

Številka: 018-105/2022-4

Datum: 27. 9. 2022

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 spremembami; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Tadeje Pušnar, kot predsednice senata ter Aleksandra Petrovčiča in dr. Mateje Škabar, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Rekonstrukcija delov odsekov na AC A2 0023 in 0623 Ivančna Gorica - Bič, 0072 in 0672 Bič - Trebnje V in 0411 priključek Bič*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja CGP, družba za gradbeništvo, inženiring, proizvodnjo in vzdrževanje cest, d.d., Ljubljanska cesta 36, Novo mesto (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Družba za avtoceste v Republiki Sloveniji d.d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik) dne 27. 9. 2022

odločila:

1. Zahtevk za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.
3. Zahteva izbranega ponudnika za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki se oddaja po odprtem postopku, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 23. 5. 2022, pod številko objave JN003442/2022-B01.

Naročnik je prejel tri ponudbe. Dne 1. 8. 2022 je na Portalu javnih naročil objavil »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 313/2022-SPZJN/78-22 z dne 1. 8. 2022, s katero je javno naročilo oddal v izvedbo družbi VOC Celje d.o.o., Lava 42, Celje (v nadaljevanju: izbrani ponudnik). Iz obrazložitve je razvidno, da je naročnik tretjevrščeno ponudbo zavrnil iz razloga, ker presega najvišjo dopustno vrednost, ki je navedena v točki 3.1 Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe. Naročnik je prvovrščeno ponudbo izbranega ponudnika ocenil kot dopustno, zato vlagateljeve ponudbe, ki se je uvrstila na drugo mesto, ni preverjal.

Zoper navedeno odločitev je vlagatelj dne 11. 8. 2022 pravočasno vložil zahtevek za revizijo. Predlaga, naj se izpodbijana odločitev razveljavi, zahteva pa tudi povrnitev stroškov pravnega varstva. Zatrjuje, da je ponudba izbranega ponudnika nedopustna. Navaja, da je naročnik v točki 4.4.6 Tehničnih pogojev za izvedbo del postavil zahtevo, ki se nanaša na zagotavljanje virov za nabavo asfaltne zmesi, ki se glasi: »Izvajalec mora imeti zagotovljene vire za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltne baze, katere kapaciteta je najmanj 120 t/uro. Največja dopustna dolžina transportnih poti za asfaltne zmesi je 100 km«. Vlagatelj zatrjuje, da izbrani ponudnik ne razpolaga z lastno asfaltno bazo, kar je razvidno iz vpogleda v njegovo spletno stran, kjer so našteje dejavnosti. Iz zavihka »Vgradnja asfalta« je razvidno, da lastne asfaltne baze nima, zagotavlja pa asfalterska dela, predvsem sanacije poškodb, preplastitve cestišč za izboljšanje voznih lastnosti, izgradnjo novih asfaltiranih cestišč in površin ter zalivanje reg in razpok v asfaltnih površinah. Vlagatelj ob tem opozarja, da če bi izbrani ponudnik navedel, da razpolaga z asfaltno bazo Šentjanž (Otiški vrh 41, Šentjanž pri Dravogradu), ta asfaltna baza ni v njegovi lasti, temveč v lasti družbe VOC Ekologija, urejanje okolja d.o.o., Šentjur. Navedena družba je sicer edini družbenik izbranega ponudnika, vendar gre za samostojno pravno osebo z lastno subjektiviteto. Poleg tega je navedena asfaltna baza od lokacije predmetnega gradbišča oddaljena vsaj 131 km. Navedeno pa pomeni, da bo lahko izbrani ponudnik dobavo asfaltnih zmesi zagotavljal le z angažiranjem podizvajalca (podizvajalcev). Vlagatelj citira naročnikove zahteve iz točke 5.1 Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe (v delu, ki se nanašajo na podizvajalce) ter zatrjuje, da je izbrani ponudnik v ESPD obrazcu označil, da ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov in da ne nastopa s podizvajalci. Navedeno pomeni, da izbrani ponudnik ni izpolnil naročnikovih zahtev, ker ni navedel vseh podizvajalcev ter zanje ni predložil zahtevanih podatkov in obrazcev. Vlagatelj še navaja, da je v skladu z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije, dolžnost ponudnika, da skrbno pripravi ponudbo, ki mora biti skladna z vsemi naročnikovimi zahtevami. Zatrjuje, da gre v konkretnem primeru, ko je izbrani ponudnik že ob oddaji ponudbe vedel, da bo moral dela izvesti s podizvajalci, pa jih kljub temu ni priglasil, za takšno pomanjkljivost, ki je ni več mogoče sanirati. Takšna spremenjena ponudba bi namreč po stališču Državne revizijske komisije predstavljala bistveno spremembo ponudbe, saj po poteku roka za predložitev ponudb, ne bi bilo mogoče objektivno preveriti, kakšno razmerje je obstajalo med ponudnikom in naknadno nominiranim podizvajalcem, in sicer, ali je obstajalo razmerje v smislu skupnih ponudnikov, podizvajalsko razmerje ali pa razmerja sploh (še) ni bilo. Spremenjena ponudba bi po stališču Državne revizijske komisije predstavljala novo ponudbo, kar pa glede na peti odstavek 89. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s spremembami; v nadaljevanju: ZJN-3) ni dopustno. Vlagatelj tudi zatrjuje, da predstavlja opisano ravnanje izbranega ponudnika (ki je vedel, da bo moral dela izvesti s podizvajalci, pa jih kljub temu ni priglasil v ponudbi) prekršek po peti točki prvega odstavka 112. člena ZJN-3 (predložitev neresnične izjave).

Izbrani ponudnik se je z vlogo, vloženo na podlagi drugega odstavka 27. člena ZPVPJN, dne 22. 8. 2022 izjasnil o revizijskih navedbah vlagatelja. Ugotavlja, da je vlagatelj prezrl, da se zahteva iz točke 4.4.6 nanaša na izvajalca in torej na čas po sklenitvi pogodbe. Gre za določilo, ki šele bo urejalo obligacijsko razmerje, ki (oziroma če) bo nastalo po zaključku postopka oddaje predmetnega javnega naročila med naročnikom in izbranim ponudnikom. Navaja, da se (skladno s prakso Državne revizijske komisije) posamezne zahteve, vezane na izvedbeno fazo javnega naročila, ne smejo prenašati v fazo oddaje ponudb, zato izločitev ponudbe iz tega razloga ni mogoča oziroma bi bila protipravna. Izbrani ponudnik se v zvezi s tem sklicuje na odločitve Državne revizijske komisije št. 018-069/2022, 018-044/2021, 018-020/2021, 018-005/2021, 018-128/2020, 018-122/2018, 018-259/2015, 018-244/2015, 018-255/2014, 018-244/2014, 018-271/2014, 018-069/2014 in 018-111/2005. Navaja še, da naročnik tudi sicer ni predvidel načina dokazovanja izpolnjevanja navedene zahteve v fazi oddaje ponudbe, kar pomeni, da vlagatelj uveljavlja kršitev, do katere v fazi oddaje ponudbe ne more priti. Opozarja še, da naročnik ni zahteval, da mora imeti izvajalec (toliko manj ponudnik) asfaltno bazo v lasti, pač pa je navedel,

da mora imeti izvajalec zagotovljene vire za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltne baze, katere kapaciteta je najmanj 120 t/uro. Navedeno pa izvajalcu ne preprečuje, da si takšno asfaltno bazo postavi oziroma jo kupi ali na kakšen drug način zagotovi, da bo dolžina transportnih poti za asfaltne zmesi znašala 100 km. Ravno tako nikjer ni določeno, da mora biti asfaltna baza od gradbišča oddaljena najmanj 100 km, saj je naročnik zapisal, da dopustna dolžina transportnih poti za asfaltne zmesi ne bo smela preseči 100 km. Navaja še, da v kolikor bi naročnik zahteve iz Poglavlja 4 (Tehnični pogoji za izvedbo del) opredelil kot razpisni pogoj, ki bi ga bili dolžni ponudniki izpolniti že v fazi oddaje ponudbe, potem bi to v razpisni dokumentaciji tudi navedel (izbrani ponudnik opozarja, da je naročnik v zvezi z javnim razpisom, ki je bil objavljen na Portalu javnih naročil pod št. objave JN2485/2016, zahteval pismo/a o nameri za dobavo asfaltnih zmesi, iz katerega/ih je razvidna asfaltna baza, kapaciteta asfaltne baze in njena oddaljenost od gradbišča, pismo o nameri pa je moralo biti podpisano s strani ponudnika in dobavitelja asfaltnih zmesi). Iz previdnosti še dodaja, da kljub temu, da je razpisna dokumentacija jasna, nejasnih določil ni dopustno razlagati v škodo ponudnikov. Opozarja, da je vlagateljovo stališče o tem, da se določilo iz točke 4.4.6 Poglavlja 4 nanaša na ponudnike, pravno napačno ter v nasprotju z drugim odstavkom 67. člena ZJN-3, ki določa, da se razpisna dokumentacija po izteku roka za prejem ponudb ne sme več spreminjati ali dopolnjevati. Na koncu še opozarja, da mora naročnik (v skladu s prakso Državne revizijske komisije) pri presoji dopustnosti ponudb upoštevati zahteve iz razpisne dokumentacije, in sicer na način, kot so bile zapisane (izbrani ponudnik se sklicuje na odločitve Državne revizijske komisije št. 018-080/2021, 018-179/2021, 018-182/2021 in 018-120/2020). Za sestavo vloge izbrani ponudnik priglaja stroške.

Naročnik je s sklepom št. 3.1.3/2022-SPZJN/78-22-rev z dne 1. 9. 2022 zahtevke za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljovo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Navaja, da pregled dokumentov, ki sestavljajo razpisno dokumentacijo, pokaže, da se dokumenti po vsebini delijo na tiste, ki ponudnikom dajejo napotke za pripravo ponudbe ter določajo pogoje javnega naročila ter na tiste, ki bodo relevantni za izbranega ponudnika v času izvedbe razpisanih del. Poglavlje 4 (Tehnični pogoji za izvedbo del) se nanaša na izvedbeno fazo javnega naročila, torej na čas po sklenitvi pogodbe z izbranim ponudnikom, ki takrat postane izvajalec. Po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila razmerje med njim in izvajalcem preide v pogodbeno sfero, ki je prepuščena ureditvi obligacijskega prava. Naveden del razpisne dokumentacije ne ureja naročnikovih zahtev in pogojev za pridobitev javnega naročila, temveč so v njem opredeljene obveznosti izvajalca, ki jih bo imel v pogodbeni fazi. Navedeno izhaja že iz samega imena dokumenta, ki kaže na to, da so v njem opredeljeni tehnični pogoji, ki jih je potrebno upoštevati pri izvajanju del, ki so predmet (takrat že pridobljenega) javnega naročila. Vsebinski pregled Poglavlja 4 pokaže, da poleg zahtev, ki se nanašajo na asfaltne baze, vsebuje še številne druge tehnične zahteve, ki bodo relevantne pri izvedbi del. Navaja, da v razpisni dokumentaciji ni zapisal, da mora potencialni ponudnik razpolagati z lastno asfaltno bazo, prav tako ni določil, da mora ponudnik takšno razpolaganje tudi dokazati. Sporna zahteva iz točke 4.4.6 se nanaša na izvajalca, torej na izvedbeno fazo javnega naročila oziroma na čas po sklenitvi pogodbe, obveznost pa na zagotavljanje virov za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltne baze določene kapacitete in z največjo dopustno dolžino transportnih poti. Vire za nabavo asfaltne zmesi iz asfaltne baze bo moral izbrani ponudnik (tedaj že izvajalec) zagotoviti po sklenitvi pogodbe, na kakšen način bo to storil, pa naročniku v fazi oddaje ponudb ni znano, saj v zvezi s tem ni navedel niti pogojev niti načina njihovega dokazovanja. Zagotavljanja virov za nabavo asfaltne zmesi iz asfaltne baze naročnik v fazi ocenjevanja in izbire ponudbe, sledeč lastni dokumentaciji, ne more in ne sme preverjati. Očitno ima več informacij v zvezi s tem vlagatelj, ki zatrjuje, da bodo storitev zagotavljanja asfaltne baze za izbranega ponudnika izvajali podizvajalci. To pa so zgolj njegove domneve, saj iz ponudbe izbranega ponudnika izhaja, da podizvajalcev nima ter da ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov. Zato naročnik nima razloga, da bi izjavo izbranega ponudnika, podano v ESPD obrazcu (da ne nastopa s podizvajalci), obravnaval kot neresnično. Naročnik še navaja, da je tekom pregleda in ocenjevanja ugotovil, da je bila ponudba izbranega ponudnika

pripravljena v skladu z njegovimi navodili, zato je bila ocenjena kot dopustna. Vlagatelj vnaprej prejudicira, da bo izbranemu ponudniku storitev zagotavljanja virov za nabavo asfaltne zmesi iz asfaltne baze izvajal podizvajalec, čeprav za takšno sklepanje ni osnove.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 6. 9. 2022 opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo (Opredelitev do odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo). Vztraja pri pravovarstvenem predlogu in se dodatno opredeljuje do naročnikovih navedb. Vlagatelj se strinja z naročnikom, da bo moral izbrani ponudnik vire za nabavo asfaltne zmesi iz asfaltne baze zagotoviti po sklenitvi pogodbe, meni pa, da niso pravilne tiste naročnikove ugotovitve, s katerimi zavrača njegove navedbe o tem, da bo izbrani ponudnik storitev asfaltne baze zagotavljal s podizvajalci. Poudarja, da je potrebno njegove navedbe obravnavati v skupnem kontekstu. Nesporno je, da je izbrani ponudnik v ponudbi navedel, da pri izvedbi del ne bo sodeloval s podizvajalci, zato je naročnikova ugotovitev, da izbrani ponudnik javnega naročila ne bo oddal v podizvajanje, pravilna, vendar le v primeru, če se jo obravnava izven okoliščin in dejstev, ki jih je izpostavil v zahtevku za revizijo. Vlagatelj zatrjuje, da je v zahtevku za revizijo izkazal, da izbrani ponudnik nima lastne asfaltne baze, zaradi česar ni mogoče, da bo javno naročilo izvedel brez podizvajalca. Povsem razumljivo je, da izbrani ponudnik v ponudbi ni predložil dokumentov, ki bi kazali na to, da bo dela izvajal s podizvajalci, saj je bil njegov namen, da naročniku poda neresnično izjavo, ki pa jo je podal tako, da naročnik tega (na prvi pogled) ne bi ugotovil. Vlagatelj se ne strinja z naročnikom, da so njegovi argumenti le ugibanja in domneve. Zatrjuje, da je svoje navedbe podprl z dokazi, iz katerih izhaja, da izbrani ponudnik nima lastne asfaltne baze. Poleg tega tudi izbrani ponudnik ni predložil dokazil, s katerimi bi izkazal, da dejansko razpolaga z asfaltno bazo oziroma povedano drugače, izbrani ponudnik ni ovrgel dejstva, da je predložil neresnično izjavo. V obravnavanem primeru gre za bizarno situacijo, v kateri se naročnik na podlagi vlagateljevih dokazno podprtih navedb zaveda okoliščine, da izbrani ponudnik z asfaltno bazo ne razpolaga. Čeprav je naročniku jasno, da bo moral izbrani ponudnik angažirati podizvajalca (podizvajalce), pa kljub temu navaja, da izbrani ponudnik ni podal neresnične izjave. Naročnik izpostavljenih okoliščin res ni bil dolžan preverjati v fazi oddaje predmetnega javnega naročila, saj takrat še ni obstajal utemeljen sum v resničnost izjave izbranega ponudnika, po prejemu zahtevka za revizijo pa bi bil dolžan preveriti resničnost dejanskega stanja oziroma se prepričati, ali je predložena izjava izbranega ponudnika o tem, da ne bo angažiral podizvajalca (podizvajalcev), resnična ali ne. Naročnik pa ignorira nove okoliščine in se skriva za procesnimi instituti. Edina logična in mogoča posledica, zaključuje vlagatelj, je v tem, da bo izbrani ponudnik potreboval podizvajalca (podizvajalce).

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

V obravnavanem primeru vlagatelj očita naročniku, da je ponudba izbranega ponudnika nedopustna in bi morala biti izločena iz postopka oddaje predmetnega javnega naročila. Vlagatelj namreč zatrjuje, da izbrani ponudnik ne razpolaga z lastno asfaltno bazo, kar pomeni, da bo lahko dobavo asfaltnih zmesi zagotavljal le z angažiranjem podizvajalca (podizvajalcev). Ker pa je oddal samostojno ponudbo brez podizvajalcev, ni izpolnil naročnikovih zahtev iz točke 5.1 Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe. Po vlagateljevemu mnenju predstavlja opisano ravnanje izbranega ponudnika tudi prekršek po peti točki prvega odstavka 112. člena ZJN-3 (predložitev neresnične izjave).

Vlagateljeve revizijske navedbe je potrebno presojati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ki določa, da je dopustna ponudba tista, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je prispela pravočasno, pri njej ni dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali

korupcija, naročnik je ni ocenil za neobičajno nizko in cena ne presega zagotovljenih sredstev naročnika. V skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 (pregled in ocenjevanje ponudb ter način oddaje javnega naročila) naročnik odda javno naročilo na podlagi meril, potem ko preveri, da so izpolnjeni naslednji pogoji:

- 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
- ponudbo je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3 in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter izpolnjuje pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

Državna revizijska komisija je že v svojih številnih odločitvah zapisala, da mora naročnik, skladno z načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), pogoje in zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določiti jasno, natančno in na nedvoumen način, pri pregledu in ocenjevanju ponudb pa mora ravnati v skladu s pravili, ki jih je sam določil v razpisni dokumentaciji. Poleg tega naročnik in izbrani ponudnik pravilno opozarjata, da od ponudnikov, kot je ravno tako zapisala Državna revizijska komisija že v mnogih odločitvah, ni mogoče zahtevati več ali drugače, kot je od njih terjala vnaprej pripravljena dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila.

Predmet javnega naročila je rekonstrukcija delov odsekov na AC A2 0023 in 0623 Ivančna Gorica - Bič, 0072 in 0672 Bič - Trebnje V in 0411 priključek Bič.

Podrobnejši opis razpisanih del je razviden iz Poglavlja 6 (Ponudbeni predračun), Poglavlja 4 (Tehnični pogoji za izvedbo del) in Poglavlja 9 (Izvleček iz projekta za izvedbo) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (točka 1.1 točke 1 (Predmet in obseg del) Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe - A. Splošno - Poglavlje 1).

V obravnavanem primeru je razpisna dokumentacija sestavljena iz desetih poglavij. Nekatera poglavja se, kot pravilno navaja tudi naročnik, nanašajo na pripravo ponudbe, nekatera poglavja pa (še) na izvedbeno fazo razpisanih gradbenih del.

V Poglavlje 1 so vključene vse zahteve, ki jih morajo ponudniki izpolniti že v ponudbi - razlogi za izključitev, pogoji za sodelovanje ter druge (tudi formalne) zahteve, ki ji morajo ponudniki upoštevati pri pripravi in oddaji ponudb (v ta del so vključena tudi navodila, ki jih morajo ponudniki upoštevati v primeru oddaje skupne ponudbe ali nominacije podizvajalcev - točka 5 točke A Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe). V Poglavlju 10 se nahajajo obrazci, ki so jih morali ponudniki (izpolnjene in podpisane) priložiti v dokaz izpolnjevanja pogojev za sodelovanje iz Poglavlja 1.

Poleg predloženih, podpisanih in izpolnjenih obrazcev iz Poglavlja 10 so morali ponudniki v ponudbi priložiti še (12. točka točke C Navodil ponudniku za izdelavo ponudbe):

1. izpolnjen in podpisan ESPD obrazec za vse gospodarske subjekte, ki v kakršnikoli vlogi sodelujejo v ponudbi (ponudnik, sodelujoči ponudniki v primeru skupne ponudbe, gospodarski subjekt, na katere kapacitete se sklicuje ponudnik in podizvajalci),
2. izpolnjen in podpisan vzorec ponudbe (Poglavlje 5 - Ponudba),
3. garancijo za resnost ponudbe (po vzorcu, ki se nahaja v Poglavlju 5),
4. ponudbeni predračun (Poglavlje 6),
5. izpolnjen vzorec pogodbe (Poglavlje 7) in
6. sporazum o predložitvi skupne ponudbe - v primeru oddaje ponudbe s partnerji.

Poglavje 4 (Tehnični pogoji za izvedbo del) vsebuje številne zahteve v zvezi z razpisano gradnjo, vendar gre za obveznosti, ki se nanašajo na izvedbeno fazo javnega naročila in torej na čas, ko je pogodba z izbranim ponudnikom (ki takrat postane izvajalec) že sklenjena. Da sodijo zahteve iz Poglavlja 4 v izvedbeno fazo, je razvidno že iz njegovega poimenovanja (Tehnični pogoji za izvedbo del). Pregled navedenega poglavja pokaže, da vsebuje podatke o prioriteti in veljavnosti dokumentov, ki sestavljajo tehnične pogoje (točka 1), pregled splošnih tehničnih pogojev, posebnih tehničnih pogojev in ostale tehnične regulative za gradnjo cest (točka 2), tehnične specifikacije za ceste (točka 3) in posebne zahteve za izvedbo razpisanih del (točka 4). 4. točka Poglavlja 4 vsebuje zahteve, ki se nanašajo na zaporo ceste, organizacijo gradbišča, tehnološki elaborat ter na izvedbo del in opremo. Naročnik je v njej oziroma v točki 4.4.6 postavil naslednjo zahtevo:

»Izvajalec mora imeti zagotovljene vire za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltne baze, katere kapaciteta je najmanj 120 t/uro. Največja dopustna dolžina transportnih poti za asfaltne zmesi je 100 km.«

Tekom pojasnjevanja razpisne dokumentacije v zvezi s citirano zahtevo na Portalu javnih naročil ni bilo postavljeno nobeno vprašanje.

Iz zgoraj citirane zahteve je razvidno, da mora imeti izvajalec (in torej ne ponudnik) zagotovljene vire za nabavo asfaltne zmesi, katere kapaciteta je najmanj 120 t/uro ter da lahko transportne poti za asfaltne zmesi znašajo največ 100 km. Navedena zahteva se nanaša na izvedbeno fazo, to je na izvrševanje pogodbe o izvedbi javnega naročila oziroma se bo nanašala na obligacijsko razmerje, ki bo nastalo po zaključku postopka oddaje predmetnega javnega naročila med naročnikom in izbranim ponudnikom (izvajalcem). 4. točka Poglavlja 4, poleg zahteve, ki se nanaša na asfaltne baze, vsebuje še mnoge druge tehnične zahteve, ki bodo relevantne pri izvedbi razpisane gradnje, zato naročnik pravilno ugotavlja, da naveden del razpisne dokumentacije ne ureja naročnikovih zahtev in pogojev za pridobitev javnega naročila, temveč so v njem opredeljene obveznosti izvajalca, ki jih bo imel v pogodbeni fazi.

Med vlagateljem ter naročnikom in izbranim ponudnikom očitno ni (več) spora o tem, da se citirana zahteva nanaša na izvedbeno fazo predmetnega javnega naročila oziroma na izvajalca in na čas po sklenitvi pogodbe. Vendar vlagatelj pri tem opozarja, da je potrebno njegove navedbe iz zahtevka za revizijo obravnavati v skupnem kontekstu - ker izbrani ponudnik nima v lasti asfaltne baze, ni mogoče, da bo predmetno javno naročilo izvedel brez podizvajalca (podizvajalcev). Ker pa je oddal samostojno ponudbo brez podizvajalcev, ni izpolnil zahtev naročnika, zato je njegova ponudba nedopustna. Naročnik in izbrani ponudnik se z vlagateljem ne strinjata in navajata, da sodi predmetna zahteva v izvedbeno fazo, zato je naročnik (še) ne more in ne sme preverjati. Zatrjujeta tudi, da iz zahteve ne izhaja, da mora izvajalec razpolagati z lastno asfaltno bazo, pač pa se zahteva nanaša na zagotavljanje virov za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltne baze določene kapacitete in z največjo dopustno dolžino transportnih poti. Naročnik še navaja, da iz ponudbe izbranega ponudnika izhaja, da bo javno naročilo izvedel brez podizvajalcev, zato vlagatelj že vnaprej prejudicira, da bo(do) storitev zagotavljanja asfaltne baze izvajal(i) podizvajalec (podizvajalci).

Z vlagateljevim stališčem se ni mogoče strinjati. Naročnik in izbrani ponudnik namreč pravilno opozarjata, da je potrebno v fazi pregledovanja ponudb dopustnost ponudb presoјati le glede na zahteve iz obstoječe razpisne dokumentacije in da se zahtev, ki so vezane na izvedbeno fazo javnega naročila, ne sme prenašati v fazo priprave in oddaje ponudb (takšno stališče je Državna revizijska komisija zavzela tudi v vseh tistih odločitvah, na katere opozarja izbrani ponudnik, v katerih je bilo dejansko stanje primerljivo z dejanskim stanjem v konkretni zadevi). Zato v tej fazi postopka oddaje predmetnega javnega naročila še ni mogoče zahtevati od izbranega ponudnika,

naj predloži dokumente, ki bodo izkazovali, na kakšen način bo zagotovil vire za nabavo asfaltnih zmesi, posledično pa niti domnevati, da bo to storil s pomočjo podizvajalca (podizvajalcev) niti prejudicirati, da je izbrani ponudnik z nepriglasitvijo podizvajalca (podizvajalcev) storil prekršek po peti točki prvega odstavka 112. člena ZJN-3. Poleg tega je vlagatelj očitno spregledal, da naročnik v točki 4.4.6 ni zahteval, da bi morali ponudniki (izbrani ponudnik) razpolagati z lastno asfaltno bazo. Naročnik takšne zahteve oziroma lastne asfaltno baze ni zahteval niti od izvajalca, saj se zahteva nanaša zgolj na zagotavljanje virov za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltno baze določene kapacitete in z največjo dopustno dolžino transportnih poti (naročnik je zahteval, da mora imeti izvajalec zagotovljene vire za nabavo asfaltno baze, katere kapaciteta znaša najmanj 120 t/uro ter da so lahko transportne poti za asfaltno bazo dolge največ 100 km). Zato izbrani ponudnik tudi utemeljeno opozarja, da mu naročnikova zahteva omogoča, da si takšno asfaltno bazo šele postavi oziroma jo kupi ali na drug način (tudi npr. z morebitnim najemom) zagotovi, da bo zahteva izpolnjena. Čeprav je iz ponudbe izbranega ponudnika razvidno, da nima podizvajalcev, pa naročnik ob navedenem ni imel razloga da bi ponudbo izbranega ponudnika izločil kot nedopustno, posledično pa tudi ni imel povoda, da bi izjavo izbranega ponudnika, podano v ESPD obrazcu (da ne nastopa s podizvajalci), obravnaval kot neresnično.

Nenazadnje bi lahko naročnik, kot pravilno navaja tudi izbrani ponudnik, sporno zahtevo opredelil kot tehnični pogoj, a tega ni storil (naročnik je v obravnavanem primeru tehnično sposobnost preverjal zgolj z referenčnimi in kadrovskimi pogoji). Kot namreč pravilno navaja izbrani ponudnik, je naročnik pri oddaji javnega naročila, ki je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno dne 31. 3. 2016, pod št. objave JN2485/2016, postavil enako zahtevo (ki se je sicer ravno tako nanašala na izvajalce) in jo prav tako umestil v Poglavlje 4, vendar je hkrati že od ponudnikov tudi zahteval, da v ponudbi priložijo pismo o nameri za dobavo asfaltno baze, iz katerega je morala biti razvidna asfaltna baza ter njena kapaciteta in oddaljenost od gradbišča, pismo o nameri pa je moralo biti podpisano s strani ponudnika in dobavitelja asfaltnih zmesi.

Ob zgoraj opisanem dejanskem stanju bi lahko vlagatelj na naročnika naslovil zahtevo za dodatno pojasnilo in (v kolikor je menil, da bi morala biti sporna zahteva oblikovana drugače) vložiti zahtevek za revizijo, vendar bi moral to storiti v rokih, ki jih za vložitev zahtevka za revizijo (ki se nanaša na vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe ali na razpisno dokumentacijo) določa 25. člen ZPVPJN. Po poteku teh rokov vsebinska presoja navodil in zahtev iz razpisne dokumentacije ni več dopustna, zaradi česar lahko Državna revizijska komisija le še preveri, ali ponudba izpolnjuje zahteve na način, kot je določen v razpisni dokumentaciji.

Državna revizijska komisija torej po sprejeti odločitvi o oddaji naročila ni več pristojna preverjati, ali je bil naročnik pri določitvi pogojev za sodelovanje ponudnikov dovolj skrben, oziroma ali je v okviru vprašanja sposobnosti ponudnikov za izvedbo predmeta naročila zahteval predložitev vseh potrebnih dokazil. Naročnik je tisti, ki mora v konkretnem primeru zagotoviti izbor usposobljenega izvajalca razpisane gradnje in nato v fazi izvajanja pogodbe nadzorovati izvajanje te storitve (gradnje). Državna revizijska komisija pa lahko dopustnost ponudbe izbranega ponudnika, kot že izhaja iz te obrazložitve, presoja le glede na zahteve iz obstoječe razpisne dokumentacije.

Navedeno pa ne pomeni, da bo lahko izbrani ponudnik predmetno javno naročilo izvedel ne da bi zagotavljal vire za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltno baze določene kapacitete in z največjo dopustno dolžino transportnih poti oziroma da bo navedeno zahtevo lahko izpolnil s pomočjo naknadno vključenih podizvajalcev. Izbrani ponudnik bo moral razpisano gradnjo opraviti le z lastnim zagotavljanjem asfaltnih zmesi, naknadna udeležba podizvajalcev pa bi pomenila kršitev pogodbenih obveznosti. Izbrani ponudnik bo torej moral ob dejstvu, da je oddal samostojno ponudbo brez podizvajalcev, sam zagotoviti vire za nabavo asfaltnih zmesi iz asfaltno baze, katere kapaciteta bo znašala najmanj 120 t/uro, pri čemer transportne poti za asfaltno bazo ne bodo smele biti daljše od 100 km.

Upošteva je zgoraj navedene ugotovitve Državne revizijske komisije naročniku ni mogoče očitati, da je ravnal nepravilno, ko je ponudbo izbranega ponudnika, glede na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ocenil kot dopustno.

Ker naročniku v obravnavani zadevi ni mogoče očitati kršitev, ki jih v svojem zahtevku za revizijo zatrjuje vlagatelj, je Državna revizijska komisija, na podlagi 1. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo vlagatelja kot neutemeljenega zavrnila.

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

Vlagatelj uveljavlja tudi povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, zato je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, zavrnila vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

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

Tudi izbrani ponudnik v vlogi z dne 22. 8. 2022, s katero se je izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo, uveljavlja povrnitev stroškov, ki so mu nastali v postopku pravnega varstva. Državna revizijska komisija je zahtevo po povrnitvi stroškov zavrnila, saj je po preučitvi navedene vloge ugotovila, da prispevek izbranega ponudnika k rešitvi zadeve ni bil bistven, navedbe v vlogi pa niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve, zato stroški izbranega ponudnika niso bili potrebni in mu jih vlagatelj ni dolžan povrniti.

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

Pravni pouk:

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

Predsednica senata:
Tadeja Pušnar, univ. dipl. prav.,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (prek portala eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve.

