

Številka: 018-108/2022-12

Datum: 2. 11. 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 sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Červeka, kot predsednika senata, ter Andraža Žvana 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 2. 11. 2022

### odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. JN 30/2022-G-M-O z dne 22. 8. 2022.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 4.225,28 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 20. 7. 2022 objavil na portalu javnih naročil, pod številko objave JN005086/2022-W01. Dne 22. 8. 2022 je naročnik na portalu javnih naročil objavil dokument »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. JN 30/2022-G-M-O, iz katerega izhaja, da je kot stranko okvirnega sporazuma izbral po merilu

prvovrščenega ponudnika GRAFIST, gradbeništvo, trgovina in storitve, d.o.o., Sermin 7B, Koper - Capodistria (v nadaljevanju: izbrani ponudnik).

Zoper naročnikovo odločitev o izbiri stranke okvirnega sporazuma je vlagatelj, drugovrščeni ponudnik, z vlogo z dne 29. 8. 2022 vložil zahtevek za revizijo. V zahtevku vlagatelj najprej navaja, da je pri plačilu takse ravnal skladno s pravnim poukom naročnika, vendar meni, da je naročnik v pravnem pouku navedel napačno višino takse. Pri predmetnem javnem naročilu gre namreč za okvirni sporazum, zato taksa po mnenju vlagatelja ne znaša 21.080,56 EUR, kolikor jo je odmeril naročnik, temveč 2.000,00 EUR. Dalje vlagatelj zatrjuje, da je izpodbijana odločitev nezakonita, ker naročnik ponudbe izbranega ponudnika ni izločil kot nedopustne zaradi:

- neizpolnjevanja pogoja, da mora imeti ponudnik šest popolnoma usposobljenih in opremljenih delovnih ekip po 3 delavce na ekipo, temveč je v nasprotju z zakonom izbranemu ponudniku dopustil spreminjanje njegove ponudbe s tem, ko mu je dovolil, da je z novo izjavo volje namesto prvotno razpoložljivih 6 delavcev za izvedbo javnega naročila namenil 18 delavcev,
- prenizko ponujenega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti in prenizko ponujenega zavarovanja za odpravo napak v garancijski dobi, pri čemer je naročnik v tem delu izbranemu ponudniku v nasprotju z zakonom dopustil spreminjanje ponudbe,
- neobičajno nizke ponudbe, ki je izbrani ponudnik – kljub naročnikovemu pozivu – ni konkretizirano pojasnil, temveč je le izjavil, da ponujene cene zajemajo vse zahteve, navedene v javnem naročilu JN30/2022, naročnik pa je tako pojasnilo sprejel,
- neizpolnjevanja pogoja tehnične sposobnosti, da mora ponudnik v trenutku oddaje ponudbe razpolagati z najmanj štirimi mini bagri do 2 T in štirimi tovornimi vozili do 10 T. Navedenih delovnih strojev namreč izbrani ponudnik po prepričanju vlagatelja nima v lasti, v kolikor jih najema od drugega subjekta, pa bi moral ta subjekt v ponudbi navesti kot drug subjekt, na katerega kapacitete se sklicuje, ter zanj izkazati neizpolnjevanje razlogov za izključitev. Vendar izbrani ponudnik tega ni storil, temveč je v ponudbi (vključno z ESPD obrazcem) izjavil, da nastopa sam (brez partnerjev in podizvajalcev), v ESPD pa navedel, da pogojev ne izpolnjuje s kapacitetami drugih subjektov.

Po mnenju vlagatelja je zaradi navedenega naročnikova odločitev o izbiri stranke okvirnega sporazuma nezakonita. Vlagatelj zato predlaga, da Državna revizijska komisija izpodbijano odločitev razveljavi, zahteva pa tudi povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Izbrani ponudnik se je z vlogo z dne 2. 9. 2022 izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo. Zatrjuje, da navedbe vlagatelja o nedopustnosti njegove ponudbe niso utemeljene, saj:

- je tako iz predloženega seznama delavcev kot iz priloženih dokazil o njihovi zaposlitvi razvidno, da izbrani ponudnik razpolaga z zahtevanim številom delavcev, napaka v izjavi 17.9 pa je bila posledica napake naročnika v prvotno objavljenem obrazcu izjave, v katerem je naročnik namesto »6 delovnih ekip« navedel »6 delavcev«,
- je pri zapisu višine zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti in odpravo napak v garancijski dobi na obrazcih 17.7 in 17.8 prišlo do očitne napake, ki je bila skladno z zakonom na podlagi poziva naročnika popravljena,
- je naročnik od izbranega ponudnika v zvezi s ceno zahteval zgolj pojasnilo, ali ponudbena cena zajema vse zahteve iz javnega naročila, kar je izbrani ponudnik potrdil, pri čemer pripominja še, da nizka ponudbena cena sama po sebi ni prepovedana,
- kot je razvidno iz registra osnovnih sredstev in najemne pogodbe, ki ju prilaga, izbrani ponudnik pogoj glede zahtevanih delovnih strojev izpolnjuje z lastnimi sredstvi, tj. s štirimi tovornimi vozili Iveco daily, bagrom do 2 T Bobcat 463, pridobljenim leta 2007, ter s tremi bagri do 2 T, ki so predmet najemne pogodbe, sklenjene pred oddajo ponudbe.

Naročnik je s sklepom št. 3273/2022 z dne 12. 9. 2022 zahtevek za revizijo zavrnil kot neutemeljen, zavrnil pa je tudi zahtevi vlagatelja in izbranega ponudnika za povrnitev stroškov

postopka pravnega varstva. V sklepu naročnik pritruje vlagatelju, da gre v konkretnem primeru za izbiro stranke okvirnega sporazuma, zaradi česar bi morala taksa za predrevizijski in revizijski postopek znašati 2.000,00 EUR. V nadaljevanju navaja, da:

- so morali ponudniki v obrazcu 17.9 navesti zgolj podatek, koliko oseb so imeli v času oddaje ponudbe v delovnem razmerju, pri čemer iz obrazca 17.9 ni jasno, ali se zahteva glede šestih ekip s po tremi delavci nanaša na fazo izvajanja pogodbe ali na fazo oddaje ponudbe, nejasne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pa ni dopustno razlagati v škodo (izbranega) ponudnika,
- so morali ponudniki v vzorec pogodbe vpisati okvirno skupno letno vrednost pogodbe brez DDV (in ne dveletne vrednosti pogodbe), posledično pa sta zneska zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti in zavarovanja za odpravo napak v garancijski dobi, kot ju je izbrani ponudnik vpisal v obrazca 17.7 in 17.8, pravilna,
- četudi v konkretnem primeru niso bili izpolnjeni pogoji za obligatorno preverjanje neobičajno nizke ponudbe, je naročnik izbranega ponudnika pozval na potrditev ponujenih cen ter dejstva, da te cene zajemajo vse zahteve, dela, rok izvedbe in vse stroške javnega naročila, izbrani ponudnik pa je zahtevano potrditev pravočasno podal, zato ni mogoče slediti vlagatelju, da bi moral naročnik ponudbo izbranega ponudnika zavrniti kot neobičajno nizko,
- iz obrazca 17.10 izhaja, da se zahteva glede delovnih strojev nanaša na izvajalca in s tem na izvedbeno fazo javnega naročila, vendar naročnik hkrati dopušča tudi morebitno nejasnost te zahteve (na strani 16 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je namreč to zahtevo določil za ponudnika), nejasne zahteve pa ni mogoče šteti v škodo (izbranega) ponudnika.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 15. 9. 2022 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila in dokumentacijo iz predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 15. 9. 2022 opredelil do navedb naročnika iz sklepa 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.

Izbrani ponudnik je svojo vlogo z dne 2. 9. 2022, s katero se je izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo, na poziv Državne revizijske komisije pravočasno, dne 29. 9. 2022, dopolnil z navedbo imena in priimka podpisnika te vloge ter njegove funkcije pri izbranem ponudniku.

Državna revizijska komisija je dne 4. 10. 2022 vlagatelju v seznanitev posredovala vlogo izbranega ponudnika z dne 2. 9. 2022.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 7. 10. 2022 opredelil do navedb izbranega ponudnika iz vloge z dne 2. 9. 2022.

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 (med drugim) 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 razpisne dokumentacije, ko je ponudbo izbranega ponudnika v delu, ki se nanaša na zahtevo po razpolaganju z določeno količino delovnih strojev in opreme, ocenil kot skladno z zahtevami iz razpisne dokumentacije in posledično kot dopustno. Vlagatelj namreč v zahtevku za revizijo zatrjuje, da izbrani ponudnik ne razpolaga z (najmanj) štirimi mini bagri do 2

T in (najmanj) štirimi tovornimi vozili do 10 T, kot je to zahteval naročnik, v kolikor jih najema od drugega subjekta, pa bi moral ta subjekt v ponudbi navesti kot drug subjekt, na čigar kapacitete se sklicuje, ter zanj izkazati neizpolnjevanje razlogov za izključitev, česar pa ni storil.

Revizijske navedbe vlagatelja je treba presojeti z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, skladno s katero 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 naročnik odda javno naročilo na podlagi meril, potem ko preveri, da so izpolnjeni naslednji pogoji: 1) 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 2) 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.

Kot je razvidno iz razpisne dokumentacije (gl. dokument »Razpisna dokumentacija za izvedbo javnega naročila«), je naročnik pod poglavjem »Minimalne tehnične zahteve predmeta javnega naročila« določil:

»Ponudnik mora zagotoviti minimalne tehnične zahteve, in sicer:

#### A) DELOVNI STROJI IN OPREMA

Ponudnik mora razpolagati z delovnimi stroji in opremo za izvedbo predmeta javnega naročila v minimalnih količinah, kot je navedeno v spodnji tabeli:

Delovni stroji in oprema	Kos
Mini bager do 2 T s pripadajočo potrebno opremo	4
/.../	/.../
Tovorno vozilo	
(prekucnik skupne teže do 10 T)	4
/.../	/.../

Ponudnik mora izpolniti izjavo o razpoložljivem številu delovnih strojev in opreme, ki jih ima na razpolago za izvajanje intervencijskih gradbeno – zemeljskih del na vodovodnem omrežju po minimalnih zahtevah naročnika (izjava 17.10).«

Na podlagi preučitve citiranih določil razpisne dokumentacije se Državna revizijska komisija ne more strinjati z naročnikom, da se zahteva po razpolaganju z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T s pripadajočo opremo in (najmanj) štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T nanaša na izvajalca in s tem na izvedbeno fazo javnega naročila, posledično pa za presojo dopustnosti ponudb ni relevantna. Iz citiranih določil, v okviru katerih je naročnik večkrat naslovil ponudnika in nikoli izvajalca, namreč izhaja, da je bil ponudnik (in ne izvajalec) tisti, ki je moral v skladu z zahtevo naročnika zagotoviti navedene delovne stroje ter opremo, vključno z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T in (najmanj) štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T, poleg tega pa je moral v zvezi s tem v ponudbi predložiti tudi izjavo o razpoložljivem številu delovnih strojev in opreme (izjava 17.10). Ugotoviti torej gre, da je naročnik v okviru obravnavane zahteve (večkrat) izrecno naslovil izključno ponudnika, pri čemer je dosledno uporabljal sedanjik (in ne prihodnjika), obenem pa niti v okviru obravnavane zahteve niti kjerkoli drugje v razpisni dokumentaciji ni določil, da je treba zahtevane stroje zagotoviti šele ob ali po sklenitvi pogodbe o izvedbi naročila (kot je to določil

npr. za predložitev menic). Nasprotno, naročnik je v razpisni dokumentaciji določil, da morajo ponudniki izjavo o razpoložljivem številu delovnih strojev in opreme (tj. izjavo 17.10), s katero so dokazovali izpolnjevanje citirane zahteve, predložiti že v ponudbi. Ker je torej naročnik v okviru zahteve po razpolaganju z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T s pripadajočo opremo in (najmanj) štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T naslavljaj izključno ponudnika, pri čemer je uporabljal sedanjik, ne more biti dvoma, da se je obravnavana zahteva, ki je bila po svoji vsebini jasna, nanašala na ponudnika in je bila relevantna za presojo dopustnosti ponudb. To je še dodatno potrjeno z dejstvom, da so morali ponudniki, kot izhaja iz citiranih določil, razpolaganje z zahtevanimi delovnimi stroji ter opremo (s predložitvijo izjave 17.10) dokazati že v ponudbi. Ne bi bilo namreč logično, da bi bilo treba izpolnjevanje obravnavane zahteve dokazati že v ponudbi, če ta zahteva za presojo dopustnosti ponudb ne bi bila relevantna.

Takšnega zaključka – ob upoštevanju že obrazloženega – ne more spremeniti dejstvo, da je naročnik, kot zatrjuje tudi sam, v naslovu obrazca izjave 17.10 uporabil besedo »izvajalec« (*»Izjava o razpoložljivem številu delovnih strojev in opreme, ki jih ima izvajalec na razpolago za izvajanje intervencijskih gradbenih – zemeljskih del na vodovodnem omrežju po minimalnih zahtevah naročnika«*). Zgolj dejstvo, da je naročnik na enem mestu izjave 17.10 (ki po svoji naravi predstavlja dokazilo) uporabil besedo »izvajalec«, medtem ko je v okviru zahteve večkrat naslovil ponudnika (in niti enkrat izvajalca), ne more omajati ugotovitve, da se je obravnavana zahteva nanašala na ponudnika oziroma na ponudbeno fazo postopka oddaje javnega naročila, ne pa na izvajalca oziroma izvedbeno fazo postopka. To še toliko bolj velja ob dejstvu, da je naročnik tudi v naslovu obrazca izjave 17.10 uporabil sedanjik, izjavo 17.10 pa so morali ponudniki za dokazovanje izpolnjevanja obravnavane zahteve predložiti že v ponudbi.

Državna revizijska komisija na podlagi navedenega pritrjuje vlagatelju, da zahteva po razpolaganju z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T s pripadajočo opremo in (najmanj) štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T v konkretnem primeru predstavlja pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na tehnično usposobljenost za izvedbo javnega naročila in je relevanten za presojo dopustnosti ponudb. Nadalje se Državna revizijska komisija strinja z vlagateljem tudi o tem, da lahko ponudnik navedeni pogoj izpolnjuje (tj. z zahtevanimi stroji razpolaga) tudi tako, da jih najema od drugega gospodarskega subjekta.

ZJN-3 namreč 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 tako 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).

Določba 81. člena ZJN-3 daje torej ponudniku možnost, da pri izpolnjevanju pogojev za priznanje sposobnosti uporabi zmogljivosti drugega subjekta, hkrati pa mu nalaga dolžnost, 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. Dolžnost predložitve dokumentacije na eni strani in dolžnost preverjanja izpolnjevanja pogojev ter obstoja izključitvenih razlogov na drugi pa velja ne glede na to, ali drugi subjekt kot podizvajalec sam izvede del posla, za katerega izkazuje zmogljivosti, ali pa ponudniku svoje zmogljivosti zgolj posodi. Kot že pojasnjeno, pa drugi subjekti, katerih zmogljivosti uporablja ponudnik za izkazovanje pogojev za sodelovanje, lahko oziroma v določenih primerih tudi morajo dejansko sodelovati pri izvedbi javnega naročila. V tem primeru ti subjekti niso le subjekti, katerih zmogljivosti uporablja ponudnik za izkazovanje pogojev za sodelovanje, pač pa so bodisi eden izmed skupnih ponudnikov bodisi so podizvajalci.

V tej zvezi je naročnik v razpisni dokumentaciji pod poglavjem »Sestavljanje ponudbe« med drugim določil:

*»11.2.1 Skupna ponudba*

*/.../*

*V primeru, da skupina ponudnikov predloži skupno ponudbo, mora vsak ponudnik izpolnjevati vse pogoje, določene v poglavju 8. Vsi ponudniki v skupni ponudbi morajo podati dokumente, ki se nanašajo na dokazovanje navedenih pogojev, posamično.*

*/.../*

*V primeru skupne ponudbe naj pravne osebe v obrazcu ESPD navedejo vse, ki bodo sodelovali v tej skupni ponudbi./.../*

*/.../*

*11.2.2 Ponudba s podizvajalci*

*/.../*

*V primeru, da bo ponudnik pri izvedbi naročila sodeloval s podizvajalci, mora v ESPD navesti vse predlagane podizvajalce. Ponudnik mora v ponudbi predložiti tudi izpolnjene obrazce ESPD za vsakega podizvajalca, s katerim bo sodeloval pri naročilu.*

*/.../*

*Podizvajalec mora enako kot ponudnik izpolnjevati pogoje pod točkami 8.1. do 8.1.5 teh navodil.*

*Če bo ponudnik izvajal javno naročilo s podizvajalci, mora v ponudbi:*

- navesti vse podizvajalce ter vsak del javnega naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje,*
- kontaktne podatke in zakonite zastopnike predlaganih podizvajalcev,*
- priložiti izpolnjene ESPD teh podizvajalcev v skladu z 79. členom ZJN-3 ter*
- priložiti zahtevo podizvajalca za neposredno plačilo, če podizvajalec to zahteva./.../«*

Dalje je naročnik v razpisni dokumentaciji pod poglavjem »Sestavljanje ponudbe« med drugim določil še:

*»11.1 Obrazec »ESPD« za vse gospodarske subjekte*

*Obrazec ESPD predstavlja uradno izjavo gospodarskega subjekta, da zanj ne obstajajo razlogi za izključitev in da izpolnjuje pogoje za sodelovanje, hkrati pa zagotavlja ustrezne informacije, ki jih zahteva naročnik./.../«*

*Izpolnjen in podpisan ESPD mora biti v ponudbi priložen za vse gospodarske subjekte, ki v kakršni koli vlogi sodelujejo v ponudbi (ponudnik, sodelujoči ponudniki v primeru skupne ponudbe, gospodarski subjekt, na katerih kapacitete se sklicuje ponudnik, in podizvajalci)/.../«*

Na podlagi predstavljenih določb razpisne dokumentacije se gre strinjati z vlagateljem, da so lahko ponudniki v zvezi z izpolnjevanjem pogoja po razpolaganju z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T s pripadajočo opremo in (najmanj) štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T sodelovali z drugimi subjekti, vendar so morali v tem primeru take subjekte predstaviti oziroma jih imenovati v ponudbi ter zanje s predložitvijo ESPD dokazati izpolnjevanje ustreznih pogojev za sodelovanje in neobstoj razlogov za izključitev.

Naročnik ne zanika vlagateljevih navedb, te pa so potrjene tudi s pregledom ponudbe izbranega ponudnika, da ta v svoji ponudbi ni predstavil ne partnerjev, s katerimi bi skupaj oddali ponudbo, ne podizvajalcev, prav tako pa v ponudbi ni predstavil morebitnih drugih subjektov, na katerih zmogljivosti bi se skliceval. Nasprotno, kot utemeljeno navaja vlagatelj, je izbrani ponudnik v ESPD navedel, da pri predmetnem postopku oddaje javnega naročila ne sodeluje skupaj z drugimi subjekti in ne uporablja zmogljivosti drugih subjektov, da bi izpolnil pogoje za sodelovanje. Pregled ponudbe izbranega ponudnika nadalje pokaže, da izbrani ponudnik ESPD obrazcev za morebitne druge subjekte (razen zase) v ponudbi ni predložil. Na podlagi ponudbe izbranega ponudnika bi šlo torej zaključiti, da slednji v obravnavanem postopku oddaje javnega naročila nastopa sam, brez partnerjev in podizvajalcev, pogoj v zvezi z razpolaganjem z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T s pripadajočo opremo in (najmanj) štirimi tovornimi vozili (prekucniki) do 10 T pa izpolnjuje brez sodelovanja z drugimi subjekti. To nenazadnje v vlogi z dne 2. 9. 2022 zatrjuje tudi izbrani ponudnik sam.

Vendar pa dokazila, ki jih je k vlogi z dne 2. 9. 2022 priložil izbrani ponudnik, njegovih navedb o tem, da pogoj v zvezi z razpolaganjem z zahtevano količino mini bagrov do 2 T izpolnjuje z lastnimi sredstvi, ne potrjujejo. Izbrani ponudnik je namreč za dokazovanje teh navedb predložil izpisek iz registra osnovnih sredstev, iz katerega izhaja, da ima v lasti (zgolj) en bager nakladalec (Bobcat 463) do 2 T in ne štirih, kot je to zahteval naročnik. Izbrani ponudnik sicer navaja, da – poleg z omenjenim bagrom Bobcat 463 – razpolaga tudi s tremi mini bagri do 2 T, ki so predmet najemne pogodbe. Res iz pogodbe z dne 1. 8. 2022, ki jo je izbrani ponudnik prvič predložil šele v postopku pravnega varstva, izhaja, da bo gospodarski subjekt A d.o.o. izbranemu ponudniku na podlagi njegovega pisnega naročila proti plačilu izročil tri mini bagre do 2 T s pripadajočo opremo. Vendar pa navedeni trije mini bagri niso v lasti izbranega ponudnika in zato ne predstavljajo njegovih zmogljivosti, kot to zmotno zatrjuje izbrani ponudnik. Trije mini bagri, ki so predmet pogodbe z dne 1. 8. 2022, namreč predstavljajo lastna sredstva oziroma zmogljivosti gospodarskega subjekta A d.o.o. To pa pomeni, da izbrani ponudnik pogoja v zvezi z razpolaganjem z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T ne izpolnjuje sam, pač pa za izpolnitev tega pogoja uporablja zmogljivost gospodarskega subjekta A d.o.o. Posledično bi moral izbrani ponudnik – v skladu s predstavljenimi določbami razpisne dokumentacije, ki ponudnikom nalagajo, da morajo vse gospodarske subjekte, ki v kakršnikoli obliki sodelujejo s posameznim ponudnikom v zvezi s predmetnim javnim naročilom – gospodarski subjekt A d.o.o. predstaviti

oziroma ga imenovati v ponudbi ter zanj predložiti izpolnjen obrazec ESPD, kot to utemeljeno zatrjuje vlagatelj.

Vendar izbrani ponudnik, kot že obrazloženo, gospodarskega subjekta A d.o.o. – ki mu bo dal na razpolago tri manjkajoče mini bagre do 2 T in mu s tem omogočil izvedbo javnega naročila oziroma bo morda (kot partner ali podizvajalec) celo sodeloval pri izvedbi predmeta javnega naročila – v ponudbi ni predstavil ter zanj ni predložil zahtevanih dokazil (ESPD obrazca), kot je to v razpisni dokumentaciji zahteval naročnik. Posledično naročnik ni ravnal v skladu s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 ter določbami razpisne dokumentacije, saj ni preveril, ali gospodarski subjekt A d.o.o. izpolnjuje ustrezne pogoje za sodelovanje in ali zanj ne obstajajo razlogi za izključitev. To pa pomeni, da naročnik ni imel podlage za zaključek, da je izbrani ponudnik predložil ponudbo, ki je skladna z zahtevami iz razpisne dokumentacije in zato dopustna.

Na tem mestu velja opozoriti, da je Državna revizijska komisija podobno dejansko stanje ugotovila že v zadevi 018-062/2022, ki se je od ugotovljenega v obravnavanem primeru razlikovalo zgolj v tem, da je izbrani ponudnik v omenjeni zadevi najemno pogodbo (oziroma njeno prvo stran) za zahtevano skladišče predložil že v ponudbi, medtem ko je v sedaj obravnavani zadevi pogodbo z dne 1. 8. 2022 prvič predložil šele v postopku pravnega varstva. Državna revizijska komisija je tako že v zadevi 018-062/2022 pojasnila, da bi predstavitev, v kakšnem svojstvu bo sopogodbenik izbranega ponudnika nastopal v ponudbi (zgolj kot »drugi subjekt« ali morda celo kot partner ali podizvajalec), po poteku roka za predložitev ponudb presegala okvir določbe petega odstavka 89. člena ZJN-3, saj bi se nanašala na elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb, ni mogoče objektivno preveriti. Z imenovanjem subjekta kot partnerja, podizvajalca ali zgolj kot »drugega subjekta« namreč ponudnik predstavi svojo poslovno odločitev oziroma voljo, v kakšnem svojstvu bo ta subjekt nastopal v ponudbi, takšna poslovna odločitev pa (v kolikor ni navzven razpoznavna) ne predstavlja objektivnega dejstva ali podatka, katerega obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb, bi bilo mogoče objektivno preveriti.

V tej zvezi gre v obravnavanem primeru izpostaviti, da izbrani ponudnik gospodarskega subjekta A d.o.o. v ponudbi nikjer ni niti omenil, še manj pa ga je predstavil kot partnerja, podizvajalca ali kot drug subjekt, na čigar zmogljivosti bi se skliceval v zvezi s pogojem po razpolaganju z (najmanj) štirimi mini bagri do 2 T, niti ni za ta subjekt v ponudbi predložil ESPD obrazca. Upoštevanje navedeno in ob dejstvu, da je izbrani ponudnik pogodbo z dne 1. 8. 2022 predložil šele v postopku pravnega varstva, pri čemer še vedno zatrjuje, da v obravnavanem postopku oddaje javnega naročila nastopa sam in uporablja zgolj lastne zmogljivosti, Državna revizijska komisija zaključuje, da v konkretnem primeru ni mogoče po izteku roka za predložitev ponudb objektivno preveriti, v kakšnem svojstvu, če sploh, naj bi gospodarski subjekt A d.o.o. v skladu z voljo izbranega ponudnika ob izteku roka za predložitev ponudb nastopal v njegovi ponudbi.

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 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 30/2022-G-M-O z dne 22. 8. 2022.

Ker je Državna revizijska komisija že na podlagi navedenega ugotovila, da je vlagatelj uspel izkazati naročnikovo kršitev v postopku oddaje javnega naročila (tj. nezakonita izbira stranke okvirnega sporazuma) in je vlagateljevemu pravovarstvenemu predlogu ugodila ter izpodbijano odločitev razveljavila, ni obravnavala preostalih navedb vlagatelja. Te so bile namreč usmerjene



v zatiranje iste kršitve (tj. nezakonita izbira stranke okvirnega sporazuma), posledično pa njihova obravnava ne bi mogla v ničemer vplivati na drugačno odločitev Državne revizijske komisije.

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 razpisne dokumentacije, pri čemer naj upošteva ugotovitve Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa.

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

Vlagatelj v zahtevku za revizijo in svojih 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).

V zvezi s takso vlagatelj navaja, da višina slednje ne znaša 21.080,56 EUR, kot jo je napačno določil naročnik, pač pa 2.000,00 EUR, saj se v konkretnem primeru zahtevek za revizijo nanaša na odločitev o izbiri stranke okvirnega sporazuma.

V tej zvezi Državna revizijska komisija pojasnjuje, da je treba v skladu z drugim odstavkom 48. člena ZJN-3 za okvirni sporazum šteti sporazum med enim ali več naročniki in enim ali več gospodarskimi subjekti, katerega predmet je določitev pogojev, s katerimi se uredijo naročila, ki se oddajo v posameznem obdobju, zlasti v zvezi s ceno in, če je ustrezno, predvideno količino. V skladu s prvo povedjo šestega odstavka istega člena ZJN-3 se naročila na podlagi sporazuma, če se okvirni sporazum sklene z enim samim gospodarskim subjektom, oddajo v skladu s pogoji iz okvirnega sporazuma.

V obravnavani zadevi je naročnik v razpisni dokumentaciji (med drugim):

- pod poglavjem »2 OZNAKA IN PREDMET JAVNEGA NAROČILA« navedel, da interventnih gradbeno – zemeljskih del za potrebe popravil na vodovodnem omrežju po obsegu in časovno ne more vnaprej točno določiti, zato se ne zavezuje oddati točno določenega števila naročil, saj je število bodočih naročil v obdobju dveh let objektivno nedoločljivo in je odvisno od potreb naročnika;
- pod poglavjem »18 VZOREC POGODBE« v 2. členu zapisal, da »s to pogodbo pogodbeni stranki določata obseg in pogoje medsebojnega sodelovanja na področju izvajanja intervencijskih gradbeno-zemeljskih del na vodovodnem omrežju v skladu z naročnikovo razpisno dokumentacijo ter izvajalčevo ponudbo št. \_\_\_\_\_ z dne \_\_\_\_\_, ki sta podlaga za sklenitev te pogodbe, in sicer v okvirni skupni letni vrednosti brez DDV: \_\_\_\_\_ EUR;
- pod poglavjem »18 VZOREC POGODBE« v 3. členu določil, da so predmet javnega naročila ».../ interventna gradbeno-zemeljska dela za potrebe popravil na vodovodnem omrežju, ki jih naročnik po obsegu in časovno ne more vnaprej določiti«;
- pod poglavjem »18 VZOREC POGODBE« v 4. členu navedel, da se pred oddajo posameznih naročil ».../stranki dogovorita o operativnem načinu obveščanja in podajanja informacij o velikosti in obsegu naročenega posega ter kontaktne osebe za izvedbo del«;
- pod poglavjem »18 VZOREC POGODBE« v 8. členu zapisal, da se naročnik in izvajalec ».../izrecno dogovorita, da bo naročnik v obdobju trajanja te pogodbe naročal le tiste

*vrste del in količino del iz ponudbe, ki jih bo dejansko potreboval», naročnik pa bo »/.../vsako posamezno intervencijo naročal z naročilnico v pisni obliki/.../«.*

Iz predstavljenih določb razpisne dokumentacije izhaja, da se bodo v konkretnem primeru dela na vodovodnem omrežju izvajala na podlagi posameznih naročil, ki jih bo naročnik v obdobju dveh let oddajal izbranemu ponudniku po pogojih, določenih z obravnavanim sporazumom. Ker je iz predstavljenih določb razbrati, da bodo posamezna naročila tako po času kot po količini vezana na dejanske potrebe naročnika in njihovega števila zato vnaprej ni mogoče določiti, se gre strinjati z vlagateljem, da so količine iz sporazuma zgolj okvirne. Iz določb razpisne dokumentacije nadalje izhaja, da se bosta naročnik in izbrani ponudnik pred oddajo vsakega posameznega naročila dogovorila o velikosti oziroma obsegu vsakokratnega naročenega posega, operativnem načinu obveščanja ter podajanja informacij in kontaktnih osebah za izvedbo del, kar pomeni, da je komunikacija med naročnikom in izbranim ponudnikom pred oddajo posameznega naročila potrebna in tudi vnaprej predvidena. Ker bo torej naročnik dela na podlagi sklenjenega sporazuma v obdobju dveh let oddajal (le) glede na dejanske potrebe s posameznimi naročili, vezanimi na predhodno komunikacijo z izbranim ponudnikom, v konkretnem primeru ne gre za običajno pogodbo o izvedbi javnega naročila, pač pa za okvirni sporazum po 48. členu ZJN-3 (prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-026/2018, 018-153/2019 in 018-011/2020). Glede na navedeno Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da naročnik višine takse za predrevizijski in revizijski postopek ni določil pravilno, saj ta v primeru zahtevka za revizijo zoper odločitve o izbiri stranke okvirnega sporazuma, sprejeto v postopku naročila male vrednosti, v skladu z drugim odstavkom 71. člena ZPVPJN znaša 2.000,00 EUR in ne 21.080,56 EUR, kolikor jo je v konkretnem primeru odmeril naročnik (čemur nenazadnje v sklepu o zavrnitvi zahtevka za revizijo pritrjuje tudi naročnik sam).

Ker je vlagatelj takso plačal v skladu s pravnim poukom naročnika, tj. v višini 21.080,56 EUR (gl. potrdilo o plačilu takse z dne 26. 8. 2022), jo je preplačal. Državna revizijska komisija bo zato o preplačanem delu takse v višini 19.080,56 EUR odločila v skladu z 72. členom ZPVPJN.

Ob dejstvu, da je v konkretnem primeru zahtevka za revizijo utemeljen, je torej vlagatelj na podlagi tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN upravičen do povrnitve potrebnih stroškov postopka pravnega varstva.

Državna revizijska komisija je glede na navedeno 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 3.000 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 2.196,00 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku v višini 40 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 29,28 EUR (presežek nad 40 točkami je Državna revizijska komisija zavrnila, saj zanj ni pravne podlage), 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 vlog z dne 15. 9. 2022 in 7. 10. 2022, 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 omenjenih vlogah niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašeni stroškov za pregled dokumentacije, saj so v tar. št. 43 OT opredeljene storitve, ki niso že zajete 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 že zajeti 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 4.225,28 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 2. 9. 2022 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.

Predsednik senata:  
Samo Červek, univ. dipl. prav.,  
predsednik Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- pooblaščenec vlagatelja,
- izbrani ponudnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.