možnih odločitev, ki bi jih naročnik na podlagi določb ZJN-3 lahko sprejel, pa je tudi odločitev o oddaji javnega naročila vlagatelju. Vlagatelj tako s predložitvijo pravočasne ponudbe izpolnjuje interes za dodelitev naročila, z možnostjo, da bi mu bilo lahko v primeru razveljavitve predmetne odločitve o zavrnitvi vseh ponudb dodeljeno predmetno naročilo, pa izkazuje tudi vsaj potencialno možnost nastanka škode, zaradi česar njegova aktivna legitimacija ne more biti sporna.

Med vlagateljem in naročnikom je spor glede zakonitosti naročnikove odločitve o zavrnitvi vseh ponudb. Vlagatelj naročniku očita, da odločitev mestoma ni obrazložena, razlogi za zavrnitev vseh ponudb pa so navidezni.

Državna revizijska komisija z vpogledom v izpodbijano odločitev ugotavlja, da iz obrazložitve izhaja, da je naročnik zavrnil vse ponudbe, ker javnega naročila ne more oddati samo v obsegu kot je razpisan. Po zaključku investicije (še) ne bi pridobil objekta, ki bi bil v celoti funkcionalno delujoč, glede na to, da predmetno javno naročilo ne vključuje vseh potrebnih del. Naročnik tudi konkretno navaja dela, ki niso vključena v predmetno javno naročilo: (1) rušenje obstoječe telovadnice ob Osnovni šoli Dragotina Ketteja, z odstranitvijo drevja (smrek) za objektom stare telovadnice, (2) odstranitev podpornih zidov in odstranitev dela reševalne postaje, (3) prestavitev SN kablovoda po južni steni obstoječega objekta osnovne šole in izvedba priklopa na novo transformatorsko postajo, (4) projektiranje novega zbiralnika za vodo in pridobitev gradbenega dovoljenja za le-tega, (5) dobava, montaža oziroma vgradnja in postavitve športne in vse ostale šolske opreme, ki med drugim vključuje tudi dobavo opreme, ki mora biti vgrajena oziroma montirana že v času gradnje, kot npr. športni pod, tribune, semaforji, razni priključki za opremo itd.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da izpodbijana odločitev v delu, ki se nanaša na dobavo, montažo oziroma vgradnjo in postavitve športne in vse ostale šolske opreme, ni ustrezno obrazložena. Zatrjuje, da ni jasno, zakaj naj bi določena primeroma našeta oprema morala biti vgrajena oziroma montirana že v času gradnje, zakaj naročnik ne bi pridobil uporabnega dovoljenja in zakaj ne bi pridobil v celoti funkcionalno delujočega objekta.

V zvezi z vprašanjem zadostne obrazloženosti odločitve o zavrnitvi vseh ponudb je treba pojasniti, da pravno podlago za sprejem odločitve o zavrnitvi vseh ponudb predstavlja peti odstavek 90. člena ZJN-3, ki določa, da lahko naročnik na vseh stopnjah postopka po izteku roka za odpiranje ponudb zavrne vse ponudbe. Če je naročnik zavrnil vse ponudbe, mora o razlogih za takšno odločitev in o tem, ali bo začel nov postopek, obvestiti ponudnike ali kandidate. Kadar izvaja

naročnik postopek javnega naročanja, v katerem objavi povabilo k sodelovanju, mora navedeno odločitev objaviti na Portalu javnih naročil in, če je to glede na vrednost ali predhodne objave primerno, v Uradnem listu Evropske unije. Kadar naročnik zavrne vse ponudbe, lahko izvede za isti predmet nov postopek javnega naročanja le, če so se bistveno spremenile okoliščine, zaradi katerih je zavrnil vse ponudbe.

Iz predstavljene določbe petega odstavka 90. člena ZJN-3 izhaja naročnikova obveznost, da razloge, s katerimi utemeljuje odločitev o zavrnitvi vseh ponudb, navede že v odločitvi sami, s čimer se zagotovi transparentnost javnega naročanja kot minimum uresničitve načela enakopravne obravnave ponudnikov (6. in 7. člen ZJN-3) ter možnost uveljavljanja učinkovitega pravnega varstva (9. člen ZPVPJN).

Kot ugotavlja že vlagatelj, ZJN-3 ne določa natančnejših kriterijev za ugotavljanje zadostnosti oziroma ustreznosti vsakokratne obrazložitve odločitve o oddaji javnega naročila, je pa slednje skozi prakso izoblikovala Državna revizijska komisija. V skladu s prakso Državne revizijske komisije (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-218/2017, 018-150/2018, 018-021/2019, 018-179/2019, 018-053/2020, 018-012/2021, 018-107/2021, 018-177/2021) mora odločitev naročnika vsebovati jasne ter nedvoumne razloge, da se lahko ponudniki seznanijo z utemeljitvijo odločitve, preverijo njeno pravilnost oziroma zakonitost ter po potrebi zaščitijo svoje pravice. Četudi ni nujno, da bi bila obrazložitev odločitve vseobsežna, torej takšna, da bi zajemala prav vse podrobnosti posameznih razlogov, na podlagi katerih je naročnik sprejel odločitev o (ne)oddaji naročila, pa mora obsegati jasno ter konkretno navedbo odločilnih (pravnih in dejanskih) dejstev, ki tvorijo pravno ter dejansko podlago naročnikove odločitve. Razlogi za odločitev morajo biti konkretizirani do takšne mere, da lahko ponudnik v morebitnem postopku uveljavljanja pravnega varstva navede vsa relevantna dejstva in predloži dokaze, s katerimi dokazuje, da razlogi, ki jih je naročnik navedel v odločitvi, niso utemeljeni, in da posledično odločitev o oddaji naročila ali izključitvi ponudbe ni zakonita. Ali je povzetek ustreznih razlogov v odločitvi o (ne)oddaji naročila zadosten, je potrebno presojati v vsakem konkretnem primeru posebej, in sicer glede na vse okoliščine primera.

V obravnavanem primeru Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik jasno in obrazloženo navedel obravnavani razlog za zavrnitev vseh ponudb. Naročnik je v izpodbijani odločitvi navedel, da po ponovnem pregledu že obstoječe in na novo pridobljene dokumentacije (tudi načrta opreme) ugotavlja, da predmetno javno naročilo samó v obsegu, kot je razpisano, ne omogoča pridobitve polno funkcionalnega objekta, saj predmetno naročilo med drugim ne vključuje vseh potrebnih del. Naročnik je jasno izpostavil, da bo spremenil obseg javnega naročila, nato pa je konkretno navedel še dela, ki jih bo potrebno izvesti dodatno. Med drugim je navedel tudi dela: *»dobave, montaže oziroma vgradnje in postavitve športne in vse ostale šolske opreme, ki med drugim vključuje tudi dobavo opreme, ki mora biti vgrajena oziroma montirana že v času gradnje, kot npr. športni pod, tribune, semaforji, razni priključki za opremo, ...«* Naročnik je nadalje v zvezi z izrecno izpostavljenimi razlogi pojasnil še, da četudi bi bilo mogoče nekatera dela, ki niso vključena v predmetno javno naročilo, oddati na podlagi novih razpisov, pa brez letih ni mogoča izvedba konkretnega javnega naročila na način, da bi bil po zaključku investicije pridobljen v celoti funkcionalno delujoč objekt. Pojasnil je še, da brez vključitve izrecno navedenih del ne bi mogel pridobiti niti uporabnega dovoljenja. Prav tako je navedel, da bi lahko v primeru izvedbe ločenega postopka (torej tudi morebitnega postopka za dobavo in vgradnjo opreme) prišlo do podvajanja del in nepotrebnega podvaja stroškov ter neracionalnega trošenja proračunskih sredstev. Pojasnil je še, da izrecno navedenih del, ki jih v predmetnem javnem naročilu ni predvidel (med drugim torej tudi dobave in montaže opreme) in zaradi katerih ne more dobiti polno funkcionalnega in uporabnega objekta, ne bi mogel vključiti v pogodbo, sklenjeno na podlagi predmetnega razpisa, saj bi šlo pri tem za bistveno spremembo pogodbe in kršitev 95. člena ZJN-3. Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je razlog za

naročnikovo zavrnitev vseh ponudb podan jasno in da je obrazložen do te mere, da je bilo vlagatelju omogočeno, da njegovo upravičenost preveri v revizijskem postopku, kar je vlagatelj tudi storil, saj v zahtevku za revizijo konkretizirano zatrjuje, da je naročnikov konkretno izpostavljen razlog za zavrnitev vseh ponudb, ki se nanaša na dobavo in vgradnjo opreme, navidezen.

Ker torej iz izpodbijane odločitve v postopku predmetnega javnega naročila izhaja razlog za zavrnitev vseh ponudb, gre vlagateljeve navedbe o neustrezni obrazložitvi obravnavanega razloga zavrniti kot neutemeljene.

V nadaljevanju je treba glede na navedbe iz zahtevka za revizijo odgovoriti še na vprašanje, ali so razlogi, ki jih naročnik navaja za zavrnitev vseh ponudb, dejansko podani ali pa so navedeni le navidezno z namenom neenakopravne obravnave ponudnikov. Kot je bilo že navedeno, je naročnik kot razlog za zavrnitev vseh ponudb navedel, da je po ponovnem pregledu dokumentacije ugotovil, da po zaključku investicije ne bi pridobil funkcionalno delujočega objekta, saj predmetno naročilo ne vključuje vseh potrebnih del, prišlo pa naj bi tudi do sprememb gradbenega dovoljenja. Naročnik je pri tem konkretno navedel, da predmetno javno naročilo ne vključuje rušenja obstoječe telovadnice ob Osnovni šoli Dragotina Ketteja in odstranitve drevja (smrek) za objektom stare telovadnice, odstranitve podpornih zidov in dela reševalne postaje, postavitve SN kablovoda po južni steni obstoječega objekta osnovne šole in izvedbe priklopa na novo transformatorsko postajo, projektiranja novega zbiralnika za vodo in pridobitve gradbenega dovoljenja za le-tega ter dobave, montaže oziroma vgradnje in postavitve športne in vse ostale šolske opreme, ki med drugim vključuje tudi dobavo opreme, ki mora biti vgrajena oziroma montirana že v času gradnje, kot npr. športni pod, tribune, semaforji, razni priključki za opremo itd.

V zvezi z navedenimi razlogi za zavrnitev vseh ponudb je treba najprej pojasniti, da niti ZJN-3 niti drugi predpisi s področja javnega naročanja ne določajo posebnih kriterijev, po katerih bi bilo mogoče presojeti utemeljenost oziroma dopustnost naročnikovih razlogov za zaključek postopka brez oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je že večkrat navedla, da tudi iz prakse Sodišča Evropske Unije pri razlagi prava Evropske unije izhaja, da naročniki ob sprejemu odločitve o zaključku postopka oddaje javnega naročila brez izbire najugodnejše ponudbe ali začetku novega postopka uživajo širok preudarek in da pravo EU o oddaji javnih naročil ne zahteva, da bi jo smeli sprejeti le v izjemnih primerih in/ali na podlagi posebej upravičenih razlogov (C-27/98, točki 23 in 25; C-244/02, točka 29). Sodišče pa je opozorilo, da morajo naročniki pri tem (kljub temu, da evropske smernice s področja javnega naročanja, razen dolžnosti obveščanja, ne določajo nobenih posebnih pravil, ki bi se nanašala na vsebinske ali formalne pogoje za njen sprejem) spoštovati temeljna pravila prava EU, ki zadevajo svobodno ustanavljanje podjetij in svobodo izvajanja storitev na območju EU (C-92/00, točka 42). Naročnik torej lahko vedno zaključi postopek brez izbire najugodnejšega ponudnika – celo v primeru, če je do nemožnosti izbire prišlo zaradi njegove napake – vendar le pod pogojem, da je takšna odločitev sprejeta ob spoštovanju temeljnih pravil skupnostnega prava o javnem naročanju, zlasti načela enake obravnave (C-244/02, točka 36).

Presoja zakonitosti naročnikove odločitve o zavrnitvi ponudb v revizijskem postopku tako obsega (v obsegu revizijskih navedb) zlasti preverjanje, ali je naročnik pri sprejemu le-te ravnal v skladu s temeljnimi pravili skupnostnega prava o javnem naročanju, predvsem, ali je naročnik morebiti ravnal netransparentno in diskriminatorno oziroma je ponudnike obravnaval neenakopravno. Načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) naročnika obvezuje, da mora med ponudniki na vseh stopnjah postopka javnega naročanja glede vseh elementov zagotoviti, da med njimi ni razlikovanja. Kadar naročnik na podlagi petega odstavka 90. člena ZJN-3 postopek oddaje javnega naročila zaključi z zavrnitvijo vseh ponudb, je o kršitvi načela enake obravnave

ponudnikov mogoče govoriti zlasti v primeru, kadar je razlog za zaključek postopka naveden le formalno oziroma navidezno, dejansko pa je uporabljen z namenom, da se enega ali več ponudnikov postavi v neupravičeno boljši oziroma slabši položaj v primerjavi z drugimi ponudniki.

Glede na zgornja izhodišča je torej treba v predmetnem postopku pravnega varstva, ob upoštevanju vlagateljevih revizijskih navedb, ugotoviti, ali obravnavani razlogi, ki jih naročnik navaja za zavrnitev vseh ponudb, dejansko obstajajo.

V zahtevku za revizijo vlagatelj pretežno zatrjuje, da so dela, za katere naročnik zatrjuje, da jih ni predvidel (gre predvsem za rušenje obstoječega objekta in drevja, prestavitev SN kabla in priklop na transformatorsko postajo ter izvedbo zbiralnika za vodo), večinoma že vključena v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila oziroma da že iz predložene in dostopne dokumentacije izhaja, da bo treba ta dela vključiti v izvedbo predmetnega naročila. Med vlagateljem in naročnikom je torej sporno, ali so ta dela že vključena v predmet obravnavanega javnega naročila in jih bo izvajalec v vsakem primeru v obsegu, kot to pričakuje naročnik, izvedel v okviru sklenjene pogodbe (in gre zato posledično za navidezne razloge), ali pa gre za dela, ki niso bila vključena v predmetno naročilo in jih mora naročnik naknadno opredeliti in specificirati. Ne da bi se Državna revizijska komisija opredeljevala do spornega vprašanja, ali in v kakšnem obsegu so ta dela že vključena v obstoječo razpisno dokumentacijo ali pa gre za novonastale okoliščine in dela, ki bi jih naročnik moral posebej specificirati, pa je treba ugotoviti, da med strankama ni sporno, da predmetno javno naročilo ne vsebuje dobave, montaže oziroma vgradnje in postavitve športne in vse ostale šolske opreme, ki med drugim vključuje tudi dobavo opreme, ki mora biti vgrajena oziroma montirana že v času gradnje, kot npr. športni pod, tribune, semaforji, razni priključki za opremo. Vlagatelj namreč v zvezi s tem razlogom za zavrnitev vseh ponudb ne zatrjuje, da dobava in montaža te opreme že izhaja iz obstoječe oz. razpoložljive dokumentacije, pač pa zatrjuje, da bi lahko naročnik ta del naročila bodisi naknadno vključil v predmetno naročilo kot dodatna dela v smislu 95. člena ZJN-3 bodisi bi lahko zanj izvedel novo, ločeno javno naročilo. Glede na navedeno je Državna revizijska komisija presojala revizijske navedbe, ki se nanašajo na razlog montaže oziroma vgradnje in postavitve športne in vse ostale šolske opreme, saj gre v tem primeru za dela, ki nesporno niso del obstoječe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, za ugotovitev zakonitosti naročnikove odločitve o zavrnitvi vseh ponudb pa zadostuje, da je dejansko podan vsaj eden izmed navedenih razlogov za zaključek postopka.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnik na Portalu javnih naročil (v okviru vprašanj, odgovorov in pojasnil) pojasnil, da predmetno javno naročilo ne vključuje dobave, montaže oziroma vgradnje in postavitve športne in vse ostale šolske opreme oziroma bo to naročilo objavil naknadno. Zatrjuje, da je naročnik torej za ta razlog vedel in ga ni ugotovil naknadno, hkrati pa zatrjuje, da naročnik neresnično navaja, da brez opreme ne bi mogel pridobiti funkcionalnega objekta in uporabnega dovoljenja.

Vlagatelj navideznost obravnavanega razloga utemeljuje z navedbami, da je naročnik na Portalu javnih naročil odgovoril, da bo dobava in montaža opreme del novega ločenega postopka, pa tudi z navedbami, da je naročnik v okviru dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila uredil možnost spremembe pogodbe v primeru dodatne gradnje ob izpolnjenih pogojih 95. člena ZJN-3. Zatrjuje namreč, da dela, ki se nanašajo na nedefinirano opremo, ki bi morala biti vgrajena oziroma montirana v času gradnje, ne presegajo 30 % vrednosti ponudbe, zato ima naročnik to možnosti urediti tudi znotraj pogodbe.

Naročnik je v zvezi z opremo pojasnil, da so bili načrti za le-to izdelani šele po roku za prejem ponudb, naknadno pa je potem ugotovil še, da bi morala biti oprema vključena v predmetno javno naročilo. Upošteva navedeno se je spremenil tudi obseg naročila. Dodaja, da pogodbeni klavzula »ključ v roke« skladno s katero so se ponudniki zavezali izvesti predmetno javno

naročilo, niti ni primerna za uporabo, kadar projekt ne vključuje celotne investicije, torej tudi dobave in vgradnje opreme, zaradi česar mora to popraviti. Zatrjuje še, da brez izvedbe vseh nujno potrebnih del in vključene vgradne in ostale opreme (kamor sodi tudi športni pod, tribune, električna oprema, ki se vgrajuje in ostala oprema, ki mora iti v objektu telovadnice in šole, da je objekt ob predaji dejansko v celoti funkcionalno delujoč) tovrstni objekti ne smejo biti v uporabi. V zvezi s spremembo pogodbe izpostavlja, da gre za bistvene spremembe, zaradi česar niso izpolnjeni pogoji za sklenitev aneksa za dodatna dela po 95. členu ZJN-3.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da revizijskim navedbam vlagatelja, da je naročnikov razlog za zavrnitev vseh ponudb, ki se nanaša na dobavo in montažo športne in šolske opreme, navidezen, ni mogoče slediti. Naročnik je namreč konkretiziral razlog za zavrnitev vseh ponudb, in sicer se je skliceval na spremembo obsega javnega naročila, saj bo vanj vključil tudi dobavo in montažo ter vgradnjo opreme, katere v predmetnem postopku sploh ni predvidel (kar med strankama tudi ni sporno). Naročnik je izpostavil tudi, kateri deli opreme morajo biti vgrajeni oziroma montirani že v času gradnje. Odločitev o načinu dobave in montaže opreme (kot samostojno javno naročilo ali skupaj z izdelavo PZI dokumentacije ter gradnjo telovadnice in oziroma rekonstrukcijo in prizidavo šole), pa predstavlja avtonomno poslovno odločitev naročnika, v katero Državna revizijska komisija ne more in ne sme posegati. Kot je Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (glej npr. zadevi št. 018-120/2018 in 018-203/2019), pravila javnega naročanja praviloma ne posegajo v določanje naročnikovih potreb, na podlagi katerih le-ta oblikuje predmet javnega naročila. Potrebe naročnikov so vezane na izvajanje funkcij, katere so jim poverjene s predpisi, ki urejajo njihovo ustanovitev, organizacijo in obseg izvrševanja poverjenih jim dejavnosti oziroma njihovo poslovanje. Oblikovanje naročnikovih potreb je po naravi stvari v prvi vrsti vezano na odgovornost za pravilno in zakonito izvajanje nalog naročnika ter je kot tako stvar naročnikovih strateških poslovnih odločitev, v katere pa pravila o javnem naročanju ne morejo neposredno poseči. Državna revizijska komisija še dodaja, da četudi bi lahko bila dobava in montaža določene opreme predmet ločenega postopka oddaje javnega naročila, kot je sprva naročnik želel izvesti, to še ne dokazuje neresničnosti naročnikove navedbe v izpodbijani odločitvi, da bo zdaj obseg javnega naročila spremenil tako, da bo dobavo in montažo oziroma vgradnjo športne in šolske opreme izvedel skupaj z gradnjo.

Vlagatelj navidezno obravnavanega razloga za zavrnitev vseh ponudb utemeljuje tudi z navedbami, da bi lahko naročnik obravnavano opremo vključil v predmetni postopek na podlagi spremembe pogodbe skladno s 95. členom ZJN-3.

ZJN-3 v 2. točki prvega odstavka 95. člena res določa, da se lahko v skladu s tem zakonom pogodba o izvedbi javnega naročila in okvirni sporazum spremenita brez novega postopka javnega naročanja za dodatne gradnje, storitve ali dobave blaga, ki jih izvede prvotni izvajalec, če so potrebne, čeprav niso bile vključene v prvotno javno naročilo, in če zamenjava izvajalca: ni mogoča iz ekonomskih ali tehničnih razlogov, kot so zahteve glede zamenljivosti ali interoperabilnosti z obstoječo opremo, storitvami ali inštalacijami, naročenimi v okviru prvotnega javnega naročila, ter bi naročniku povzročila velike nevšečnosti ali znatno podvajanje stroškov. Vendar Državna revizijska komisija v zvezi s tem opozarja, da je sprememba pogodbe predvidena za primere, ko je pogodba že sklenjena. V konkretnem primeru do sklenitve pogodbe še ni prišlo. Slediti gre tudi naročnikovim navedbam, s katerimi zatrjuje, da je sprememba pogodbe skladno z navedeno določbo mogoča le, če sprememba ni bistvena. V primeru, ko naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni predvidel dobave, vgradnje in montaže športne ter šolske opreme ter s tem bistveno spreminja obseg javnega naročila po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila, v prvem odstavku 95. člena ZJN-3 ne bi imel pravne podlage za njeno spremembo, s katero bi naknadno vključil dobavo in montažo opreme. Nasprotno ravnanje naročnika bi lahko pomenilo kršitev temeljnih načel javnega naročanja, predvsem načel transparentnosti (6. člen ZJN-3), zagotavljanja konkurence (5. člen ZJN-3) in enakopravne

obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3). Ker je v obravnavani zadevi torej naročnik ugotovil, da potrebuje spremenjen obseg javnega naročila, naročniku ni mogoče očitati neresničnosti razloga zgolj zaradi možnosti sprememb pogodbe skladno s 95. členom ZJN-3, saj kot ugotovljeno za predvidene spremembe niti ne bi bili izpolnjeni pogoji za sklenitev aneksa po navedeni določbi. Tudi sicer pa, kot je bilo že pojasnjeno, je naročnikova odločitev o tem, ali bo dobavo in montažo opreme naročal v okviru izgradnje objekta ali kot samostojno javno naročilo (ob spoštovanju določb javnega naročanja) njegova avtonomna odločitev, v katero ne Državna revizijska komisija ne ponudniki ne morejo posegati.

Državna revizijska komisija še dodaja, da je naročnik vse prejete ponudbe zavrnil iz obravnavanega razloga, ki ima enak učinek na vse v postopku sodelujoče ponudnike, vlagatelj pa v zahtevku za revizijo ni navedel nobenih drugih okoliščin, na podlagi katerih bi bilo mogoče sklepati, da ga je postavil v neupravičeno slabši položaj v primerjavi z drugima dvema ponudnikoma. Zgolj dejstvo, da je vlagatelj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila predložil ponudbo, ki bi lahko bila (če bi bila ocenjena kot dopustna) izbrana kot najugodnejša, pa še ne zadostuje, da bi lahko ugotovili kršitev načela enakopravne obravnave.

Čeprav vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje še druge kršitve glede obrazloženosti izpodbijane odločitve (v zvezi z razlogom, ki se nanaša na zbiralnik vode) in preostalih razlogov za zavrnitev vseh ponudb, jih Državna revizijska komisija v nadaljevanju ni obravnavala. Ugotovitev morebitne utemeljenosti navedb vlagatelja, povezanih z obrazložitvijo izpodbijane odločitve in preostalimi štirimi razlogi za zavrnitev vseh ponudb, namreč ne bi v ničemer vplivala na drugačno odločitev Državne revizijske komisije. Posledično se kot nepotreben zavrne tudi dokazni predlog postavitve izvedenca gradbene stroke, saj bi postavitve izvedenca služila za ugotavljanje spornega vprašanja, katera dela so bila v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidena in katera ne oziroma v kakšnem obsegu, kar pa za rešitev konkretnega spora, glede na ugotovitev dejanskega obstoja enega izmed razlogov za zavrnitev vseh ponudb, niti ni več pravno relevantno.

Glede na vse navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da vlagatelj v obravnavanem primeru ni uspel dokazati naročnikovih kršitev ZJN-3 pri zavrnitvi vseh ponudb. Zato je Državna revizijska komisija, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevek 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 je dovoljen upravni spor. Tožba se vložijo neposredno pisno pri Upravnem sodišču Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana, ali se mu pošlje po pošti. Rok za vložitev tožbe je 30 dni od vročitve odločitve Državne revizijske komisije.

Predsednik senata:
Andraž Žvan, univ. dipl. prav.,

član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- vlagatelj,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.