

Številka: 018-067/2023-6

Datum: 26. 6. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Aleksandra Petrovčiča kot predsednika senata ter dr. Mateje Škabar kot članice senata in Marka Medveda kot člana senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Rekonstrukcija ceste in objektov na odseku AC A1 0038/0638 Slovenske Konjice - Dramlje od km 0.071 do km 9.000*«, na podlagi zahtevkov za revizijo vlagateljev (1) VOC Celje d.o.o., Lava 42, Celje, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji d.o.o., Brdnikova ulica 44, Ljubljana (v nadaljevanju: prvi vlagatelj) in (2) POMGRAD d.d., Bakovska ulica 31, Murska Sobota, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Cukrov o.p., d.o.o., Tivolska cesta 48, Ljubljana (v nadaljevanju: drugi vlagatelj), zoper ravnanje naročnika DARS d.d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik) dne 26. 6. 2023

odločila:

1. Obravnavanje zahtevkov za revizijo prvega in drugega vlagatelja se združi v en revizijski postopek.
2. Zahtevkoma za revizijo prvega in drugega vlagatelja se ugotovi in se razveljavi »**ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA**«, št. 313/2023-SPZJN/15-22-I, z dne 26. 4. 2023.
3. Naročnik je dolžan prvemu vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 31.661,20 EUR, in sicer v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva prvega vlagatelja se zavrne.
4. Naročnik je dolžan drugemu vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 31.634,85 EUR, in sicer v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo.
5. Zahteva izbranega ponudnika za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o naročilu je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno dne 24. 3. 2022, pod št. objave JN001880/2022-B01, s popravki, ter v Uradnem listu Evropske unije dne 25. 3. 2022, pod št. objave 2022/S 060-153954, s popravki.

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

Tako prvi kot drugi vlagatelj sta zoper naročnikovo odločitev o oddaji naročila z dne 26. 1. 2023 vložila zahtevek za revizijo. Državna revizijska komisija je obema zahtevkoma za revizijo ugodila in s »SKLEPOM« št. 018-027/2023-10 z dne 4. 4. 2023 naročnikovo odločitev o oddaji naročila z dne 26. 1. 2023 razveljavila.

Naročnik je dne 26. 4. 2023 na Portalu javnih naročil (pod št. objave JN001880/2022-ODL02) objavil »ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA«, št. 313/2023-SPZJN/15-22-I (v nadaljevanju: odločitev o oddaji naročila), s katero je javno naročilo ponovno oddal skupini ponudnikov (1) CGP, d.d., Novo mesto, (2) EURO-ASFALT d.o.o., Sarajevo, in (3) ISKRA, d.o.o., Ljubljana (v nadaljevanju: izbrani ponudnik).

Prvi vlagatelj je dne 11. 5. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga, naj se zahtevku ugotovi in razveljavi odločitev o oddaji naročila oz. podredno, naj se naročniku naloži odpravo kršitve na način, da se mu omogoči vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika ter dopolnitev ali spremembo zahtevka za revizijo. V vsakem primeru prvi vlagatelj predlaga, da se mu povrne priglašene stroške postopka pravnega varstva. Zatrjuje, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna in da bi jo moral naročnik zavrniti oz. izločiti. S tem v zvezi navaja, da:

- naročnik pri presoji dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika v delu, ki se nanaša na vlogo gospodarskega subjekta R., ni ravnal skladno s petim odstavkom 89. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3);
- partner EURO-ASFALT d.o.o., Sarajevo ne izpolnjuje referenčnih zahtev iz podtočke A) in B) v točki 4.2 d) dokumenta *Navodilo ponudniku za izdelavo ponudbe* (v nadaljevanju: dokument *Navodilo ponudniku*);
- je izbrani ponudnik nedopustno spremenil svojo ponudbo v delu, ki se nanaša na asfaltna dela partnerja EURO-ASFALT d.o.o., Sarajevo;
- obrazec ESPD partnerja ISKRA d.o.o., Ljubljana in vzorec pogodbe izbranega ponudnika nista notranje konsistentna v delu, ki se nanaša na podizvajalca T.;
- za izbranega ponudnika obstoji izključitveni razlog iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3.

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

Drugi vlagatelj je dne 11. 5. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga, naj se zahtevku za vpogled ugotovi in določi ustrezen rok za dopolnitev zahtevka za revizijo oz. da se zahtevku za

revizijo ugotovi in razveljavi odločitev o oddaji naročila. V vsakem primeru drugi vlagatelj predlaga, da se mu povrne priglašene stroške postopka pravnega varstva. Zatrjuje, da:

- naročnik pri presoji dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika v delu, ki se nanaša na vlogo gospodarskega subjekta R., ni ravnal skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3;
- je naročnik s pozivanjem izbranega ponudnika na dopolnitev ponudbe v delu, ki se nanaša na referenco partnerja EURO-ASFALT d.o.o., Sarajevo, za izvedbo veznih in obrabnih plasti asfalta, ter s sprejemom njegove dopolnitve ravnal v nasprotju s petim odstavkom 89. člena ZJN-3;
- je naročnik s pozivanjem izbranega ponudnika na dopolnitev ponudbe na način, da za partnerja EURO-ASFALT d.o.o., Sarajevo, predloži referenčna dela, ravnal v nasprotju s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, izbranemu ponudniku pa omogočil nedopustno spremembo ponudbe;
- je naročnik kršil 17. točko dokumenta *Navodila ponudniku*, ker je izbranemu ponudniku omogočil oddajo variantne ponudbe;
- je naročnik kršil 7. člen ZJN-3, ker je dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila razlagal na način, ki je v škodo vlagatelja in v korist izbranega ponudnika;
- za izbranega ponudnika obstoji izključitveni razlog iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3.

Drugi vlagatelj zatrjuje tudi kršitev pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika, v zvezi s čimer poudarja, da mu je naročnik posredoval izjemno omejeno kopijo ponudbe izbranega ponudnika, s pozivi in odgovori. Vlagatelj poudarja, da je zelo jasno navedel, v katere dele ponudbe želi vpogledati in meni, da bi mu moral naročnik omogočiti vpogled v vse elemente dokumentacije izbranega ponudnika, ki lahko vplivajo na njegovo izbiro, ne pa zgolj slediti oznaki poslovna skrivnost (s tem v zvezi se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-232/2017). Dodaja, da je prekrivanje celotnih dokumentov nezakonito, saj vlagatelju niti ni znano, za kakšen dokument sploh gre. V izogib pretiranemu ponavljanju se vlagatelj s tem očitkom v zvezi sklicuje na navedbe, ki jih je podal v zahtevku za revizijo zoper naročnikovo prvo odločitev o oddaji naročila z dne 26. 1. 2023.

Izbrani ponudnik se je o zahtevkih za revizijo izjasnil z vlogama z dne 19. 5. 2023. Navedbam prvega in drugega vlagatelja nasprotuje in navaja, da prvi vlagatelj zatrjuje iste kršitve kot v predhodnem zahtevku za revizijo oz. ne zatrjuje, da gre za iste kršitve, ki jih je naročnik ponovil, zaradi česar procesna predpostavka za vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo prvega vlagatelja ni podana.

Naročnik je dne 31. 5. 2023 zahtevek za revizijo prvega vlagatelja zavrnil z dokumentom »ODLOČITEV«, št. 313/23-000015/22-rev-V-II, zahtevek za revizijo drugega vlagatelja pa z dokumentom »ODLOČITEV«, št. 3.1.3./2023-SPZJN/15-22-rev-P-II, v katerih pojasnjuje, zakaj očitki vlagateljev niso utemeljeni; zavrnil je tudi zahtevi vlagateljev za povračilo stroškov postopka pravnega varstva.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 5. 6. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Prvi vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 5. 6. 2023. Vztraja pri navedbah, dejstvih, dokazih in kršitvah iz zahtevka za revizijo ter se opredeljuje do navedb naročnika; zahteva povračilo nadaljnjih stroškov postopka pravnega varstva.

Drugi vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 5. 6. 2023. Prereka vse navedbe naročnika; zahteva povračilo nadaljnjih stroškov postopka pravnega varstva.

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

I.

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

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

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

II.

Izbrani ponudnik v vlogi z dne 19. 5. 2023 izraža pomislek, da v zvezi z zahtevkom za revizijo prvega vlagatelja obstoji omejitev iz prvega odstavka 16. člena ZPVPJN. Navaja, da prvi vlagatelj v obravnavanem zahtevku za revizijo, glede na zahtevek za revizijo zoper predhodno odločitev naročnika, ne zatrjuje, da gre za druge (nove) kršitve naročnika in tudi ne zatrjuje, da gre za iste kršitve, ki jih je naročnik ponovil, zato meni, da prvi vlagatelj teh kršitev v obravnavanem postopku ne more uveljavljati.

V zvezi z navedbami izbranega ponudnika, da prvi vlagatelj ne zatrjuje, da ne obstojijo omejitve zahtevka za revizijo iz prvega odstavka 16. člena ZJN-3, Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da je naročnik po prejemu zahtevka za revizijo, skladno s prvim odstavkom 26. člena ZPVPJN, dolžan opraviti predhodni preizkus zahtevka za revizijo in preveriti, ali zahtevek za revizijo izpolnjuje vse procesne pogoje (prim. smis. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-225/2018, 018-208/2019, 018-069/2022), pri tem pa ni vezan na morebitno vlagateljevo (izrecno) zatrjevanje ali utemeljitev procesnih pogojev. Iz 15. člena ZPVPJN, ki določa obvezne sestavine zahtevka za revizijo, namreč ne izhaja, da bi bil vlagatelj v zahtevku za revizijo obstoj procesnih predpostavk dolžan zatrjevati in utemeljiti.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da ZPVPJN v prvem odstavku 16. člena določa, da vlagatelj, če je v postopku oddaje javnega naročila že vložil zahtevek za revizijo in je bilo o njem že odločeno ali ga je umaknil, v morebitnih pozneje vloženi zahtevkih v istem ali ponovljenem postopku oddaje javnega naročila ali v primeru, ko naročnik nadaljuje ta postopek z novim postopkom v okoliščinah, opredeljenih v prvem odstavku 16. člena ZPVPJN, ne more več navajati istih kršitev ali drugih kršitev iz te faze postopka oddaje javnega naročila, ki so mu bile ali bi mu morale biti znane že ob vložitvi prvega zahtevka, razen če naročnik ni upošteval odločitve Državne revizijske komisije ali če ponavlja isto kršitev.

Kot uvodoma že pojasnjeno, je naročnik v obravnavanem postopku oddaje javnega naročila najprej sprejel odločitev z dne 26. 1. 2023, s katero je javno naročilo oddal izbranemu ponudniku. Prvi in drugi vlagatelj sta zoper navedeno odločitev vložila zahtevek za revizijo. Obema zahtevkoma za revizijo je Državna revizijska komisija ugodila (sklep št. 018-027/2023-10 z dne

4. 4. 2023) in odločitev naročnika z dne 26. 1. 2023 razveljavila, ker je (med drugim) ugotovila, da naročnik ni ravnal pravilno, ko je ponudbo izbranega ponudnika, kljub neskladnosti v delu, ki se nanaša na vlogo gospodarskega subjekta R., ocenil kot dopustno in mu oddal javno naročilo. Naročnik je dne 26. 4. 2023 sprejel novo, izpodbijano odločitev o oddaji naročila, s katero je javno naročilo (ponovno) oddal izbranemu ponudniku. Iz nje (med drugim) izhaja, da je izbranega ponudnika pozval na pojasnilo vloge gospodarskega subjekta R. v ponudbi, da je prejeto pojasnilo sprejel kot ustrezno in da je ponudbo izbranega ponudnika ocenil kot dopustno. To naročnikovo ravnanje z zahtevkom za revizijo kot kršitev v konkretnem postopku uveljavlja prvi vlagatelj. Prvi vlagatelj, ki v zahtevku za revizijo naročniku očita, da njegova ocena o dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika iz več razlogov ni pravilna, med drugim namreč zatrjuje, da naročnik presoje dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika v delu, ki se nanaša na vlogo gospodarskega subjekta R. v njegovi ponudbi, ni opravil skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3.

Ne glede na to, ali bi bilo potrebno ugotoviti, da prvi vlagatelj s tem zatrjuje drugo (novo) kršitev naročnika (zaradi razveljavitve predhodne odločitve je namreč naročnik izvedel nov pregled in ocenjevanje ponudbe in sprejel novo odločitev, na to fazo pa je vezano novo ravnanje naročnika) ali pa, da prvi vlagatelj sicer zatrjuje isto kršitev naročnika, a da jo naročnik ponavlja, po presoji Državne revizijske komisije ni mogoče zaključiti, da omejitev iz prvega odstavka 16. člena ZPVPJN, ki jo izpostavlja izbrani ponudnik, v konkretnem primeru obstoji. Ker ostalih očitkov, ki jih v zahtevku za revizijo zatrjuje prvi vlagatelj (kot bo razvidno iz nadaljevanja obrazložitve tega sklepa) Državna revizijska komisija vsebinsko ni obravnavala, navedbe izbranega ponudnika o neobstoju procesnih predpostavk za njihovo obravnavo niso relevantne.

III.

Prvi in drugi vlagatelj v zahtevkih za revizijo zatrujeta, da naročnik pri presoji dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika v delu, ki se nanaša na vlogo gospodarskega subjekta R., ni ravnal skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, ki ureja dopolnjevanje, popravljanje ali pojasnjevanje ponudb.

Prvi vlagatelj uvodoma povzema ugotovitve Državne revizijske komisije v sklepu št. 018-027/2023-10 in zatrjuje, da je Državna revizijska komisija spoznala ponudbo izbranega ponudnika za kategorično nedopustno in njenega dopolnjevanja ni dopustila.

V zvezi s pojasnilom vloge gospodarskega subjekta R. v ponudbi, ki ga je izbrani ponudnik podal na poziv naročnika (da je šlo za pisno napako), zatrjuje, da »pisna napaka« po ZJN-3 ne obstaja in da do take napake ne more priti pri vprašanju, ali določen gospodarski subjekt nastopa v ponudbi kot podizvajalec ali ne; opozarja, da v pojasnilu izbrani ponudnik ni pojasnil vloge gospodarskega subjekta R. v ponudbi niti ni pojasnil, kako je do »pisne napake prišlo«. Svojo ponudbo je izbrani ponudnik nedopustno spremenil s tem, ko je po poteku roka za oddajo ponudb odločil, da gospodarski subjekt R. v njegovi ponudbi več ne nastopa kot nominiran podizvajalec.

Prvi vlagatelj opozarja, da vprašanje, kateri gospodarski subjekt nastopa kot podizvajalec v ponudbi izbranega ponudnika, predstavlja vprašanje volje oz. poslovne odločitve ponudnika, obstoja katere pred potekom roka za prejem ponudb ni mogoče objektivno preveriti. Taka sprememba ponudbe izbranega ponudnika presega dopusten obseg sprememb glede na določbo petega odstavka 89. člena ZJN-3. S tem v zvezi prvi vlagatelj izpostavlja

- odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-115/2022, 018-062/2022, 018-131/2020, 018-090/2020, 018-194/2018, 018-098/2017, 018-084/2020, 018-042/2018;
- odločitve sodišča EU v zadevah C-599/10, C-336/12, C-324/14, C-387-14, C-131/16;
- sodbo Upravnega sodišča I U 863/2021-21 z dne 11. 10. 2021.

Nazadnje prvi vlagatelj opozarja še na določilo tretjega odstavka 67. člena ZJN-3 in zatrjuje, da je naročnik s sprejemom izpodbijane odločitve izbranemu ponudniku dopustil spreminjanje predloženega vzorca pogodbe.

Drugi vlagatelj uvodoma povzema ugotovitve Državne revizijske komisije v sklepu št. 018-027/2023-10 in določbe petega odstavka 89. člena ZJN-3 ter zatrjuje, da je naročnik s tem, ko je izbranega ponudnika pozval na pojasnilo vloge gospodarskega subjekta R. v ponudbi, ravnal v nasprotju s petim odstavkom 89. člena ZJN-3. Zatrjuje, da se lahko pojasnilo nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je mogoče objektivno preveriti in da pomanjkljivosti glede priglašene podizvajalca skladno z navedenim ni mogoče odpraviti. S tem v zvezi izpostavlja odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-038/2023 in 018-115/2022. Ker podatek o obsegu javnega naročila, oddanega v podizvajanje, ni tak element ponudbe, katerega obstoj bi bilo mogoče objektivno preveriti pred iztekom roka za predložitev ponudb, dopolnitev le-tega skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 ni dopustna.

Izbrani ponudnik v zvezi z očitki prvega in drugega vlagatelja navaja, da Državna revizijska komisija v sklepu št. 018-027/2023-10 ni ugotovila, da je njegova ponudba kategorično nedopustna in tudi ni zaključila, da ugotovljena pomanjkljivost predstavlja takšne vrste napako v ponudbi, ki je z uporabo instituta dopolnitve oz. pojasnila ponudbe ni mogoče odpraviti. Naročnik je s pozivom izbranega ponudnika k pojasnilu ponudbe sledil navodilu Državne revizijske komisije, določilom ZJN-3 in praksi Sodišča EU, v odgovoru na poziv pa je izbrani ponudnik brez dvoma pojasnil vlogo gospodarskega subjekta R. v ponudbi s tem, ko je navedel, da R. v ponudbi ne nastopa in da je pri zapisu v 7. členu vzorca pogodbe prišlo do očitne pisne napake, kar je odpravil s posredovanjem popravljenega dela vzorca pogodbe.

Izbrani ponudnik pojasnjuje, da vodilni partner ne nastopa s podizvajalcem in tudi nikoli ni nastopal, kar jasno in nedvoumno izhaja iz celotne vsebine ponudbe, v kateri izbrani ponudnik ni predložil nobenega dokazila oz. obrazca, ki jih je za podizvajalce v točki 5 dokumenta *Navodila ponudnikom* zahteval naročnik, in da ni mogoče šteti, da je jasno izražena volja vodilnega partnerja in gospodarskega subjekta R. o tem, da slednji sodeluje v ponudbi kot podizvajalec, kar je mogoče objektivno preveriti v času pred oddajo ponudbe z vpogledom v ponudbi predloženo dokumentacijo. Meni, da praksa Državne revizijske komisije in Upravnega sodišča, na katero se sklicujeta prvi vlagatelj in drugi vlagatelj, za konkreten primer ni relevantna, saj obravnava drugačno dejansko stanje, kot je konkretno.

Izbrani ponudnik zatrjuje, da pojasnilo ponudbe oz. dopolnitev osnutka pogodbe na način, da se navedba gospodarskega subjekta R. črta, ni sporna glede na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-142/2020, saj je dejansko stanje smiselno enako, le da podatki v ponudbi ne manjkajo, pač pa so odveč. Pripominja tudi, da je Državna revizijska komisija v sklepu št. 018-027/2023-10 napako v označbi podizvajalcev v obrazcu ESPD drugega partnerja štela za nebistveno napako, zato je naročnik (ob uporabi argumenta *a simili ad simile*), po prejemu pojasnila s strani izbranega ponudnika, lahko z gotovostjo zaključil, da gre tudi v primeru navedbe gospodarskega subjekta R. v vzorcu pogodbe za nebistveno napako.

Izbrani ponudnik navaja, da je namen določbe petega odstavka 89. člena ZJN-3 doseči, da se iz postopka javnega naročanja izločajo samo tiste ponudbe, ki ne omogočajo izpolnitve javnega naročila in da upošteva sodbo Sodišča EU v zadevi št. C-395/18 in drugi odstavek 81. člena ZJN-3 naročnik ponudnika ne sme samodejno izključiti iz postopka javnega naročanja, če le-ta ne izpolnjuje izključitvenih razlogov. Ker je v konkretnem primeru naročnik ugotovil, da je izbrani ponudnik v vzorcu pogodbe sicer navedel podizvajalca, a ga ni prijavil, je naročnik v nadaljevanju preveril, ali lahko izbrani ponudnik javno naročilo izvede sam, in na podlagi prejetega pojasnila

ugotovil, da bo vodilni partner dela izvedel sam, s svojimi sredstvi, in da glede prevzetih del izpolnjuje vse zahtevane pogoje.

Izbrani ponudnik kot neutemeljen zavrača še očitke prvega vlagatelja o naročnikovi kršitvi določbe tretjega odstavka 67. člena ZJN-3 in pojasnjuje, da zakonsko določilo ne govori o osnutku pogodbe, ki je bil sestavni del oddane ponudbe, ampak o osnutku pogodbe iz razpisne dokumentacije, ta pa navedbe gospodarskega subjekta R. ne vključuje.

Naročnik navedbam prvega in drugega vlagatelja nasprotuje in uvodoma poudarja, da Državna revizijska komisija v odločitvi v sklepu št. 018-027/2023-10 glede ponudbe izbranega ponudnika ni ugotovila, da je kategorično nedopustna, je pa naročnika napotila, naj ugotovljeno nejasnost v njej odpravi. Naročnik je to storil in s tem sledil odločitvi Državne revizijske komisije. Naročnik izbranega ponudnika ni pozval na predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravke ali pojasnilo informacije ali dokumentacije, ki se nanaša na takšne elemente ponudbe, katerih obstoja pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, ne bi bilo mogoče preveriti in s sprejemom pojasnila ni povzročil spremembe ponudbe izbranega ponudnika (na tem mestu naročnik navaja, da drugi vlagatelj pojasnila izbranega ponudnika ne šteje za sporne). Spoštoval je temeljna načela javnega naročanja in se v škodo ostalih ponudnikov z izbranim ponudnikom ni zaupno pogajal o ponudbi. Zatrjuje, da bi ob uporabi analogije iz drugega odstavka 81. člena ZJN-3 veljalo, da naročnik lahko oz. celo mora pozvati ponudnika k pojasnilu statusa subjekta, za katerega obstaja dvom, ali je sploh nominiran izvajalec v ponudbi. Meni, da praksa Državne revizijske komisije in Upravnega sodišča, na katero se sklicujeta prvi vlagatelj in drugi vlagatelj za konkreten primer ni relevantna, saj obravnava drugačno dejansko stanje, kot je konkretno.

Naročnik izpostavlja, da razlago pravil ZJN-3 usmerja tudi načelo sorazmernosti, ki omejuje vlogo formalnosti in strogosti v javnem naročanju, kar pomeni, da mora naročnik stremeti k pridobitvi konkurenčnih ponudb in zato omogočati odpravo pomanjkljivosti (s tem v zvezi izpostavlja sodbo Sodišča EU v zadevi št. T-195/08), pa tudi, da je odločitev o dovoljenih popravkih (omejena) diskrecijska pravica naročnika (s tem v zvezi naročnik izpostavlja odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-031/2021).

Zatrjuje tudi, da je izbrani ponudnik naročniku v pojasnilu potrdil to, kar je že obstajalo v času oddaje ponudbe in s pojasnilom ni posegel v svojo ponudbo na način, ki bi presegal zakonsko dopusten obseg sprememb. Pojasnilo izbranega ponudnika, tj. da je poslovna odločitev, da z gospodarskim subjektom R. ne sodeluje, obstajala že v trenutku poteka roka za oddajo ponudb, je objektivno preverljivo, saj se nanaša izključno na podatke iz ponudbe, ki so preverljivi in so obstajali že pred tem rokom, tj. da vodilni partner izbranega ponudnika v ponudbi ni navedel nobenega podizvajalca in posledično tudi ne dela javnega naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje; da ni navedel kontaktnih in drugih zahtevanih podatkov o podizvajalcih, ker jih ni predlagal; da ni predložil izpolnjenih obrazcev ESPD teh podizvajalcev, ker z njimi v ponudbi ne nastopa; da ni predložil zahteve podizvajalca za neposredno plačilo; da ni predložil obrazca »Podatki o podizvajalcu«, ker v ponudbi z njimi ne nastopa. Vsled navedenega po mnenju naročnika ni mogoče šteti, da izbrani ponudnik v ponudbi nastopa s podizvajalcem R., pa tudi ni mogoče šteti, da je jasno izražena volja tako vodilnega partnerja kot gospodarskega subjekta R. o tem, da slednji sodeluje kot podizvajalec.

Naročnik na navedbe prvega vlagatelja odgovarja še, da izbranega ponudnika ni pozval na pojasnilo, kako je prišlo do pisne napake, ampak na pojasnilo vloge gospodarskega subjekta R. v ponudbi, kar je izbrani ponudnik tudi storil. Če bi ravnal drugače, bi samovoljno podal dodatna pojasnila, ki jih naročnik ni zahteval. Zatrjuje, da besedna zveza »pisna napaka«, ki izhaja iz odgovora izbranega ponudnika na poziv naročnika, pomeni dejansko (pisno) napako (celo

pomoto), ki ni bistvena za presojo dopustnosti njegove ponudbe in katere odprava ne spreminja ponujene cene ali tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila. Poudarja, da izbrani ponudnik ves čas, konsistentno, že od izjasnitve, podane v prejšnjem postopku pravnega varstva, navaja enako. Dodaja, da je na podlagi pojasnila izbranega ponudnika, upošteva stališče Državne revizijske komisije iz sklepa št. 018-027/2023-10, da napačna označba glede podizvajalcev v obrazcu ESPD drugega partnerja predstavlja ne bistveno napako, z gotovostjo zaključil, da gre tudi v primeru navedbe gospodarskega subjekta R. v vzorcu pogodbe za ne bistveno napako.

Kot neutemeljene nazadnje naročnik zavrača še navedbe prvega vlagatelja o kršitvi določbe tretjega odstavka 67. člena ZJN-3, saj se določba nanaša na trenutek podpisovanja pogodbe o izvedbi javnega naročila in ne na vzorec pogodbe, predložen v oddani ponudbi.

Prvi vlagatelj v vlogi z dne 5. 6. 2023 nasprotuje navedbam naročnika. Dodaja, da iz sklepa št. 018-027/2023-10 ne izhaja, da sme naročnik izbranega ponudnika pozivati na dopolnitev ponudbe, še manj, da sme spreminjati svojo ponudbo. S tem, ko se izbrani ponudnik in naročnik v zvezi s pomanjkljivostjo ponudbe izbranega ponudnika sklicujeta na »pisno napako«, se dejansko sklicujeta na »očitno napako«, ki - po presoji Državne revizijske komisije iz navedene odločitve - to ne more biti. Vlagatelj še opozarja, da naročnik v postopku pravnega varstva ne govori več o »pisni napaki« v ponudbi izbranega ponudnika, pač pa o »ne bistveni napaki«. Naročnik je izrecno zahteval, da mora biti ponudba skladna z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, brez kakršnihkoli odstopanj, izbrani ponudnik pa take ponudbe ni oddal. Da odločitev o nastopanju s podizvajalci v ponudbi predstavlja poslovno odločitev ponudnika in ne naročnika, vlagatelj dodatno zatrjuje ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-038/2023. Prvi vlagatelj zaključuje, da napaka v delu, ki se nanaša na vprašanje, ali ponudnik nastopa s podizvajalcem ali ne, ne more biti očitna, še manj pa ne bistvena.

Drugi vlagatelj v vlogi z dne 5. 6. 2023 v celoti prereka navedbe naročnika. Vztraja pri navedbah, da naročnik izbranega ponudnika ne bi smel pozvati k pojasnilu ponudbe in da pomanjkljive ponudbe glede priglašenega podizvajalca ni mogoče odpraviti, saj pojasnila ni mogoče objektivno preveriti za čas pred rokom za oddajo ponudb. S tem ravnanjem je naročnik izbranega ponudnika očitno privilegiral in kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3). Naročnikovo stališče o upravičenosti pozivati izbranega ponudnika na pojasnilo označuje za neutemeljeno in opozarja, da Državna revizijska komisija v sklepu št. 018-027/2023-10 naročniku takega ravnanja ni naložila.

V obravnavanem primeru je med vlagateljema in naročnikom spor o tem, ali je naročnik ravnal pravilno, ko je (po razveljavitvi odločitve o oddaji naročila z dne 26. 1. 2023 s strani Državne revizijske komisije) izbranega ponudnika pozval na pojasnilo vloge gospodarskega subjekta R. v ponudbi, sprejel njegovo pojasnilo za ustrezno in ponudbo izbranega ponudnika (ponovno) ocenil kot dopustno. Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo drugega vlagatelja sicer trdi, da drugi vlagatelj kot spornega šteje le naročnikov poziv izbranemu ponudniku na pojasnilo ponudbe, ne pa tudi pojasnila samega, vendar Državna revizijska komisija ugotavlja, da (zgoraj predstavljene) navedbe drugega vlagatelja iz zahtevka za revizijo trditve naročnika ne potrjujejo.

Kot že navedeno, je v obravnavani zadevi Državna revizijska komisija že odločala in sprejela sklep št. 018-027/2023-10 z dne 4. 4. 2023, s katerim je razveljavila naročnikovo odločitev o oddaji naročila št. 313/2022-SPZJN/15-22 z dne 26. 1. 2023, s katero je naročnik predmetno javno naročilo oddal izbranemu ponudniku. V navedenem sklepu je Državna revizijska komisija (med drugim) ugotovila, da v ponudbi izbranega ponudnika obstoji neskladje glede vloge gospodarskega subjekta R. oz. neskladje glede vprašanja, ali je ta gospodarski subjekt nominiran kot podizvajalec vodilnega partnerja ali ne, zaradi česar naročnik ni imel podlage za ugotovitev,

da je ponudba izbranega ponudnika dopustna. S tem, ko je Državna revizijska komisija zgoraj navedeno odločitev naročnika o oddaji naročila z dne 26. 1. 2023 razveljavila, se je postopek oddaje javnega naročila vrnil v fazo pregleda in ocenjevanja ponudb.

Kot je razvidno iz odstopljene dokumentacije, je naročnik v nadaljevanju postopka oddaje predmetnega javnega naročila izbranemu ponudniku posredoval dokument z dne 12. 4. 2023, v katerem je (kar je relevantno za obravnavano zadevo) naročnik navedel »V ponudbi ste predložili izpolnjen obrazec vzorec pogodbe [...], v katerem ste v 7. členu v rubriki »Nominiran v ponudbi s strani (v primeru oddaje skupne ponudbe je potrebno navesti partnerja, ki je nominiral podizvajalca v ponudbi):« navedli [...] R. d.o.o. s pripisom »nominiran s strani vodilnega partnerja CGP d.d.« [...] [...] za gospodarski subjekt R. d.o.o. v ponudbi niste predložili nobenih dokazil.«. V nadaljevanju dokumenta je naročnik izbranega ponudnika pozval »pojasnite vlogo gospodarskega subjekta R. d.o.o. v ponudbi«.

Na podlagi navedenega poziva je izbrani ponudnik naročniku posredoval odgovor z dne 17. 4. 2023 in mu priložil popravljen vzorec pogodbe. V odgovoru je izbrani ponudnik navedel, da v ponudbi ni navedel nobenega podizvajalca, da ni navedel kontaktnih podatkov podizvajalca, da ni predložil izpolnjenih obrazcev ESPD tega podizvajalca, zahteve podizvajalca za neposredno plačilo, pa tudi ne obrazca *Podatki o podizvajalcu*. Izbrani ponudnik je dalje navedel, da »s predmetnim dopisom pojasnjujejo, da v predloženi ponudbi ne nastopamo s podizvajalcem R., kar je razvidno iz okoliščine, da zgoraj navedene dokumentacije (dokumentacije iz točke 5 dokumenta *Navodila ponudnikom*, op. Državne revizijske komisije), ki je bila zahtevana za primer nastopa s podizvajalcem, nismo predložili ob oddaji ponudbe«. Izbrani ponudnik je še poudaril, da je pri zapisu gospodarskega subjekta R. v vzorcu pogodbe prišlo do »pisne napake, katere odprava pa ne spreminja ponujene cene ali tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila.«

Ob predhodno opisanem dejanskem stanju je Državna revizijska komisija v nadaljevanju preverila, ali je naročnik s pozivanjem izbranega ponudnika na pojasnilo ponudbe v delu, ki se nanaša na vlogo gospodarskega subjekta R., ter s sprejemom njegovega pojasnila ravnal skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3.

Državna revizijska komisija uvodoma pojasnjuje, da v sklepu št. 018-027/2023-10 ni ugotovila, da je ponudba izbranega ponudnika »kategorično« nedopustna, kot zatrjuje prvi vlagatelj, pač pa je ugotovila, da je v njej pomanjkljivost, zaradi katere naročnik (še) ni mogel zaključiti, da je ponudba izbranega ponudnika dopustna. Dalje Državna revizijska komisija pojasnjuje, da se v navedenem sklepu ni opredelila do vprašanja, ali je dopolnjevanje, popravljanje ali pojasnjevanje ponudbe v pomanjkljivem delu dopustno in naročniku ni dala navodila, naj pri (ponovnem) pregledu in ocenjevanju ponudbe izbranega ponudnika tako ravna, pač pa je, v posledici ugotovljene neskladnosti v ponudbi izbranega ponudnika, pojasnila zakonsko predvidene možnosti ravnanja s pomanjkljivo ponudbo, v napotkih pa naročnika izrecno opozorila na omejitve takega ravnanja, določene v petem odstavku 89. člena ZJN-3.

V skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 lahko naročnik zahteva, v kolikor so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne, oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, da gospodarski subjekti v ustreznem roku predložijo manjkajoče dokumente ali dopolnijo, popravijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave ponudnikov in transparentnosti. Ista določba ZJN-3 med drugim določa tudi, da naročnik od gospodarskega subjekta zahteva dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam ter da se lahko predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije

nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj je pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, mogoče objektivno preveriti. Če gospodarski subjekt ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti. Očitne ali nebistvene napake naročnik lahko spregleda.

ZJN-3 v petem odstavku 89. člena torej dopušča naročniku, da v primeru, če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija nepopolne ali napačne oz. če posamezni dokumenti manjkajo, zahteva, da jih ponudnik v ustreznem roku predloži ali dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacijo, vendar je takšna zahteva dopustna (le) pod pogojem, da je popolnoma skladna z načelom enakopravne obravnave ponudnikov in načelom transparentnosti in da se predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je mogoče objektivno preveriti. Da je poprava oz. dopolnitev podatkov iz ponudbene dokumentacije možna, vendar v omejenem obsegu in pod pogojem, da gre za takšne elemente oz. podatke, katerih obstoj je pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb, mogoče objektivno preveriti, izhaja tudi iz prakse Sodišča EU (npr. v zadevi C-336/12, točka 39).

Odločitev ponudnika, če in s katerimi gospodarskimi subjekti bo nastopal na javnem naročilu ter kakšno vlogo jim bo dodelil oz. kakšno vlogo bodo ti gospodarski subjekti v njegovi ponudbi prevzeli, predstavlja poslovno odločitev ponudnika oz. odraža njegovo voljo. Državna revizijska komisija je že v svojih številnih odločitvah (npr. v odločitvah v zadevah št. 018-194/2018, 018-165/2020, 018-122/2021, 018-165/2021, 018-038/2023; nenazadnje tudi v zadevi št. 018-031/2021, na katero se sklicuje naročnik) zapisala, da volja ponudnika po naravi stvari ni objektivno preverljiva, razen, če je kje ustrezno (navzven) evidentirana oz. zapisana.

V konkretnem primeru izbrani ponudnik zatrjuje, da njegova volja glede vloge gospodarskega subjekta R. v ponudbi oz. njegova odločitev, da gospodarski subjekt R. v njegovi ponudbi ne nastopa (kot podizvajalec vodilnega partnerja) izhaja iz okoliščine, da vodilni partner v ponudbi ni navedel nobenega podizvajalca (in z njim povezanih zahtevanih podatkov), dalje pa tudi iz okoliščine, da se v ponudbi izbranega ponudnika za gospodarski subjekt R. ne nahaja dokumentacija, katere predložitev je sicer za primer nastopanja s podizvajalci v točki 5 dokumenta *Navodila ponudniku* zahteval naročnik. Zatrjuje tudi, da zapis gospodarskega subjekta R. v vzorcu pogodbe predstavlja pisno napako, katere odprava ne spreminja ponudbene cene ali tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta naročila.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da izbrani ponudnik in naročnik s tem, ko zatrujeta, da vpis gospodarskega subjekta R. v vzorcu pogodbe predstavlja »pisno napako«, dejansko zatrujeta obstoj očitne napake v ponudbi izbranega ponudnika. Da navedba gospodarskega subjekta R. v predloženem in izpolnjenem vzorcu pogodbe (ki je z vpisom vanj nedvomno postala del ponudbe, četudi vpis na tistem mestu, to je v 7. členu, ni bil zahtevan), ob upoštevanju okoliščine, da v ponudbi izbranega ponudnika ni druge dokumentacije, zahtevane za primer nastopanja s podizvajalci, ne pomeni očitne napake, je Državna revizijska komisija pojasnila že v sklepu št. 018-027/2023-10. Nejasnost v ponudbi izbranega ponudnika namreč ni (bila) taka, da bi lahko naročnik, zgolj na podlagi predložene vsebine ponudbe izbranega ponudnika na prvi pogled ugotovil, ali vodilni partner izbranega ponudnika na javnem naročilu nastopa s podizvajalcem (gospodarskim subjektom R.) ali ne.

Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da navedba izbranega ponudnika v pojasnilu z dne 17. 4. 2023, da vodilni partner v ponudbi ni navedel nobenega podizvajalca, ne drži, saj iz 7. člena vzorca pogodbe, ki jo je izbrani ponudnik predložil v ponudbi, jasno in nedvoumno izhaja, da je

kot nominiran podizvajalec vodilnega partnerja naveden gospodarski subjekt R. (tako izhaja tudi iz sklepa Državne revizijske komisije št. 018-027/2023-10). Tudi sicer gre ugotoviti, da zatrjevana odsotnost navedbe podatkov o gospodarskem subjektu R. kot podizvajalcu vodilnega partnerja na drugih mestih ponudbe (ob upoštevanju, da se v vzorcu pogodbe o tem nahaja izrecen zapis) ne izkazuje, da je volja izbranega ponudnika, da z gospodarskim subjektom R. v ponudbi ne nastopa, obstajala pred potekom roka, določenega za predložitev ponudb.

V zvezi z navedbo izbranega ponudnika v pojasnilu, da se v njegovi ponudbi za gospodarski subjekt R. ne nahaja dokumentacija, zahtevana v primeru nastopanja s podizvajalci, Državna revizijska komisija ugotavlja, da izbrani ponudnik s sklicevanjem na iste okoliščine, na podlagi katerih je bilo ugotovljeno, da je v ponudbi izbranega ponudnika pomanjkljivost, izkazuje obstoj volje, da v ponudbi z gospodarskim subjektom R. ne nastopa. Kot je Državna revizijska komisija ugotovila že v sklepu št. 018-027/2023-10, na podlagi vsebine ponudbe izbranega ponudnika ni bilo mogoče ugotoviti, ali je do napake prišlo v navedbi gospodarskega subjekta R. kot podizvajalca v 7. členu vzorca pogodbe (in gospodarski subjekt R. kot podizvajalec v ponudbi ne nastopa) ali pa je navedba v 7. členu vzorca pogodbe pravilna (in izbrani ponudnik za gospodarski subjekt R., v nasprotju z jasno zahtevo naročnika iz točke 5 dokumenta *Navodila ponudniku*, ni predložil zahtevane dokumentacije). Okoliščina, da se v ponudbi izbranega ponudnika ne nahaja dokumentacija za podizvajalca, zahtevana v točki 5 dokumenta *Navodila ponudniku* (sploh upošteva, da je v vzorcu pogodbe jasno zapisano, da je gospodarski subjekt R. nominiran kot podizvajalec vodilnega partnerja) torej nedvomno kaže na nejasnost v ponudbi izbranega ponudnika, ni pa mogoče na podlagi te okoliščine sklepati o tem, da je volja izbranega ponudnika, da v ponudbi z gospodarskim subjektom R. ne nastopa, obstajala pred potekom roka, določenega za predložitev ponudb.

Na podlagi vzorca pogodbe, ki ga je izbrani ponudnik priložil pojasnilu in za katerega izbrani ponudnik navaja, da je »ustrezno popravljen«, saj v 7. členu pogodbe gospodarski subjekt R. kot nominirani podizvajalec vodilnega partnerja ni (več) naveden, prav tako ni mogoče zaključiti, da je volja izbranega ponudnika, da gospodarski subjekt R. v njegovi ponudbi ne nastopa, obstajala pred potekom roka, določenega za predložitev ponudb.

Upošteva, navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da izbrani ponudnik v konkretnem primeru ni izkazal obstoja dejstev oz. okoliščin, ki bi omogočala objektivno preveritev, da je njegova volja, da v ponudbi ne nastopa z gospodarskim subjektom R., obstajala pred potekom roka, določenega za predložitev ponudb, teh pa ni ugotovila niti Državna revizijska komisija.

Ne glede na to, ali je naročnik v konkretnem primeru v ZJN-3 imel podlago, da je izbranega ponudnika pozval k pojasnilu neskladnosti v ponudbi, povezani z vlogo gospodarskega subjekta R., Državna revizijska komisija (upošteva vse predhodno pojasnjeno) ugotavlja, da naročnik ni ravnal pravilno in skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, ko je podano pojasnilo izbranega ponudnika sprejel kot ustrezno, saj v njem izbrani ponudnik obstoja volje, da v ponudbi ne nastopa z gospodarskim subjektom R., pred potekom roka, določenega za predložitev ponudb, na objektivno preverljiv način ni izkazal.

Ugotovljenega ne spremenijo navedbe izbranega ponudnika in naročnika o tem, da je naročnik po prejemu pojasnila izbranega ponudnika lahko z gotovostjo zaključil, da navedba gospodarskega subjekta R. v vzorcu pogodbe predstavlja nebitveno napako. Ker na podlagi pojasnila izbranega ponudnika naročnik ni mogel napraviti zaključka o tem, ali gospodarski subjekt R. v ponudbi izbranega ponudnika nastopa ali ne, naročnik posledično tudi ni mogel ugotoviti, da zapis gospodarskega subjekta R. v pogodbi predstavlja nebitveno napako, ki bi jo lahko spregledal.

Neutemeljeno je tudi sklicevanje izbranega ponudnika in naročnika na sodbo Sodišča EU v zadevi št. C-395/18 in uporabo analogije iz drugega odstavka 81. člena ZJN-3 (uporaba zmogljivosti drugih subjektov), saj navedena zakonska določba predpostavlja, da gospodarski subjekt, katerega zamenjava se zahteva zato, ker ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali ker zanj obstajajo razlogi za izključitev, v ponudbi nastopa, v konkretnem primeru pa ni znano, ali je gospodarski subjekt R. v ponudbi izbranega ponudnika nastopal kot podizvajalec ali ne.

Na podlagi vsega zapisanega Državna revizijska komisija zaključuje, da naročnik pri presoji dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika ni ravnal v skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, ko je kot ustrezno sprejel pojasnilo izbranega ponudnika, posledično pa tudi ne v skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ko je ponudbo izbranega ponudnika ocenil kot dopustno ter mu oddal javno naročilo. Državna revizijska komisija je zato (iz zgoraj predstavljenih razlogov), v skladu z 2. alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevkoma za revizijo ugodila in razveljavila »ODLOČITEV O ODDAJI JAVNEGA NAROČILA«, št. 313/2023-SPZJN/15-22-I, z dne 26. 4. 2023.

Državna revizijska komisija v okviru revizijskega postopka – tudi ob upoštevanju načela hitrosti in učinkovitosti iz 9. člena ZPVPJN – ni obravnavala preostalih revizijskih navedb vlagateljev, podanih v okviru iste zatrjevane kršitve v postopku (tj. glede ravnanja izbranega ponudnika v nasprotju s pozivom naročnika, sprememb ponudbe in vzorca pogodbe, ki jih je povzročilo pojasnilo, favoriziranja izbranega ponudnika) ter drugih zatrjevanih kršitev v postopku (tj. glede obstoja izključitvenega razloga iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3, neizpolnjevanja referenčnih pogojev, kršitve pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika...). Obravnava teh navedb namreč na položaj vlagateljev v predmetnem postopku ne bi mogla v ničemer vplivati, saj je Državna revizijska komisija že na podlagi obravnavanih navedb ugotovila naročnikovo kršitev v postopku oddaje javnega naročila (nezakonito oddajo javnega naročila) in v celoti ugodila predlogu vlagateljev (razveljavitev izpodbijane odločitve o oddaji javnega naročila). Obravnava teh navedb bi tudi narekovala izvedbo drugih predlaganih dokazov, s čemer bi se dodatno podaljšal čas odločanja v zadevi.

Z razveljavitvijo odločitve o oddaji naročila se postopek oddaje javnega naročila vrne v fazo pregleda in ocenjevanja ponudb. Na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija naročnika, z namenom pravilne izvedbe postopka v delu, ki je bil razveljavljen, napotuje, da predmetni postopek zaključi na enega izmed načinov, ki ga omogoča ZJN-3, pri tem pa upošteva določila navedenega zakona ter ugotovitve Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa.

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

Prvi vlagatelj je v zahtevku za revizijo in v vlogi, s katero se je opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo, zahteval 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 (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je prvemu vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 25.000,00 EUR;
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 9.000 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 6.588,00 EUR;

- izdatke v pavšalnem znesku po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk in 1 % od presežka nad 1.000 točk) v višini 100 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 73,20 EUR.

Državna revizijska komisija prvemu vlagatelju ni priznala priglašeni stroškov za sestavo vloge z dne 5. 6. 2023, s katero se je vlagatelj opredelil do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo in s tem povezanih materialnih stroškov ter DDV, saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe v tej vlogi niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako prvemu vlagatelju priznala stroške v višini 31.661,20 EUR, ki mu jih je dolžan povrniti naročnik v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva prvega vlagatelja se zavrne.

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

Drugi vlagatelj je v zahtevku za revizijo in v vlogi, s katero se je opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo, zahteval 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).

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

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 25.000,00 EUR;
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 9.000 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 6.588,00 EUR;
- izdatke v pavšalnem znesku po tretjem odstavku 11. člena OT in ob upoštevanju višine točk, kot jih je v vlogi z dne 11. 5. 2023 (navzgor) zamejil vlagatelj, v višini 64 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 46,85 EUR.

Drugi vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika sicer zahteva povračilo stroškov postopka pravnega varstva in se s tem v zvezi sklicuje na »priloženi stroškovnik«, vendar stroškov, katerih povračilo zahteva, niti v opredelitvi do navedb naročnika niti do odločitve Državne revizijske komisije o zahtevku za revizijo (gl. prvo poved iz petega odstavka 70. člena ZPVPJN) ni opredeljeno navedel, kot to zahteva druga poved iz petega odstavka 70. člena ZPVPJN, zato je Državna revizijska komisija njegovo zahtevo za povračilo stroškov v tem delu zavrnila.

Državna revizijska komisija je tako drugemu vlagatelju priznala stroške v višini 31.634,85 EUR, ki mu jih je dolžan povrniti naročnik v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 4. točke izreka tega sklepa.

Povrnitev stroškov postopka pravnega varstva je v vlogah z dne 19. 5. 2023, s katerima se je izjasnil o zahtevkih za revizijo, zahteval tudi izbrani ponudnik.

Državna revizijska komisija je zahtevo izbranega ponudnika za povračilo stroškov zavrnila, saj je ocenila, da v konkretnem primeru prispevek izbranega ponudnika k rešitvi zadeve ni bil bistven

in ni pripomogel ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve ter da posledično priglašeni stroški izbranega ponudnika niso bili potrebni (tretji in osmi odstavek 70. člena ZPVPJN).

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 5. točke izreka tega sklepa.

Pravni pouk:

Zoper to odločitev je dovoljen upravni spor. Tožba se vloži neposredno pisno pri Upravnem sodišču Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana, ali pa se mu pošlje po pošti. Rok za vložitev tožbe je 30 dni od vročitve odločitve Državne revizijske komisije.

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

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve.