

Številka: 018-043/2023-8

Datum: 25. 5. 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 dr. Mateje Škabar, kot predsednice senata, ter Aleksandra Petrovčiča in Marka Medveda, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »Izvajanje intervencijskih gradbeno - zemeljskih del na vodovodnem omrežju«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja HARTIS, trgovina, prevoznništvo in gradbena mehanizacija, d.o.o., Liminjan 7B, Portorož - Portorose, ki ga po pooblastilu zastopa odvetniška družba Godec Černeka Nemeč, o.p., d.o.o., Železna cesta 14, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Rižanski vodovod Koper d.o.o. - s.r.l., Ulica 15. maja 13, Koper - Capodistria (v nadaljevanju: naročnik), dne 25. 5. 2023

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila«, št. JN 01/2023-G-M-O z dne 16. 3. 2023.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 5.112,46 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.
3. Zahteva izbranega ponudnika za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik po postopku naročila male vrednosti izbira stranko, s katero bo sklenil okvirni sporazum za izvajanje intervencijskih gradbeno - zemeljskih del na vodovodnem omrežju za področji rajonov Koper ter Izola za obdobje dveh let. Naročnik je obvestilo o naročilu dne 18. 1. 2023 objavil na Portalu javnih naročil, pod številko objave JN000252/2023-W01. Dne 16. 3. 2023 je naročnik sprejel in na Portalu javnih naročil objavil dokument »Odločitev o oddaji javnega naročila«, št. JN 01/2023-G-M-O, iz katerega izhaja, da je prejel tri ponudbe, kot stranko

okvirnega sporazuma izbral po merilu prvouvrščenega ponudnika GRAFIST, gradbeništvo, trgovina in storitve, d.o.o., Sermin 7B, Koper - Capodistria (v nadaljevanju: izbrani ponudnik).

Vlagatelj, drugouvrščeni ponudnik, je zoper naročnikovo odločitev o izbiri stranke okvirnega sporazuma z vlogo z dne 23. 3. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev izpodbijane odločitve in zahteva povračilo stroškov postopka pravnega varstva. Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je izpodbijana odločitev nezakonita, ker naročnik ponudbe izbranega ponudnika ni izločil kot nedopustne zaradi:

- predložitve ESPD obrazcev (za izbranega ponudnika in za vse tri nominirane podizvajalce), v katerih niso zapisane uradne izjave o izpolnjevanju pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5, kot je to v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteval naročnik;
- neizpolnjevanja pogoja tehnične sposobnosti, da mora ponudnik v trenutku oddaje ponudbe razpolagati s štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T. Izbrani ponudnik v zvezi z navedenimi delovnimi stroji ni navedel, da jih bo najemal od podizvajalcev oziroma drugih subjektov, četudi teh strojev po prepričanju vlagatelja nima v lasti. V predhodnem postopku pravnega varstva je izbrani ponudnik v zvezi z izpostavljenim pogojem zatrjeval, da razpolaga z vozili Iveco Daily 35c, vendar slednja po prepričanju vlagatelja niso prekucniki, poleg tega ne ustrezajo pogoju največje skupne teže do 10 T, saj imajo največjo skupno težo do 3,5 T;
- iz dogovorov o sodelovanju, sklenjenih med izbranim ponudnikom in nominiranimi podizvajalci na dan roka za oddajo ponudb, je mogoče ugotoviti, da izbrani ponudnik na dan oddaje ponudbe ni razpolagal z zahtevano opremo oziroma mehanizacijo (tj. s štirimi mini bagri do 2 T, komoro za asfalt in tovornim vozilom z dvigalom 15 T – 26 T), kot je to zahteval naročnik, temveč je imel sklenjene zgolj dogovore, da mu bo ta oprema dostopna za čas trajanja javnega naročila. Navedeno namreč ni skladno z jasno naročnikovo zahtevo, da mora z opremo razpolagati, torej jo imeti v lasti ali najemu in s tem v posesti že v trenutku oddaje ponudbe. Nič drugače ni mogoče ugotoviti iz najemnih pogodb, ki jih je izbrani ponudnik v zvezi z navedeno opremo predložil v ponudbi;
- neizpolnjevanja pogoja, da mora imeti ponudnik šest popolnoma usposobljenih in opremljenih delovnih ekip po tri delavce na ekipo, saj izbrani ponudnik v trenutku oddaje ponudbe ni imel in še danes nima 18 zaposlenih delavcev, ki so usposobljeni za izvedbo predmeta javnega naročila.

Izbrani ponudnik se je z vlogo z dne 27. 3. 2023 izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo. Zatrjuje, da revizijske navedbe o nedopustnosti njegove ponudbe niso utemeljene, saj:

- je sam hkrati z izpolnitvijo ESPD podal (tudi) izjavo o izpolnjevanju pogojev, s tem pa je izpolnil zahtevo po podaji izjave o izpolnjevanju pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5;
- ima v lasti ustrezno število vozil (slednja je imel v lasti tudi že v času oddaje ponudbe), ki imajo skupno težo do 3,5 T, kar navaja celo vlagatelj sam, izhaja pa tudi iz priloženih prometnih dovoljenj;
- je Državna revizijska komisija v zadevi št. 018-108/2022 zapisala, da mora ponudnik v primeru izpolnjevanja pogojev za priznanje sposobnosti z uporabo zmogljivosti drugih subjektov v ponudbi predložiti dokazilo, da bo imel te zmogljivosti dejansko na voljo, kar pomeni, da je Državna revizijska komisija že zavzela stališče, da ni potrebno imeti opreme v lasti ali posesti že ob oddaji ponudbe;
- je vlagatelj seznanjen, da ima izbrani ponudnik več kot 18 delavcev, ki so potrebni za šest usposobljenih ekip s po tremi delavci. Izbrani ponudnik prilaga seznam delavcev in referenčni projekt, ki izkazuje, da je izbrani ponudnik že v preteklosti razpolagal z delavci, ki so opravljali dela, istovrstna razpisanim, kar pomeni, da delavci izpolnjujejo pogoj znanja s tega področja gradnje.

Naročnik je z odločitvijo, številka 1342/2023 z dne 5. 4. 2023, zahtevek za revizijo zavrnil kot neutemeljen, posledično pa je zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva. V sklepu naročnik zatrjuje, da:

- je obrazec ESPD pripravil na način, da ta ponudnikom ni omogočal vnosa besedila v polje »Sklepne izjave«, kar pomeni, da nihče izmed ponudnikov, niti vlagatelj, vanj ni mogel vnesti zahtevanega besedila v zvezi s pogoji iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5. Posledično je treba šteti, da so ponudniki pogoje za sodelovanje iz navedenih točk izkazali že s predložitvijo podpisanih obrazcev ESPD;
- vlagatelj napačno razlaga naročnikovo zahtevo po razpolaganju s štirimi tovornimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T), iz katere jasno izhaja, da je ustrezno vsako tovorno vozilo (prekucnik), katerega skupna teža je nižja od 10 T, razpolaganje s takšnimi vozili pa je izbrani ponudnik dokazal tako s predložitvijo t. i. »Izjave 18.4« kot tudi s (v postopku pravnega varstva predloženimi) prometnimi dovoljenji za navedena vozila;
- izbrani ponudnik zahtevo po razpolaganju s štirimi mini bagri do 2 T, komoro za asfalt in tovornim vozilom z dvigalom 15 T – 26 T izkazuje s sklicevanjem na zmogljivosti drugih subjektov, tj. v ponudbi nominiranih podizvajalcev, s katerimi ima sklenjene ne le pisne dogovore o sodelovanju, pač pa tudi najemne pogodbe, ki jih je vse predložil v ponudbi in s tem dokazal izpolnjevanje navedene zahteve. ZJN-3 namreč v prvem odstavku 81. člena določa, da mora ponudnik v primeru sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov v ponudbi izkazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, npr. s predložitvijo zagotovil teh subjektov, čemur je izbrani ponudnik z dokazili v ponudbi več kot zadostil;
- v zvezi z zahtevo po razpolaganju z zadostnim številom popolnoma usposobljenih delavcev ni zahteval nobenih dokazil, ki bi jih ponudniki za dokazovanje navedene zahteve morali predložiti v ponudbi, prav tako pa ni dvomil, da izbrani ponudnik izpostavljeno zahtevo izpolnjuje, zato ni imel podlage za preverjanje izpolnjevanja slednje, tudi sicer pa so navedbe, ki jih v tej zvezi podaja vlagatelj, pavšalne in s tem neutemeljene.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 6. 4. 2023 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila in dokumentacijo iz predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 11. 4. 2023 opredelil do navedb naročnika iz odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo. V vlogi vztraja pri pravovarstvenem predlogu in pri vseh očitkih ter dokazih iz zahtevka za revizijo, poleg tega pa se dodatno opredeljuje do posameznih naročnikovih navedb.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 14. 4. 2023 posredoval vlogo, številka 1468/2023 z istega dne, s katero se je opredelil do navedb vlagatelja iz vloge z dne 11. 4. 2023.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 26. 4. 2023 na podlagi dopisa Državne revizijske komisije, številka 018-043/2023-5, (pravočasno) opredelil do navedb izbranega ponudnika iz vloge z dne 27. 3. 2023.

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

Med vlagateljem in naročnikom je spor glede vprašanja, ali je naročnik ravnal v skladu z določbami Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) in dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je ponudbo izbranega ponudnika ocenil kot dopustno, posledično pa je izbranega ponudnika izbral za stranko okvirnega sporazuma.

Naročnikovo ravnanje je treba presojati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, v skladu s katero 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 ter 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 njegovih zagotovljenih sredstev. Naročnik odda javno naročilo na podlagi meril po tem, ko v skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 preveri izpolnjevanje naslednjih pogojev: a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu ter v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, po potrebi ob upoštevanju variant iz 72. člena ZJN-3, in b) ponudbo je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3, ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. ter 83. člena ZJN-3, če so ta bila določena.

Iz citiranih določil ZJN-3 izhaja, da lahko naročnik javno naročilo odda le ponudniku (oziroma, analogno, za stranko okvirnega sporazuma izbere le ponudnika), ki predloži dopustno ponudbo, pri čemer je eden izmed elementov dopustnosti ponudbe ta, da ponudba ustreza zahtevam naročnika, določenim v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

V obravnavanem primeru je naročnik v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila umestil (tudi poglavje »16 Minimalne tehnične zahteve predmeta javnega naročila«, kjer je (med drugim) določil:

»Ponudnik mora zagotoviti minimalne tehnične zahteve, in sicer:

Ponudnik mora v času oddaje ponudbe ter za celoten čas trajanja pogodbe razpolagati z delovnimi stroji in opremo za izvedbo predmeta javnega naročila v minimalnih količinah, kot je navedeno v spodnji tabeli:

<i>Delovni stroji in oprema</i>	<i>Kos</i>
<i>Mini bager do 2 T s pripadajočo potrebno opremo</i>	<i>4</i>
<i>/.../</i>	
<i>Komora za asfalt</i>	<i>1</i>
<i>/.../</i>	
<i>Tovorno vozilo skupne teže do 3,5 T</i>	<i>6</i>
<i>Tovorno vozilo</i>	
<i>(prekucnik skupne teže do 10 T)</i>	<i>4</i>
<i>Tovorno vozilo</i>	
<i>(prekucnik skupne teže nad 10 T)</i>	<i>4</i>
<i>Tovorno vozilo z dvigalom 15 T – 26 T</i>	<i>1</i>
<i>/.../</i>	

Ponudnik mora izpolniti in žigosati izjavo o razpoložljivem številu delovnih strojev in opreme, po minimalnih zahtevah naročnika (Izjava 18.4).«

V zvezi z zahtevanimi delovnimi stroji sta bili na Portalu javnih naročil objavljeni naslednji vprašanji potencialnih ponudnikov in odgovora naročnika:

VPRAŠANJE, objavljeno dne 27. 1. 2023 ob 14.09

»Spoštovani!

V poglavju 18.4_seznam delovnih strojev in opreme. Izjava navaja "imamo na razpolago zahtevano število strojev in opreme za izvajanje intervencijskih gradbenih – zemeljskih del, kaj natančno pomeni navedba "na razpolago", da so stroji in oprema iz seznama v lasti izvajalca/ponudnika ali v najemu?/.../.«

ODGOVOR

»Spoštovani,

Ponudnik mora v času oddaje ponudbe ter za celoten čas trajanja pogodbe razpolagati z delovnimi stroji in opremo za izvedbo predmeta javnega naročila v minimalnih količinah kot so zahteve naročnika. Ponudnik lahko ima v lasti ali v najemu, pri tem mora upoštevati obvezo vezano na oddajo ponudbe s podizvajalci./.../.«

VPRAŠANJE, objavljeno dne 27. 1. 2023 ob 16.08

»Spoštovani!

V poglavju 18.4_seznam delovnih strojev in opreme. Izjava navaja "imamo na razpolago zahtevano število strojev in opreme za izvajanje intervencijskih gradbenih – zemeljskih del, kaj natančno pomeni navedba "na razpolago", da so stroji in oprema iz seznama v lasti izvajalca/ponudnika ali v najemu?/.../.«

ODGOVOR

»Pozdravljeni,

naročnik popravlja odgovor in zamenja besedo "lahko" v "mora";

Ponudnik mora v času oddaje ponudbe ter za celoten čas trajanja pogodbe razpolagati z delovnimi stroji in opremo za izvedbo predmeta javnega naročila v minimalnih količinah kot so zahteve naročnika.

Ponudnik mora imeti v lasti ali v najemu, pri tem mora upoštevati obvezo vezano na oddajo ponudbe s podizvajalci./.../.«

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da se izbrani ponudnik v zvezi z izpolnjevanjem zahteve po razpolaganju s štirimi mini bagri, komoro za asfalt in tovornim vozilom z dvigalom sklicuje na zmogljivosti nominiranih podizvajalcev. Po navedbah vlagatelja je izbrani ponudnik v ponudbi sicer predložil pisne dogovore o sodelovanju z nominiranimi podizvajalci in s podizvajalci sklenjene najemne pogodbe, vendar iz navedenih aktov izhaja, zatrjuje vlagatelj, da izbrani ponudnik z zahtevano opremo ni razpolagal oziroma je ni imel v najemu in s tem v posesti že v trenutku oddaje ponudbe, kot je to zahteval naročnik.

Naročnik po drugi strani zatrjuje, da je glede izpolnjevanja izpostavljenih zahtev dopustil, da se ponudniki sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov, pri čemer je kot dokazilo o izpolnjevanju zahteve določil zgolj predložitev t. i. »Izjave 18.4«. Izbrani ponudnik je zahtevano izjavo v ponudbi predložil, predložil pa je tudi pisne dogovore o sodelovanju z nominiranimi podizvajalci in s podizvajalci sklenjene najemne pogodbe za zahtevano opremo, z vsem navedenim pa je, po mnenju naročnika, izkazal izpolnjevanje izpostavljenih zahtev že v času oddaje ponudbe. Po smiselnih navedbah naročnika razpolaganje z opremo tudi sicer ne pomeni nujno posesti. Prvi odstavek 81. člena ZJN-3 namreč določa, da mora ponudnik v primeru sklicevanja na zmogljivosti

drugih subjektov v ponudbi izkazati, da bo imel potrebna sredstva na voljo, čemur je izbrani ponudnik z dokazili v ponudbi po prepričanju naročnika v celoti zadostil.

Upošteva se navedeno med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila glede izpolnjevanja zahtev, ki po vsebini predstavljajo pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost, dopustil sklicevanje na zmogljivosti drugih subjektov. Med strankama tudi ni sporno, da se izbrani ponudnik v zvezi z izpolnjevanjem zahteve po razpolaganju s štirimi mini bagri, komoro za asfalt in tovornim vozilom z dvigalom sklicuje na zmogljivosti treh podizvajalcev, ki jih je v ponudbi tudi predstavil, dodatno pa predložil še z njimi sklenjene pisne dogovore oziroma najemne pogodbe za navedeno opremo.

Spor med strankama, ki ga je v konkretnem primeru potrebno razrešiti najprej, se tako nanaša na razlago naročnikove zahteve, da mora ponudnik v času oddaje ponudbe ter za celoten čas trajanja pogodbe razpolagati z zahtevano opremo, kar v primeru sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov (glede na naročnikova odgovora, na Portalu javnih naročil objavljena dne 27. 1. 2023 ob 14.09 in ob 16.08) pomeni, da mora imeti ponudnik to opremo (v navedenem obdobju) v najemu. Vlagatelj je zato mnenja, da bi izbrani ponudnik, ki se v zvezi z navedeno opremo sklicuje na zmogljivosti nominiranih podizvajalcev, v skladu z izpostavljeno zahtevo to opremo v trenutku oddaje ponudbe moral imeti v posesti, naročnik pa temu nasprotuje.

Državna revizijska komisija v tej zvezi uvodoma pojasnjuje, da ZJN-3 ne zahteva, da bi moral biti gospodarski subjekt (ponudnik) sam sposoben izvesti javno naročilo neposredno z lastnimi sredstvi oziroma zmogljivostmi, pač pa v 81. členu ureja položaj, ko namerava gospodarski subjekt (ponudnik) za izvedbo javnega naročila uporabiti (tudi) zmogljivosti drugih subjektov. V prvem odstavku 81. člena ZJN-3 je določeno, da lahko gospodarski subjekt 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 lahko gospodarski subjekt uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi gospodarski subjekt uporabiti zmogljivosti drugih subjektov, mora naročniku dokazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil teh subjektov v ta namen.

Iz pravila, določenega v prvem odstavku 81. člena ZJN-3, da lahko ponudnik uporabi zmogljivosti drugih subjektov ne glede na pravno razmerje z njimi, pa hkrati izhaja tudi, da obstaja več različnih načinov oziroma oblik sodelovanja drugega subjekta v ponudbi ponudnika, ki se sklicuje na zmogljivosti tega subjekta. Možen je namreč tako položaj, ko drugi subjekt ni neposredno udeležen pri sami izvedbi naročila, temveč ponudniku le posodi določeno opremo, tehnična sredstva, mehanizacijo oziroma mu zagotavlja podporo ali svetovanje, izobražuje osebje, nadzira kakovost itd., kot tudi položaj, ki se bistveno razlikuje od prvo navedenega po tem, da drugi subjekt z zmogljivostmi, s katerimi razpolaga in na katere se sklicuje ponudnik (oprema, tehnična sredstva, mehanizacija ipd.), neposredno sam izvede del predmeta javnega naročila. V tem (drugo navedenem) primeru govorimo o subjektu, ki izpolnjuje definicijo podizvajalca, kot jo določa ZJN-3, saj gre za gospodarski subjekt, ki je pravna ali fizična oseba in za ponudnika, s katerim je naročnik sklenil pogodbo o izvedbi javnega naročila, dobavlja blago ali izvaja storitev oziroma gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila (prvi odstavek 94. člena ZJN-3).

Določbe 81. člena ZJN-3 dajejo torej ponudniku možnost, da pri izpolnjevanju pogojev za sodelovanje uporabi zmogljivosti drugega subjekta, hkrati pa mu nalagajo, da v tem primeru v ponudbi predloži dokazilo, da bo imel te zmogljivosti dejansko na voljo, ter dokumentacijo, na

podlagi katere lahko naročnik preveri, ali (tudi) drugi subjekt izpolnjuje ustrezne pogoje za sodelovanje oziroma ali zanj obstajajo izključitveni razlogi.

Predstavljene določbe ZJN-3 tako zahtevajo, da mora imeti ponudnik, ki se v zvezi z izpolnjevanjem pogojev tehnične in strokovne sposobnosti sklicuje na zmogljivosti drugega, te zmogljivosti (npr. delovne stroje, kadre) dejansko na voljo pri izvedbi javnega naročila (slednje mora ponudnik dokazati že v ponudbi). Po drugi strani pa določbe ZJN-3 ne zahtevajo, da bi moral imeti ponudnik v primeru, ko se v zvezi z izpolnjevanjem pogojev tehnične in strokovne sposobnosti sklicuje na zmogljivosti drugega, te zmogljivosti (npr. delovne stroje, kadre) hkrati nujno tudi v posesti. Še manj določbe ZJN-3 zahtevajo, da bi moral imeti ponudnik v takšnem primeru zmogljivosti drugega v posesti (že) v trenutku oddaje ponudbe, tega pa v obravnavani zadevi v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni zahteval niti naročnik.

Naročnik tako nikjer ni določil, da mora ponudnik, ki se sklicuje na zmogljivosti drugega subjekta, imeti te zmogljivosti (tj. delovne stroje in opremo) v času oddaje ponudbe v posesti, temveč je določil, da mora ponudnik, ki se sklicuje na zmogljivosti drugega subjekta, imeti te zmogljivosti v času oddaje ponudbe (in za celoten čas trajanja pogodbe) v najemu.

Najem oziroma najemna pogodba je urejena v Obligacijskem zakoniku (Uradni list RS, št. 83/01 s sprem.; v nadaljevanju: OZ). V skladu s prvim odstavkom 587. člena OZ se z najemno pogodbo najemodajalec zavezuje, da bo najemniku izročil določeno stvar v rabo, najemnik pa se zavezuje, da mu bo za to plačeval določeno najemnino.

Iz navedenega sledi, da najem ni t. i. realna pogodba, ki bi nastala šele z izročitvijo predmeta najema najemniku v rabo (s tem pa praviloma tudi v posest), temveč je t. i. konsenzualna pogodba, ki nastane s soglasjem volj pogodbenih strank. O najemnem razmerju oziroma najemu je torej mogoče govoriti (že) od trenutka sklenitve najemne pogodbe dalje, ne pa (še) od izročitve predmeta najema najemniku v rabo (in s tem praviloma tudi v posest).

Ker je v obravnavanem primeru naročnik zahteval, da mora imeti ponudnik zahtevano opremo v trenutku oddaje ponudbe v najemu, najem pa hkrati ne pomeni nujno tudi (takojšnje) posesti, vlagatelj ne more uspeti z navedbo, da izbrani ponudnik zahtevane opreme v trenutku oddaje ponudbe ni imel v posesti.

Nasprotno, ugotoviti gre, da je izbrani ponudnik navedeno zahtevo izpolnil (že), če je imel zahtevano opremo v trenutku oddaje ponudbe v najemu, tj. če je imel za navedeno opremo z nominiranimi podizvajalci sklenjene ustrezne najemne pogodbe.

Da je imel izbrani ponudnik z vsakim od treh nominiranih podizvajalcev v trenutku oddaje ponudbe sklenjeno tako najemno pogodbo kot tudi t. i. pisni dogovor o sodelovanju pri oddaji ponudbe, uporabi zmogljivosti drugih subjektov in izvajanju del na projektu: »Izvajanje intervencijskih gradbeno – zemeljskih del na vodovodnem omrežju« (v nadaljevanju: pisni dogovor), med strankama ni sporno, o tem pa se je z vpogledom v ponudbo izbranega ponudnika prepričala tudi Državna revizijska komisija.

Res najemne pogodbe urejajo isti predmet najema kot pisni dogovori (tj. najem štirih mini bagrov do 2 T s pripadajočo opremo, najem komore za asfalt in najem tovornega vozila z dvigalom 15 T do 26 T) in res so bile najemne pogodbe sklenjene pred pisnimi dogovori (vsi omenjeni akti pa so bili, kot pokaže njihov pregled, sklenjeni pred oddajo ponudbe izbranega ponudnika). Vendar pa iz pisnih dogovorov nikjer ne izhaja, da slednji razveljavljajo najemne pogodbe, poleg tega pregled vsebine obeh vrst predloženih pogodb pokaže, da pisni dogovori (v primerjavi z najemnimi pogodbami) v delu sodelovanja pri predmetnem javnem naročilu (zgolj) specificirajo

način sodelovanja med sopogodbnikoma. Posledično v konkretnem primeru ni mogoče zaključiti, da pisni dogovori razveljavljajo najemne pogodbe, kot to zatrjuje vlagatelj, prav tako pa ni mogoče zaključiti, da niti v najemnih pogodbah niti v pisnih dogovorih ni specificirano, kateri konkretni stroj oziroma vozilo je predmet najema. Tako iz najemnih pogodb kot tudi iz pisnih dogovorov namreč jasno izhaja, da so predmet najema štiri mini bagri do 2 T s pripadajočo opremo, komora za asfalt in tovorno vozilo z dvigalom 15 T do 26 T. S tem je predmet najema po oceni Državne revizijske komisije (dovolj) določen, posledično pa se za neutemeljene izkažejo vlagateljeve navedbe o tem, da iz predloženih pogodb ni razvidno, kateri konkretni stroj oziroma vozilo je predmet najema. Res je predmet najema največkrat individualno določena stvar, vendar iz določb OZ ne izhaja, da predmet najema ne bi mogla biti tudi generična ali celo potrošna stvar.

Dalje vlagatelj v zvezi s predloženimi najemnimi pogodbami navaja, da z njihovo sklenitvijo izbrani ponudnik opreme oziroma mehanizacije, ki je predmet najema, še ne prejme v posest, temveč je v pogodbah določeno, da bo izbrani ponudnik zahtevano opremo prejel v rabo oziroma v posest šele, ko bo (po sklenitvi najemne pogodbe) najemodajalcu dal pisno naročilo, na podlagi tega pisnega naročila pa mu bo najemodajalec stvar izročil. V trenutku oddaje ponudbe zato izbrani ponudnik po mnenju vlagatelja z zahtevano opremo še ni razpolagal na način, da bi jo imel v najemu (posesti), temveč je v trenutku oddaje ponudbe razpolagal le s terjatvijo do najemodajalca, da mu bo ta zahtevano opremo izročil v rabo.

Državna revizijska komisija je že pojasnila, da je najem konsenzualna pogodba, s katero se najemodajalec (zgolj) zavezuje izročiti stvar v rabo, pri čemer lahko do izročitve stvari pride šele kasneje, že po sklenitvi najemne pogodbe. Neutemeljene so zato vlagateljeve navedbe, da izbrani ponudnik v trenutku oddaje ponudbe še ni razpolagal z zahtevano opremo na način, da bi jo imel v najemu. Kot že obrazloženo, najem nastane že s sklenitvijo najemne pogodbe, ne pa šele z izročitvijo stvari v posest.

Upošteva se navedeno in ob dejstvu, da vlagatelj drugih navedb v zvezi z najemno pogodbo ni podal, Državna revizijska komisija ugotavlja, da predložene najemne pogodbe ne dajejo podlage za zaključek, da izbrani ponudnik z izpostavljeno opremo ni razpolagal (tj. imel opremo v najemu) že v trenutku oddaje ponudbe. Ker vlagatelj v zvezi z najemnimi pogodbami ni uspel dokazati, da izbrani ponudnik opreme ni imel v najemu že v času oddaje ponudbe, se Državna revizijska komisija ni opredeljevala do vlagateljevih navedb glede pisnih dogovorov. Ker vlagatelj ni uspel dokazati, da predložene najemne pogodbe ne morejo predstavljati podlage za ugotovitev, da naročnikova zahteva po razpolaganju z zahtevano opremo ni izpolnjena, naročnik pa (še dodatnih) pisnih dogovorov v tej zvezi ni zahteval, vlagateljeve navedbe glede pisnih dogovorov ne bi mogle več vplivati na drugačno odločitev Državne revizijske komisije.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija obravnavala navedbe vlagatelja o tem, da izbrani ponudnik ne izpolnjuje zahteve po razpolaganju s štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T.

Naročnik je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v poglavju »16 Minimalne tehnične zahteve predmeta javnega naročila« zahteval, da mora ponudnik v času oddaje ponudbe ter za celoten čas trajanja pogodbe razpolagati s predpisanim številom zahtevanih delovnih strojev in opreme, (med drugim) s štirimi tovornimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T). Za dokazovanje izpolnjevanja navedene zahteve je naročnik zahteval predložitev izpolnjenega in žigosanega obrazca (tj. obrazca, poimenovanega »Izjava 18.4«) z vnaprej pripravljeno izjavo o razpolaganju z zahtevanim številom delovnih strojev in opreme.

Po zatrjevanju vlagatelja je izbrani ponudnik v predhodnem postopku pravnega varstva v zvezi z izpostavljeno zahtevo navajal, da razpolaga z vozili Iveco Daily 35c. Vendar navedena vozila niso prekucniki, zatrjuje vlagatelj, ampak vozila tipa kombi, poleg tega pa ne ustrezajo pogoju največje

skupne teže do 10 T, saj imajo največjo skupno težo do 3,5 T, kar pomeni, da ne smejo presegati te teže. Ker je naročnik zahteve po tovornih vozilih ločil po nosilnosti oziroma po skupni teži na tri vrste (in sicer na tovorna vozila skupne teže do 3,5 T, tovorna vozila skupne teže do 10 T in tovorna vozila skupne teže nad 10 T), je po mnenju vlagatelja jasno, da s tovrstnimi vozili skupne teže do 3,5 T ni mogoče izpolnjevati zahteve po tovornih vozilih skupne teže do 10 T.

Naročnik, nasprotno, zatrjuje, da v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila tovornih vozil ni razvrstil le po nosilnosti, ampak tudi po namembnosti, in sicer na tovorna vozila, na tovorna vozila prekucnike in na tovorna vozila z dvigalom. Glede na navedeno razvrstitev, navaja naročnik, obstaja bistvena razlika med tovrstnim vozilom skupne teže do 3,5 T in tovrstnim vozilom prekucnikom skupne teže do 10 T. Izbrani ponudnik je po zatrjevanju naročnika s predložitvijo t. i. »Izjave 18.4« izkazal, da izpostavljeno zahtevo izpolnjuje. Ne glede na navedeno se naročnik – v izogib dvomu o izpolnjevanju zahteve – sklicuje na dokazila, ki jih je v tej zvezi v vlogi, s katero se je izjasnil o navedbah vlagatelja, predložil izbrani ponudnik. Slednji je namreč k navedeni vlogi priložil prometna dovoljenja za štiri vozila, iz katerih je po zatrjevanju naročnika razvidno, da gre za tovorna vozila prekucnike z nosilnostjo oziroma skupno težo, manjšo od 10 T, ki posledično v celoti ustrezajo izpostavljeni zahtevi.

Da bi bilo mogoče razrešiti med strankama nastali spor o tem, ali je naročnik ravnal pravilno, ko je ugotovil, da izbrani ponudnik izpostavljeno zahtevo izpolnjuje, je potrebno najprej odgovoriti na vprašanje, kako razlagati to zahtevo. Po mnenju vlagatelja namreč zahteva po razpolaganju s štirimi tovrstnimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T) – upoštevajoč naročnikovo razdelitev tovornih vozil glede na skupno težo – ne more biti izpolnjena s tovrstnim vozilom do 3,5 T, medtem ko je naročnik nasprotnega mnenja.

Državna revizijska komisija na podlagi pregleda dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pritruje vlagatelju, da je naročnik tovorna vozila glede na skupno težo razdelil na tovorna vozila skupne teže do 3,5 T, na tovorna vozila skupne teže do 10 T in na tovorna vozila skupne teže nad 10 T, pri čemer je za tovorna vozila skupne teže do 10 T in nad 10 T določil še dodaten pogoj – zahteval je, da morajo biti ta tovorna vozila prekucniki. Glede na navedeno razdelitev pa zahteve po razpolaganju s štirimi tovrstnimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T) ni mogoče razlagati samostojno oziroma ločeno od preostalih dveh zahtev, temveč jo je potrebno razlagati v povezavi z njima. Iz zahteve po razpolaganju s štirimi tovrstnimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T) v povezavi s preostalima zahtevama pa po oceni Državne revizijske komisije jasno izhaja, da se je prvo omenjena naročnikova zahteva nanašala na (katerakoli) tovorna vozila s skupno težo do 3,5 T, drugo omenjena naročnikova zahteva se je nanašala na tovorna vozila s skupno težo nad 3,5 T do 10 T, medtem ko se je tretje omenjena naročnikova zahteva nanašala na tovorna vozila nad 10 T (pri čemer so morala biti tovorna vozila v zvezi z drugo in tretje omenjeno zahtevo prekucniki).

Ob upoštevanju navedene razdelitve tovornih vozil ima zato vlagatelj prav, ko zatrjuje, da je bilo tovrstno vozilo prekucnik skupne teže do 3,5 T mogoče upoštevati v zvezi z zahtevo po šestih tovrstnih vozilih skupne teže do 3,5 T, ni pa ga bilo mogoče upoštevati v zvezi z zahtevo po štirih tovrstnih vozilih prekucnikih skupne teže do 10 T.

Takšnega zaključka ne more spremeniti naročnikova navedba o tem, da tovorna vozila v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila niso bila razdeljena le po skupni teži, temveč tudi po namembnosti. Kot pokaže pregled izpostavljene zahteve, naročnik tovornih vozil ni razdelil po namembnosti, temveč je v prvi skupini, v kateri je zahteval tovorna vozila do 3,5 T, dopustil možnost ponuditi katerakoli tovrstno vozilo zahtevane skupne teže, medtem ko je v drugi in tretji skupini, kjer je zahteval tovorna vozila od 3,5 T, postavil (še) dodatno zahtevo, da morajo biti ta tovorna vozila prekucniki. Drugačna razlaga namreč ne bi bila logična, saj bi pomenila, da je dve

različni naročnikovi zahtevi – tj. zahtevo po šestih tovornih vozilih skupne teže do 3,5 T in zahtevo po štirih tovornih vozilih skupne teže do 10 T – mogoče izpolniti z enakim vozilom (tj. s tovornim vozilom prekucnikom skupne teže do 3,5 T, za kar se sicer zavzema naročnik).

Ko je Državna revizijska komisija odgovorila na vprašanja, povezana z razlago izpostavljene zahteve, je v nadaljevanju ugotavljala, ali je naročnikova ugotovitev, da izbrani ponudnik obravnavano zahtevo izpolnjuje, pravilna.

Državna revizijska komisija na podlagi pregleda ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika ugotavlja, da je ta v ponudbi predložil izpolnjeno in žigosano »Izjavo 18.4«, ki jo je kot dokazilo v zvezi z izpolnjevanjem izpostavljene zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteval naročnik (gl. poglavje »16 Minimalne tehnične zahteve predmeta javnega naročila«). Na navedeno izjavo se v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo sklicuje tudi naročnik, ki (po vsebini smiselno) navaja, da je izbrani ponudnik s predložitvijo »Izjave 18.4« dokazal, da izpolnjuje zahtevo po razpolaganju s štirimi tovornimi vozili prekucniki skupne teže do 10 T.

Naročnik pa se v zvezi z izpolnjevanjem izpostavljene zahteve v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo ne sklicuje le na podpisano in žigosano »Izjavo 18.4« iz ponudbe izbranega ponudnika, pač pa se v zvezi z dokazovanjem izpostavljene zahteve sklicuje tudi na prometna dovoljenja za štiri vozila, ki jih je k vlogi z dne 27. 3. 2023, s katero se je izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo, priložil izbrani ponudnik. Tudi iz navedenih prometnih dovoljenj po zatrdjevanju naročnika izhaja, da je obravnavana zahteva izpolnjena, vpogled v predložena prometna dovoljenja z namenom dokazovanja nasprotnega (tj. dejstva, da obravnavana zahteva ni izpolnjena) pa predlaga tudi vlagatelj.

Državna revizijska komisija je zato na podlagi predloga obeh strank, tako vlagatelja kot naročnika, vpogledala v prometna dovoljenja za štiri vozila, ki jih je k vlogi z dne 27. 3. 2023 priložil izbrani ponudnik. Pregled predloženih prometnih dovoljenj potrjuje navedbe vlagatelja, iz katerih izhaja, da ima vsako posamezno od štirih vozil, s katerimi izbrani ponudnik dokazuje izpolnjevanje izpostavljene zahteve, največjo dovoljeno maso oziroma težo 3500 kg, kar znaša 3,5 T.

Ker torej iz pregleda prometnih dovoljenj izhaja, da nobeno od štirih vozil, s katerimi izbrani ponudnik dokazuje izpolnjevanje zahteve po štirih tovornih vozilih prekucnikih skupne teže do 10 T, ne sme presegati teže 3,5 T, gre pritrditi vlagatelju, da navedena zahteva s štirimi vozili, za katera je izbrani ponudnik predložil prometna dovoljenja, že iz tega razloga ne more biti izpolnjena.

Državna revizijska komisija se zato v nadaljevanju ni opredeljevala do vlagateljevih navedb o tem, da navedena vozila niso prekucniki, temveč kombiji, in je kot nepotrebne zavrnila dokazne predloge vlagatelja po vpogledu v izpis iz registra osnovnih sredstev izbranega ponudnika, list specifikacij vozil Iveco Daily 35c oznake 11 do 13 in list specifikacij vozil Iveco Daily 35c 15-17-21 D. Vsi navedeni dokazni predlogi so bili namreč podani za dokazovanje vlagateljevih navedb o neskladnosti vozil izbranega ponudnika z obravnavano zahtevo naročnika, ki pa je bila že dokazana, zato izvajanje nadaljnjih dokazov ni bilo več potrebno. Iz istega razloga Državna revizijska komisija izbranega ponudnika ni pozivala na predložitve kosovnic, pogodb o nakupu motornih vozil, izpisa iz registra osnovnih sredstev, potrdil o registraciji tovornih vozil, zavarovalnih polic o obveznem zavarovanju tovornih vozil, potrdil o skladnosti ipd., kot je to v zahtevku za revizijo predlagal vlagatelj. Državna revizijska komisija je dalje kot nerelevantne zavrnila dokazne predloge z zaslišanjem zakonitega zastopnika vlagatelja in predstavnikov naročnika. Izvedbo navedenih dokazov je namreč vlagatelj predlagal z namenom dokazovanja trditvev o tem, za kakšne prevoze so po mnenju vlagatelja primerna tovarna vozila s skupno težo

do 3,5 T, te trditve pa s (spornim) vprašanjem, ali je naročnik ravnal pravilno, ko je ugotovil, da izbrani ponudnik izpolnjuje izpostavljeno zahtevo, niso v pravno relevantni povezavi.

Kot se je – ne glede na splošno izjavo izbranega ponudnika o razpolaganju s predpisanim številom zahtevanih delovnih strojev in opreme, podano na obrazcu »Izjava 18.4« – izkazalo na podlagi prometnih dovoljenj, ki jih je v postopku pravnega varstva predložil izbrani ponudnik sam, slednji z vozili, za katera je predložil prometna dovoljenja, zahteve po razpolaganju s štirimi tovornimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T) ne izpolnjuje.

Državna revizijska komisija zato ob upoštevanju vsega navedenega zaključuje, da naročnik ni ravnal v skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ko je za stranko okvirnega sporazuma izbral ponudnika, ki zahteve po razpolaganju s štirimi tovornimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T) ne izpolnjuje (z vozili, za katera je predložil prometna dovoljenja).

Državna revizijska komisija je v nadaljevanju obravnavala navedbe vlagatelja v zvezi z naročnikovo zahtevo glede delovnih ekip.

Naročnik je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, v poglavju »16 Minimalne tehnične zahteve predmeta javnega naročila«, (med drugim) določil:

»Ponudnik mora imeti najmanj šest (6) popolnoma usposobljenih in opremljenih delovnih ekip. Ekipa mora biti sestavljena z najmanj tremi (3) delavci za izvajanje gradbenih - zemeljskih del in za upravljanje z gradbeno mehanizacijo. Ekipa mora imeti znanje s področja gradnje vodovodnega omrežja in ostale komunalne infrastrukture.«

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da izbrani ponudnik citirane zahteve ne izpolnjuje, saj nima zaposlenih 18 delavcev, ki bi bili usposobljeni za izvajanje gradbeno - zemeljskih del in za upravljanje z gradbeno mehanizacijo, prav tako pa nima zaposlenih 18 delavcev, ki bi imeli znanje s področja gradnje vodovodnega omrežja in ostale komunalne infrastrukture. Še več, zatrjuje vlagatelj, izbrani ponudnik nima niti enega delavca, ki bi bil usposobljen za upravljanje oziroma rokovanje s komoro za asfalt. Po navedbah vlagatelja izbrani ponudnik za izvedbo projektov delavce običajno pridobiva kot agencijske delavce ali na podlagi dogovora s sestrskimi oziroma hčerinskimi družbami, vendar v konkretnem primeru izbrani ponudnik ne nastopa s podizvajalci, ki bi mu zagotavljali delovno silo, prav tako se v tej zvezi ne sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov. Po mnenju vlagatelja je zato jasno, da izbrani ponudnik izpostavljeno zahtevo izpolnjuje z lastnimi zaposlenimi delavci. Ker pa zaposlenih delavcev, ki bi bili usposobljeni za izvedbo javnega naročila, po prepričanju vlagatelja nima dovolj, obravnavane zahteve ne izpolnjuje, njegova ponudba pa je zato nedopustna.

Ob upoštevanju predstavljenih navedb se Državna revizijska komisija ne more strinjati z zatrjevanjem naročnika, da so navedbe, ki jih vlagatelj v zahtevku za revizijo podaja v zvezi z izpostavljeno zahtevo, pavšalne in kot takšne neutemeljene. Vlagatelj namreč v zahtevku za revizijo konkretizirano navaja, da izbrani ponudnik nima 18 zaposlenih delavcev, ki bi bili usposobljeni za izvajanje gradbeno - zemeljskih del in za upravljanje z gradbeno mehanizacijo, prav tako pa konkretizirano navaja, da nima 18 zaposlenih delavcev z znanjem s področja gradnje vodovodnega omrežja in ostale komunalne infrastrukture. Vlagatelj tudi pojasni, zakaj konkretno meni, da izbrani ponudnik zahtevanega števila usposobljenih delavcev nima zaposlenih – zatrjuje namreč, da izbrani ponudnik delavce za izvedbo projektov običajno pridobiva od drugih družb. V nadaljevanju vlagatelj tudi utemelji, zakaj meni, da bi delavci za sestavo zahtevanih ekip morali biti zaposleni pri izbranem ponudniku.

V zvezi z očitkom vlagatelja, da je naročnik – glede na navedeno – ravnal nepravilno, ko je zaključil, da izbrani ponudnik zahtevo v zvezi z delovnimi ekipami izpolnjuje, naročnik v sklepu o zavrnitvi zahtevka za revizijo sam priznava, da navedb v ponudbi izbranega ponudnika z vidika izpolnjevanja izpostavljene zahteve ni preverjal.

Resda iz določbe tretjega odstavka 47. člena ZJN-3 izhaja, da naročniku v postopku naročila male vrednosti ni treba preveriti obstoja in vsebine navedb v ponudbi. Vendar je potrebno izpostaviti, da je to zgolj možnost, ki jo zakon daje naročniku, naročnik pa jo lahko po lastni presoji uporabi ali pa tudi ne. Četudi ZJN-3 naročniku daje podlago, da mu v postopku naročila male vrednosti ni treba preveriti obstoja in vsebine navedb v ponudbi, pa mu po drugi strani (tudi v postopku naročila male vrednosti) ne daje podlage za to, da javno naročilo odda ponudniku (oziroma za stranko okvirnega sporazuma izbere ponudnika), čigar ponudba ni skladna z zahtevami iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in je kot taka nedopustna (prim. prvi odstavek 89. člena ZJN-3). To pomeni, da lahko naročnik javno naročilo odda zgolj ponudniku, čigar ponudba je dopustna, in sicer ne glede na to, ali je v postopku naročila male vrednosti preverjal obstoj in vsebino navedb v ponudbi ali ne. V kolikor se torej naročnik v postopku naročila male vrednosti odloči, da vsebine in navedb v ponudbi ne bo preverjal, s tem prevzame tudi tveganje, da bo vlagatelj v postopku pravnega varstva uspel izkazati, da je ponudba izbranega ponudnika nedopustna, s tem pa posledično tudi, da je naročnik ravnal v nasprotju s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3, ko je javno naročilo oddal ponudniku, čigar ponudba ni skladna z zahtevami iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Četudi naročnik v konkretnem primeru priznava, da navedb v ponudbi izbranega ponudnika z vidika izpolnjevanja izpostavljene zahteve ni preverjal, se z namenom dokazovanja, da izbrani ponudnik izpolnjuje zahtevo glede delovnih ekip, sklicuje na dokaze, ki jih je v tej zvezi v vlogi z dne 27. 3. 2023 predlagal izbrani ponudnik, izvedbo teh dokazov pa predlaga tudi vlagatelj.

Državna revizijska komisija je zato vpogledala v seznam delavcev, ki ga je predložil izbrani ponudnik. Na podlagi pregleda navedenega seznama Državna revizijska komisija ugotavlja, da gre za (nepodpisan) dokument (brez navedbe datuma nastanka), ki vsebuje (zgolj) tabelo z navedbo imen, priimkov ter delovnih mest 45 delavcev. Vendar zgolj navedba 45 delavcev, za katere izbrani ponudnik ne pojasni, v kakšnem razmerju je z njimi, še manj pa zatrjuje, da so pri njem zaposleni, še ne dokazuje, da zaposluje zadostno število usposobljenih delavcev za sestavo zahtevanih delovnih ekip. Vlagatelj ima namreč prav, ko zatrjuje, da bi moral imeti izbrani ponudnik delavce za izvedbo javnega naročila zaposlene, saj se v zvezi z izpolnjevanjem navedene zahteve – kot pokaže pregled ponudbe – ne sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov v smislu 81. člena ZJN-3.

Da izbrani ponudnik razpolaga z zadostnim številom usposobljenih delavcev za sestavo zahtevanih delovnih ekip, ni dokazano niti z vpogledom v dokumenta v zvezi z oddajo javnega naročila za obnovo vodovoda Vesna (tj. zapisnik o odpiranju ponudb z dne 30. 3. 2022 in gradbena pogodba, sklenjena dne 25. 5. 2022 med izbranim ponudnikom in naročnikom), ki ju je k vlogi z dne 27. 3. 2023 priložil izbrani ponudnik. Ob dejstvu, da navedena dokumenta navedb oziroma določb o delovnih ekipah, sestavljenih iz delavcev, zaposlenih pri izbranem ponudniku, ne vsebujeta, na podlagi navedenih dokumentov iz leta 2022 ni mogoče zaključiti niti, da je izbrani ponudnik v letu 2022 zaposloval zadostno število delavcev za sestavo šestih ekip po tri delavce z znanji, ki jih naročnik zahteva v tem postopku, še manj pa je na podlagi navedenih dokumentov iz leta 2022 mogoče zaključiti, da je izbrani ponudnik zadostno število delavcev za sestavo zahtevanih delovnih ekip zaposloval v času oddaje ponudbe v letu 2023, kot je to zahteval naročnik.

Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da ni mogoče zaključiti, da izbrani ponudnik zahtevo v zvezi z delovnimi ekipami izpolnjuje. Iz tega pa sledi, da je naročnik v konkretnem primeru preuranjeno zaključil, da je ponudba izbranega ponudnika skladna z zahtevami iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in posledično dopustna, s čimer je kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3.

Ker je Državna revizijska komisija že na podlagi navedenega ugotovila, da ni mogoče zaključiti, da izbrani ponudnik zahtevo v zvezi z delovnimi ekipami izpolnjuje, je zavrnila predlog vlagatelja, naj pozove izbranega ponudnika na predložitev pogodb o zaposlitvi 18 delavcev in na predložitev potrdil o njihovem zdravstvenem zavarovanju ter plačilnih list. Navedeni predlog je bil namreč podan z namenom dokazovanja, da izbrani ponudnik zahteve v zvezi z delovnimi ekipami ne izpolnjuje, posledično pa ne bi več mogel vplivati na drugačno odločitev Državne revizijske komisije.

Na koncu je Državna revizijska komisija obravnavala še med strankama nastali spor v zvezi z dokazovanjem izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, kot jih je v točkah 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila določil naročnik.

V okviru navedenih točk, umeščenih v poglavje »8 UGOTAVLJANJE SPOSOBNOSTI«, je naročnik določil naslednje pogoje za sodelovanje in glede njihovega izpolnjevanja zahteval naslednja dokazila:

»8.1.3 Pogoji za sodelovanje glede ekonomskega in finančnega položaja

1. Ponudnik na dan oddaje ponudbe na transakcijskih računih nima neporavnanih obveznosti.

DOKAZILA:

Izpolnjen obrazec ESPD (v »Del VI: Zaključek, Sklepne izjave, "Poleg tega podpisani uradno izjavljam/izjavljamo, da:".«) za vse gospodarske subjekte v ponudbi (vključno z podizvajalci).

8.1.4 Pogoji za sodelovanje glede tehnične in strokovne sposobnosti

1. Predmet tega javnega naročila bomo dobavili v skladu z veljavnimi zakoni, pravilniki in predpisi s področja, ki ga predmet naročila pokriva; veljavnimi tehničnimi predpisi in standardi ter pravili stroke.

DOKAZILA:

Izpolnjen obrazec ESPD (v »Del VI: Zaključek, Sklepne izjave, "Poleg tega podpisani uradno izjavljam/izjavljamo, da:".«) za vse gospodarske subjekte v ponudbi (vključno z podizvajalci). Naročnik si pridružuje pravico preveriti resničnost danih izjav.

8.1.5 Drugi pogoji

Ponudnik ni uvrščen v evidenco poslovnih subjektov iz 35. člena Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije (Uradni list RS, št. 69/1-UPB2) in mu ni na podlagi tega člena prepovedano poslovanje z naročnikom.

DOKAZILO:

Izpolnjen obrazec ESPD (v »Del VI: Zaključek, Sklepne izjave, "Poleg tega podpisani uradno izjavljam/izjavljamo, da:" .") za vse gospodarske subjekte v ponudbi (vključno z podizvajalci).«

Po zatrjevanju vlagatelja je izbrani ponudnik zase in za vse tri nominirane podizvajalce v ponudbi predložil obrazce ESPD, vendar v nobenem od predloženih obrazcev ESPD v »*Delu VI: Sklepne izjave*« niso zapisane izjave o izpolnjevanju pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5, kot je to zahteval naročnik. Ponudba izbranega ponudnika je zato po mnenju vlagatelja nedopustna in bi jo moral naročnik zavrniti.

Državna revizijska komisija na podlagi pregleda citiranih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pritrjuje vlagatelju, da je naročnik za vsakega izmed pogojev za sodelovanje iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5 kot dokazilo, da je pogoj izpolnjen, zahteval podajo ustrezne izjave na obrazcu ESPD, in sicer v »*Delu VI: Sklepne izjave*«, na mestu, kjer je zapisano »*Poleg tega podpisani uradno izjavljam/izjavljam, da*«.

Državna revizijska komisija pa se po drugi strani z vlagateljem ne more strinjati o tem, da je naročnik obrazec ESPD pripravil tako, da je bilo gospodarskim subjektom omogočeno na navedenem mestu v obrazcu ESPD vpisati zahtevane izjave v zvezi z izpolnjevanjem izpostavljenih pogojev. Pregled obrazca ESPD, ki je bil del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, namreč pokaže, da ima naročnik prav, ko zatrjuje, da obrazec ESPD, kot ga je pripravil sam, gospodarskim subjektom podaja izjav o izpolnjevanju pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5 (zaradi razlogov iz sfere naročnika, ki obrazca ESPD ni ustrezno pripravil) ni omogočal. To pomeni, da gospodarski subjekti izjav o izpolnjevanju pogojev zaradi tehnične neizvedljivosti sami niso mogli zapisati v zahtevani del obrazca ESPD.

Iz tega pa sledi, da nihče izmed gospodarskih subjektov – ne vlagatelj ne izbrani ponudnik – izpolnjevanja pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5 brez svoje krivde ni mogel dokazati z dokazilom, ki ga je v konkretnem primeru zahteval naročnik. Gospodarski subjekti torej zaradi okoliščin, na katere sami niso mogli vplivati, z obrazcem ESPD, ki je bil del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, niso mogli dokazati izpolnjevanja izpostavljenih pogojev. Ker obrazec ESPD, kot ga je pripravil naročnik, dokazovanja pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5 (zaradi razlogov iz sfere naročnika) ni omogočal, navedeni obrazec v konkretnem primeru ne more biti upošteven za presojo, ali so izpostavljeni pogoji izpolnjeni, posledično pa tudi ne more biti upošteven za presojo dopustnosti ponudb (v zvezi s pogoji iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5). Gospodarski subjekti – vključno z izbranim ponudnikom, ki je v ponudbi predložil ESPD tako zase kot tudi za nominirane podizvajalce – namreč ne morejo trpeti škode zgolj zato, ker naročnik obrazca ESPD ni pripravil na način, ki bi omogočal dokazovanje izpolnjevanja izpostavljenih pogojev.

Ker je bila podaja zahtevanih izjav na obrazcu ESPD edino dokazilo, ki ga je za dokazovanje pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5 zahteval naročnik, se za neutemeljeno izkaže vlagateljeva navedba o tem, da bi moral izbrani ponudnik (v kolikor zahtevanih izjav ni mogel vpisati v obrazec ESPD) izjave o izpolnjevanju izpostavljenih pogojev zapisati na ločenem obrazcu in ga predložiti v ponudbi. Naročnik ima namreč prav, ko navaja, da v zvezi z dokazovanjem izpolnjevanja pogojev za sodelovanje od ponudnikov ni mogoče zahtevati, da v ponudbi predložijo več oziroma (še) druga dokazila, ki niso bila zahtevana že v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Četudi naročnik pri pregledu in ocenjevanju ponudb v zvezi z dokazovanjem izpolnjevanja pogojev ne sme zahtevati dokazil, ki jih ni zahteval že v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, pa gre – v izogib nejasnostim – (zgolj) dodati, da navedeno ne velja za preverjanje obstoja in vsebine podatkov oziroma drugih navedb v ponudbi (prim. drugi odstavek 89. člena ZJN-3 in tretji odstavek 47. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija glede na vse navedeno zaključuje, da naročniku ni mogoče očitati, da ponudbe izbranega ponudnika ni kot nedopustne zavrnil zato, ker na obrazcih ESPD iz ponudbe izbranega ponudnika v »*Delu VI: Sklepne izjave*« niso zapisane izjave o izpolnjevanju pogojev iz točk 8.1.3, 8.1.4 in 8.1.5. Posledično se za pravno nepomembno izkaže vlagateljeva

navedba o tem, da gre pri pogoju iz točke 8.1.4 za izjavo poslovne volje, za katero ni mogoče objektivno preveriti, ali je obstajala v trenutku oddaje ponudbe, zato bi bila dopolnitev ponudbe izbranega ponudnika s predložitvijo zahtevane izjave iz točke 8.1.4 v nasprotju s petim odstavkom 89. člena ZJN-3. Ta navedba bi bila namreč lahko pravno pomembna (še)le v primeru, ko bi vlagatelj z obravnavanim očitkom uspel. Ker ni, se Državna revizijska komisija do vprašanja o dopustnosti dopolnjevanja ponudbe v tem delu ni opredeljevala.

Glede na obrazloženo Državna revizijska komisija zaključuje, da je naročnik s tem, ko je ponudbo izbranega ponudnika ocenil kot dopustno in je slednjega izbral kot stranko okvirnega sporazuma, kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3. V posledici navedenega je zato Državna revizijska komisija, na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevku za revizijo ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev o izbiri stranke okvirnega sporazuma, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, št. JN 01/2023-G-M-O z dne 16. 3. 2023.

Skladno z določili tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika napotuje, naj v primeru, če bo z obravnavanim postopkom oddaje javnega naročila nadaljeval, dopustnost ponudb presoja skladno z določbami ZJN-3 ter dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, pri čemer naj upošteva dejstvo, da je pomanjkljivost ponudbe izbranega ponudnika v zvezi z zahtevo po razpolaganju s štirimi tovornimi vozili (prekucniki skupne teže do 10 T) odpravljiva, vendar ne s sklicevanjem na zmogljivosti (tj. na ustrezna tovorna vozila) drugih subjektov. Glede zahteve v zvezi z delovnimi ekipami pa naj naročnik, v kolikor bo s postopkom oddaje javnega naročila nadaljeval, v okviru preverjanja ponudbe razjasni vprašanje, ali izbrani ponudnik zaposluje zadostno število usposobljenih delavcev, saj bo le tako mogoč zaključek o (ne)izpolnjevanju te zahteve.

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

Vlagatelj v zahtevku za revizijo in nadaljnjih vlogah uveljavlja tudi povračilo 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).

Ker je v konkretnem primeru zahtevek za revizijo utemeljen, je Državna revizijska komisija vlagatelju na podlagi 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: OT) kot potrebne priznala naslednje opredeljene navedene stroške:

- strošek odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo v višini 4.200 točk (tar. št. 44/1 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke 0,60 EUR in 22 % DDV (pooblaščenca odvetniška družba je zavezanka za plačilo DDV) znaša 3.074,40 EUR (razliko do priglašanih 9.000 točk je Državna revizijska komisija zavrnila, saj zanjo ni pravne podlage),
- izdatke v pavšalnem znesku v višini 52 točk (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk in 1 % od presežka nad 1.000 točk), izračunane v skladu s tretjim odstavkom 11. člena OT, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 38,06 EUR, ter
- strošek plačane takse za predrevizijski in revizijski postopek v višini 2.000,00 EUR.

Državna revizijska komisija pa vlagatelju ni priznala stroška odvetniških storitev za sestavo vloge z dne 11. 4. 2023, posledično pa tudi ne izdatkov za to 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. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašениh stroškov za pregled dokumentacije, saj so v tar. št. 43 OT opredeljene storitve, ki niso zajete že v drugih tarifnih številkah (gre torej za samostojne storitve). Ker pa sestava zahtevka za revizijo v konkretnem primeru ni bila mogoča brez pregleda dokumentacije, gre šteti, da so navedeni stroški zajeti že v strošku odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo (ne gre torej za samostojne storitve).

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju kot potrebne priznala stroške v višini 5.112,46 EUR, ki jih mora naročnik vlagatelju povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa (in ne od odločitve o zahtevku za revizijo, kot to brez pravne podlage zahteva vlagatelj), v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila.

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

Tudi izbrani ponudnik je zahteval povračilo stroškov, ki so mu nastali v postopku pravnega varstva. Državna revizijska komisija je zahtevo zavrnila, saj je ocenila, da v konkretnem primeru prispevek izbranega ponudnika k rešitvi zadeve ni bil bistven, navedbe v njegovi vlogi z dne 27. 3. 2023 pa niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve, zato stroški izbranega ponudnika niso bili potrebni (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednica senata:
Dr. Mateja Škabar,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročniku,
- vlagatelju – po pooblaščenju,
- izbranemu ponudniku,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.