

Številka: 018-035/2024-4

Datum: 25. 4. 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 Aleksandra Petrovčiča kot predsednika senata ter mag. Zlate Jerman in dr. Mateje Škabar kot članic senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradbene storitve*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja GMW, gradbeništvo, mehanizacija Weindorfer, d.o.o., Turjanci 26, Radenci, ki ga po pooblastilu zastopa odvetnik Mag. Franci Kodela – odvetnik, Na Trati 11, Ljubljana - Šentvid (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika ELEKTRO MARIBOR, podjetje za distribucijo električne energije, d.d., Vetrinjska ulica 2, Maribor (v nadaljevanju: naročnik) dne 25. 4. 2024

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi tako, da se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila v sklopu 8 (C-GR) »*Gradnje Gornja Radgona*«, kot izhaja iz naročnikovega dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, št. 2201-59/2023-20, z dne 7. 2. 2024.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 30.034,70 EUR, in sicer v roku 15 dni od prejema tega sklepa, od 16. dne dalje pa tudi z zakonitimi zamudnimi obrestmi.

Obrazložitev:

Obvestilo o naročilu, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku, je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno dne 5. 12. 2023, pod številko objave JN008067/2023-E01 in v Uradnem listu Evropske unije dne 6. 12. 2023, pod številko objave 2023/S 235-739545. Naročnik je javno naročilo razdelil na osem sklopov.

Dne 1. 3. 2024 je naročnik na Portalu javnih naročil (pod št. objave 008067/2023-ODL/01) objavil »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 2201-59/2023-20 z dne 7. 2. 2024, s katero je javno naročilo v sklopu 8 (C-GR) »*Gradnje Gornja Radgona*« (v nadaljevanju: sklop 8) oddal ponudniku Komunala Slovenske gorice d.o.o., Kidričeva ulica 26, Lenart v Slovenskih goricah (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), za ponudbo vlagatelja, ki je bila v predmetnem sklopu ekonomsko najugodnejša, pa je ugotovil, da ni dopustna.

Vlagatelj je dne 12. 3. 2024 zoper navedeno odločitev vložil zahtevek za revizijo, s katerim predlaga, da se zahtevku v celoti ugodi, razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila, vlagatelju pa se povrnejo priglašeni stroški pravnega varstva. Zatrjuje, da je naročnik za vlagateljevo ponudbo ugotovil, da ni dopustna, ker je priglasi vodjo gradnje, ki je zaposlen pri podizvajalcu, s čimer je kršil določbe lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in določbe Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s spremembami; v nadaljevanju: ZJN-3). Vlagatelj navaja, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da morajo ponudniki za prijavljenega vodjo gradnje predložiti referenčno potrdilo ter izkazati, da je pod zahtevanim nazivom vpisan v imenik vodij del pri Inženirski zbornici Slovenije (v nadaljevanju: IZS), drugih zahtev ali omejitev pa ni predvidel. Glede pravil za oddajo ponudbe pojasnjuje, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da lahko ponudniki v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo uporabijo zmogljivosti drugih subjektov. Nadalje je glede pogojev, ki se nanašajo na izobrazbo in strokovno usposobljenost izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami, dopustil sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Glede sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov dodatnih omejitev ni predvidel. Zatrjuje, da je naročnik obrazec, s katerim ponudniki izkazujejo izpolnjevanje pogoja v zvezi z vodjo gradnje, oblikoval na način, da je možno vpisati le eno osebo, tako je v obrazcu navedel vodjo gradnje P.G., ki izpolnjuje zahtevane pogoje in je zaposlen pri podizvajalcu. Dalje navaja, da je po pozivu na dopolnitev ponudbe naročniku posredoval dokazila, iz katerih izhaja, da nominirani vodja gradnje izpolnjuje vse zahteve iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, hkrati je naročnika obvestil, da ima tudi sicer sam zaposlenega svojega vodjo gradnje, za katerega je prav tako predložil zahtevane dokumente. Poudarja, da je naročnik tisti, ki oblikuje dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, le-to pa po oddaji ponudb ne sme spreminjati ali razlagati drugače, saj s takšnim ravnanjem krši temeljna načela javnega naročanja, kot so načelo enakopravne obravnave ponudnikov, načelo transparentnosti javnega naročanja in načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki. Zatrjuje, da je sklicevanje naročnika na gradbeno zakonodajo v zvezi z zahtevami, ki jih ni predvidel v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, nedopustno in nekorektno.

Naročnik je dne 15. 3. 2024 v skladu s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN izbranemu ponudniku posredoval kopijo zahtevka za revizijo. Iz dokumentacije naročnika izhaja, da v zakonsko določenem roku, niti kasneje, ni prejel odgovora oziroma izjasnitve s strani izbranega ponudnika.

Naročnik je dne 28. 3. 2024 z dokumentom »*Sklep naročnika o vloženem zahtevku za revizijo*« (v nadaljevanju: Sklep o zahtevku za revizijo) zahtevek za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva zavrnil kot neutemeljena. Pojasnjuje, da je v postopkih javnega naročanja dolžan postopati v skladu s temeljnimi načeli javnega naročanja in v skladu s kogentnimi določili veljavnih predpisov. Zatrjuje, da je pri izpodbijani odločitvi v okviru presojanja dopustnosti vlagateljeve ponudbe poleg dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in določb ZJN-3, upošteval tudi pravno zavezujoča določila 16. in 17. člena Gradbenega zakona (Uradni list RS, št. 199/21, s spremembami; v nadaljevanju: GZ-1). GZ-1 v 16. in 17. členu izrecno določa, da mora izvajalec imeti zaposlenega vodjo gradnje in hkrati za opravljanje vodenja gradnje določiti pri sebi zaposlenega vodjo gradnje. Navedenega pogoja pa vlagatelj po naročnikovi oceni ni uspel izkazati, saj je nominiral vodjo gradnje, ki je zaposlen pri podizvajalcu.

V zvezi s presojo dopustnosti ponudbe tako zatrjuje, da je upošteva navedeno zakonodajo pravilno ugotovil, da vlagateljova ponudba ni dopustna. Naročnik nadalje pojasnjuje, da je sicer dopustil, da ponudniki uporabijo zmogljivost drugih subjektov glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem, a takšno sodelovanje ponudnikov ni mogoče tam, kjer določila veljavnih predpisov ponudnikom izrecno nalagajo drugačne obveznosti. Glede navedb vlagatelja, da je naročnika obvestil, da ima zaposlenega svojega vodjo gradnje, pa naročnik navaja, da pri vlagatelju zaposleni vodja gradnje nima potrebnih oziroma zahtevanih referenc, ki jih je naročnik za vodjo gradnje zahteval v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 2. 4. 2024 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila in iz predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo »*Izjasnitev vlagatelja v zvezi s sklepom naročnika o vloženem zahtevku za revizijo*« z dne 4. 4. 2024. Vztraja pri dosedanjih navedbah in dodaja, da bi naročnik kogentna pravila, za katera meni, da jih mora upoštevati, moral vključiti v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Navaja, da bi naročnik moral jasno in nedvoumno določiti, kdaj in v kakšnih primerih dovoljuje sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov in v katerih primerih to ni dopustno. Poudarja, da je naročniku predstavil, da ima tudi sam zaposlenega vodjo del, kot to določa zakonodaja.

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo preverila, ali je bil zahtevek za revizijo 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 Državna revizijska komisija ugotovila, da so vsi pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN izpolnjeni, je zahtevek za revizijo, na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN, sprejela v obravnavo.

Državna revizijska komisija je pri odločanju o zahtevku za revizijo pregledala dokumentacijo o postopku oddaje predmetnega javnega naročila, pri čemer je vpogledala v dosje predmetnega javnega naročila na Portalu javnih naročil, dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, izpodbijano odločitev o oddaji javnega naročila in vlagateljovo ponudbo. Po pregledu navedene dokumentacije 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.

Med vlagateljem in naročnikom je sporno, ali je naročnik ravnal skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in določbami ZJN-3, ko je za vlagateljovo ponudbo, upošteva določbe GZ-1, ugotovil, da ni dopustna, in sicer iz razloga, ker je vlagatelj nominiral vodjo gradnje, ki je zaposlen pri podizvajalcu.

Vlagatelj zatrjuje, da iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno izhaja, da zahtev, ki bi določale izpolnjevanje pogojev iz GZ-1, naročnik ni določil, hkrati pa izpostavlja, da je naročnik v zvezi pri glasilivju vodje gradnje dopustil sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov.

Naročnik v Sklepu o zahtevku za revizijo navaja, da mora pri presoji dopustnosti ponudb poleg dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in ZJN-3 spoštovati tudi druge določbe veljavne zakonodaje. Navaja, da iz 16. in 17. člena GZ-1 izhaja, da mora izvajalec za vodenje gradnje določiti pri sebi zaposlenega vodjo gradnje, vlagatelj pa je določil vodjo gradnje, ki je zaposlen pri podizvajalcu, zaradi česar je utemeljeno ugotovil, da vlagateljova ponudba ni dopustna. V zvezi z vodjo gradnje, ki je zaposlen pri vlagatelju, pa zatrjuje, da le-ta nima zahtevanih referenc.

Vlagateljeve revizijske navedbe je potrebno presojati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ki določa, da je dopustna tista 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.

Iz prvega odstavka 89. člena ZJN-3 izhaja, da 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 ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

Iz točk a) in b) prvega odstavka 89. člena ZJN-3 ter 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 je mogoče razbrati, da obe pravni podlagi določata, da naročnik pri izbiri ponudbe upošteva, da je ta skladna z zahtevami, ki jih je določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (in morebiti v obvestilu o javnem naročilu), ponudbo pa je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, pri čemer mora naročnik tudi upoštevati, da je te zahteve, razloge za izključitev in pogoje določil pred potekom roka za prejem ponudb (skladno z načelom transparentnosti iz 6. člena ZJN-3 in omejitvijo spreminjanja dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila po izteku roka za prejem ponudb, ki izhaja iz prve povedi drugega odstavka 67. člena ZJN-3).

ZJN-3 v prvem odstavku 76. člena določa, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo na:

- ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti;
- ekonomski in finančni položaj;
- 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). 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.

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.

Skladno s prvo povedjo iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3 naročnik po izteku roka za prejem ponudb, ne sme več spreminjati ali dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Državna revizijska komisija je najprej vpogledala v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in ugotovila, da je naročnik v poglavju 9.4 »Pogoji za sodelovanje glede tehnične in strokovne sposobnosti« med drugim določil:

»Ponudnik mora za prijavljenega vodjo gradnje predložiti referenčno potrdilo, s katerim izkazuje, da je kot dejanski izvajalec v obdobju od 1.1.2018 do datuma oddaje ponudbe uspešno zaključil izvedbena dela: Sklop C-MB, C-PT, C-SB in C-GR (posamezno za vsak sklop): izvedba jaškov, ki so predmet razpisa v skupni vrednosti 60.000,00 EUR brez DDV in izvedba komunalnih kanalizacij min. premera cevi 110 mm (elektro, CATV, TKK, meteorno, fekalno, plinsko, vodovodno) v skupni dolžini 500 m.

Vodja gradnje mora biti vpisan v imenik aktivnih vodij del s področja gradbeništva pri IZS za: vodja del (Vz - vodenje celotne gradnje ali pretežnega dela gradnje zahtevnega in manj zahtevnega objekta, vodenje posameznih del na zahtevnih in manj zahtevnih objektih, vodenje gradnje nezahtevnega objekta ali imenik pooblaščenih inženirjev z aktivnim poklicnim nazivom s področja gradbeništva (dokazila o vpisu se priložijo referenčnemu potrdilu)«.

Nadalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v navodilih za pripravo ponudbe v okviru poglavja 11.5 »Druga določila za pripravo ponudbe« v podpoglavju 11.5.3 »Uporaba zmogljivosti drugih subjektov« določil: *»Ponudnik lahko glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami pa lahko ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi ponudnik uporabiti zmogljivosti drugih subjektov, mora naročniku dokazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil teh subjektov v ta namen. V primeru, da subjekti, katerih zmogljivosti namerava uporabiti ponudnik, ne izpolnjujejo ustreznih pogojev za sodelovanje iz te dokumentacije in zanje obstajajo razlogi za izključitev, bo naročnik zahteval zamenjavo subjekta, ki ne izpolnjuje pogojev.*

Če ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem, bo naročnik zahteval, da so ponudnik in navedeni subjekti skupaj odgovorni za izvedbo javnega naročila. Pod enakimi pogoji lahko skupina gospodarskih subjektov uporabi zmogljivosti sodelujočih v tej skupini ali drugih subjektov.

V primeru javnega naročila gradnje, storitve in blaga, ki vključuje namestitvena ali inštalacijska dela, naročnik zahteva, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam, če pa ponudbo predloži skupina gospodarskih subjektov, pa sodelujoči v tej skupini.«.

Iz odstopljene dokumentacije je dalje razvidno, da je vlagatelj skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v ponudbi priložil prilogo A/3.4, iz katere izhaja ime in priimek imenovanega vodje gradnje, identifikacijska številka inženirja ter referenčna dela imenovanega kadra. Po pozivu na dopolnitev ponudbe pa je vlagatelj med drugim priložil še:

- M obrazce za imenovanega vodjo gradnje,
- izpis iz imenika vodij del pri IZS za imenovanega vodjo gradnje,
- M obrazec, scan diplome in izpis iz imenika vodij del pri IZS za diplomiranega inženirja gradbeništva, zaposlenega pri vlagatelju.

Med strankama ni sporno dejstvo, da je vlagatelj nominiral vodjo gradnje, ki je zaposlen pri podizvajalcu, nista pa si vlagatelj in naročnik edina v tem, ali je naročnik kršil določbe

dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in temeljna načela ZJN-3, ko je vlagateljevo ponudbo iz razloga neizpolnjevanja pogojev gradbene zakonodaje, označil kot nedopustno.

V obravnavanem primeru naročnik svojo odločitev o nedopustnosti vlagateljeve ponudbe utemeljuje s sklicevanjem na določbe GZ-1, skladno s katerimi mora imeti izvajalec pri sebi zaposlenega vodjo gradnje (3. alineja prvega odstavka 16. člena GZ-1), le-tega pa mora za izvajanje vodenja gradnje tudi določiti (peti in šesti odstavek 16. člena GZ-1). V zvezi z navedenim Državna revizijska komisija izpostavlja, da mora naročnik pri ugotavljanju dopustnosti ponudbe izhajati iz tega, kaj je glede na 76. in 77. člen ZJN-3 določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila pred potekom roka za prejem ponudb.

Državna revizijska komisija je že večkrat ugotovila, da naročnik po poteku roka za prejem ponudb že zaradi upoštevanja temeljnih načel, t.j. transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), ne sme več spreminjati ali dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (prva poved drugega odstavka 67. člena ZJN-3). Načelo transparentnosti (6. člen ZJN-3) med drugim zahteva tudi, da so vse zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določene jasno, natančno in nedvoumno, oziroma tako, da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki razumejo njihov natančen obseg in jih razlagajo enako ter da lahko naročnik učinkovito preizkusi, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo njegovim zahtevam (prim. npr. sodbo sodišča ES št. C-368/10, točka 109). Naročnikova dolžnost je, da pripravi dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ki je jasna in nedvoumna ter da postavljenim zahtevam sledi tudi pri presojanju dopustnosti ponudb. Širjenje ali spreminjanje pomena posamezne zahteve iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila šele po roku za predložitev ponudb po svoji vsebini pomeni prepozno in s tem nedopustno določanje konkretne vsebine zahteve oziroma nezakonit poseg v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila.

Iz zgoraj citiranih določil dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je razvidno, da je naročnik v okviru tehnične in strokovne sposobnosti od ponudnikov zahteval, da prigrasijo vodjo gradnje in zanj izkažejo zahtevane reference, zahteval je tudi, da izkažejo naziv, pod katerim mora biti prigrasjeni vodja vpisan v imenik vodij del pri IZS. Državna revizijska komisija pritruje vlagateljevim navedbam, s katerimi zatrjuje, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, dodatnih zahtev za vodjo gradnje, ki bi se nanašale na izpolnjevanje obveznosti iz GZ-1 ali katerega koli drugega zakona, ni predvidel. Nadalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz poglavja »*Druga določila za pripravo ponudbe*« jasno izhaja, da je naročnik določil, da lahko ponudniki v zvezi ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo uporabijo zmogljivosti drugih subjektov. V zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami pa je naročnik predvidel zgolj omejitve, da lahko ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov kako drugače ni prepovedal ali kakorkoli omejil glede na subjekte, celo nasprotno, iz zgoraj citiranih delov dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (podpoglavje 11.5.3) je razvidno, da je naročnik izrecno dopustil, da lahko ponudniki tudi pri izkazovanju tehnične in strokovne sposobnosti uporabijo zmogljivosti drugih subjektov ne glede na pravno razmerje med njimi, iz česar izhaja, da lahko prigrasijo vodjo gradnje, ki je zaposlen pri podizvajalcu.

Ker v konkretnem primeru naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni določil, da morajo ponudniki že v fazi postopka javnega naročila izkazovati izpolnjevanje pogojev po GZ-1 ali katerem koli drugem zakonu, gre slediti vlagateljevim navedbam, da naročnik ni imel podlage za ugotovitev, da vlagateljeva ponudba iz razloga neizpolnjevanja teh pogojev ni dopustna. Na navedeno ne morejo vplivati navedbe naročnika, da je pri presojanju dopustnosti ponudbe dolžan

postopati tudi skladno s področnimi veljavnimi predpisi. Državna revizijska komisija ugotavlja, da se določbe GZ-1 nanašajo na izvedbeno fazo in ne določajo, na kakšen način morajo naročniki ravnati v postopkih oddaje javnih naročil, v kolikor pa bi naročnik želel, da ponudniki že v fazi postopka oddaje javnega naročila izkažejo izpolnjevanje zahtev, kot jih določa GZ-1 ali kakšen drugi zakon, bi le-to moral predvideti in vključiti že v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Državna revizijska komisija v zvezi s tem pojasnjuje, da navedeno ne pomeni, da lahko v konkretnem primeru vlagatelj predmetno javno naročilo izvede, ne da bi pri izvedbi upošteval vsa določila relevantne zakonodaje, temveč le, da morebitne kršitve v izvedbeni fazi ne morejo vplivati na presojo dopustnosti ponudb v postopku oddaje javnega naročila, če naročnik posameznih zahtev in pogojev ni previdel že v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Kot že navedeno, je konkretizacija posameznih zakonskih zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila naročnikova dolžnost, splošno ter kasnejše sklicevanje na veljavne predpise v postopku oddaje javnih naročil pa ne predstavlja dovolj jasne, natančne in nedvoumne zahteve, na podlagi katere bi lahko naročnik zakonito presojal dopustnost ponudb. Če torej naročnik posameznih zahtev, ki jih določajo področni predpisi, ne vključi v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, nima pravne podlage, da naknadno arbitrarno določa, katere zakonske pogoje in na kakšen način so bili ponudniki dolžni izkazovati že v okviru presoje dopustnosti ponudb v postopku oddaje javnega naročila. Posledično v konkretnem primeru naročnik ne more s sklicevanjem na določbe GZ-1 naknadno določati dodatnih zahtev za vodjo gradnje, ki jih v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni predvidel pred potekom roka za prejem ponudb ter na njihovi podlagi presojati dopustnosti ponudb.

Državna revizijska komisija dalje ugotavlja, da iz enakega razloga ni mogoče slediti niti naročnikovim navedbam, s katerimi zatrjuje, da je sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov omogočeno, vendar ne tam, kjer določila veljavnih predpisov izrecno nalagajo ponudnikom drugačne obveznosti. Kot že navedeno, je naročnikova dolžnost, da pripravi jasno in nedvoumno dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, v kolikor pa naročnik meni, da je sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov potrebno omejiti le na določene primere, bi to moral v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvideti in jasno ter nedvoumno določiti, kdaj sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov dopušča in kdaj ne. Ker je Državna revizijska komisija že zgoraj ugotovila, da takšnih omejitev naročnik v dokumentaciji ni predvidel, celo nasprotno, izrecno je to dopustil, po poteku roka za prejem ponudb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila tudi v tem delu ne sme arbitrarno spreminjati ali posameznih določb širiti in jim dajati drugačno vsebino (zgoraj navedena pravna podlaga 67. člen ZJN-3), saj s tem krši načeli transparentnosti (6. člen ZJN-3) in enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) ter določbo 67. člena ZJN-3.

Upoštevanje določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in vse navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni imel podlage za ugotovitev, da ponudba vlagatelja ni dopustna, ker je kot vodjo gradnje priglasil kader, ki je zaposlen pri podizvajalcu.

Državna revizijska komisija še dodaja, da vlagateljevih navedb v zvezi z naknadno predložitvijo dokumentov za zaposlenega vodjo gradnje pri vlagatelju ni presojala, saj njihova vsebinska obravnava ne bi več mogla vplivati na drugačno odločitev Državne revizijske komisije.

V posledici vsega navedenega Državna revizijska komisija zaključuje, da je vlagatelj izkazal, da je naročnik njegovo ponudbo za sklop 8 (C-GR) neutemeljeno zavrnil kot nedopustno, posledično pa je potrebno ugotoviti, da je naročnik kršil določbe 6. in 7. člena ZJN-3, v zvezi z določbo drugega odstavka 67. člena ZJN-3 ter določbo prvega odstavka 89. člena ZJN-3, v zvezi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3. Državna revizijska komisija je zato, v skladu z drugo alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevku za revizijo ugodila in v delu, ki se nanaša na sklop 8 (C-GR), razveljavila naročnikovo odločitev o oddaji predmetnega javnega naročila, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, št. 2201-59/2023-20, z dne 7. 2. 2024.

Državna revizijska komisija z namenom pravilne izvedbe postopka v razveljavljenem delu naročnika na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje predmetnega javnega naročila sprejme eno od odločitev, ki jih predvideva ZJN-3, pri tem pa upošteva določila omenjenega zakona, lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ter predmetno odločitev Državne revizijske komisije. Naročnik mora pri postopanju upoštevati, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku (prvi odstavek 6. člena ZJN-3).

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

Vlagatelj je 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 vlagatelju (upoštevaje zlasti 70. člen ZPVPJN) kot potrebne in opredeljene navedene stroške priznala:

- strošek odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo v višini 6.800 točk [prva točka tar. št. 44 Odvetniške tarife (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: Odvetniška tarifa), ob upoštevanju vrednosti izbrane ponudbe za sklop 8 – C-GR], kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 4.977,60 EUR;
- izdatke v pavšalnem znesku v višini 78 točk (tj. 2% od vrednosti odvetniških storitev do 1.000 točk in 1% od vrednosti odvetniških storitev nad 1.000 točk), ki jih je Državna revizijska komisija izračunala ob upoštevanju tretjega odstavka 11. člena Odvetniške tarife, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 57,10 EUR;
- potreben in opredeljeno naveden strošek plačane takse za zahtevek za revizijo v višini 25.000,00 EUR.

Državna revizijska komisija pa vlagatelju ni priznala stroška odvetniških storitev za sestavo vloge »Izjasnitev vlagatelja v zvezi s sklepom naročnika o vloženem zahtevku za revizijo« z dne 4. 4. 2024, s katero se je opredelil do navedb naročnika iz Sklepa o zahtevku za revizijo, posledično pa tudi ne izdatkov v zvezi z navedeno vlogo. Ti stroški po oceni Državne revizijske komisije namreč niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena), saj navedbe v omenjeni vlogi niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Skladno z navedenim je naročnik tako dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 30.034,70 EUR, in sicer v roku 15 dni od prejema tega sklepa, od 16. dne dalje pa tudi z zakonitimi zamudnimi obrestmi.

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:
Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- vlagatelj po pooblaščenju,
- izbrani ponudnik,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve.