

Številka: 018-116/2023-12

Datum: 20. 12. 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 Marka Medveda in Igorja Luzarja, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Rekonstrukcija odseka lokalne ceste Voklo - Trboje*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Gorenjska gradbena družba, projektiranje, inženiring, gradnja in vzdrževanje objektov visoke in nizke gradnje d.d., Jezerska cesta 20, Kranj, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Herlec Plevnik o.p., d.o.o., Jezerska cesta 20, Kranj (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Občina Šenčur, Kranjska cesta 11, Šenčur (v nadaljevanju: naročnik), dne 20. 12. 2023

**odločila:**

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o izidu javnega naročila*« z dne 4. 9. 2023.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 24.506,65 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

**Obrazložitev:**

Naročnik je obvestilo o naročilu, ki ga izvaja po postopku oddaje naročila male vrednosti, objavil na Portalu javnih naročil dne 12. 7. 2023, pod številko objave JN004552/2023-W01.

Dne 4. 9. 2023 je naročnik na Portalu javnih naročil objavil dokument »*Odločitev o izidu javnega naročila*« z dne 4. 9. 2023, iz katerega izhaja, da je javno naročilo oddal ponudnikoma v skupnem nastopu, družbi Gradbeništvo Prestor, gradbena dela in projektiranje d.o.o., Cesta na Rupo 85, Kranj in družbi Garnol, inženiring, gradnje in kadri, d.o.o., Laze 18a, Kranj (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), ki sta oddala ekonomsko najugodnejšo dopustno ponudbo; ponudbe vlagatelja, ki se je glede na merilo za izbor ponudb uvrstila na drugo mesto, naročnik ni pregledoval (v nadaljevanju: odločitev o oddaji naročila).

Vlagatelj je z vlogo z dne 5. 9. 2023 pri naročniku zahteval vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika in spis naročnika. Naročnik mu je dne 6. 9. 2023 omogočil vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, v kateri je prekril osebne podatke in poslovne skrivnosti.

Vlagatelj je z vlogo z dne 8. 9. 2023 naročniku predlagal spremembo odločitve o oddaji naročila. Naročnik predlogu vlagatelja ni sledil.

Zoper odločitev o oddaji naročila je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo z dne 11. 9. 2023 (v nadaljevanju: zahtevek za revizijo), v katerem zatrjuje, da je naročnik pri vpogledu ravnal v nasprotju s 6. in 35. členom Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015, s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), dalje pa tudi v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja, prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3 in razpisno dokumentacijo, saj je ponudbo izbranega ponudnika, kljub pomanjkljivostim, označil za dopustno in mu oddal javno naročilo. Vlagatelj predlaga, naj se mu dovoli vpogled v celotno in v celoti razkrita ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika in spis oz. dokumentacijo, ki jo v zvezi s predmetnim javnim naročilom vodi naročnik; po dopolnitvi zahtevka za revizijo, naj se le-temu ugotovi, izpodbijana odločitev pa razveljavi; zahteva tudi povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Izbrani ponudnik oz. oba partnerja v skupnem nastopu sta se do navedb vlagatelja opredelila v vsebinsko enakih vlogah z dne 14. 9. 2023 (v nadaljevanju: izjasnitev).

Naročnik je z dokumentom »*Odločitev*« z dne 22. 9. 2023 zahtevek za revizijo zavrnil, posledično pa zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo).

Vlagatelj se je do navedb naročnika iz odločitve o zahtevku za revizijo opredelil z vlogo z dne 26. 9. 2023 (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika).

Državna revizijska komisija je vlagatelju na njegovo zaprosilo posredovala vlogi z dne 14. 9. 2023, v katerih se je izbrani ponudnik opredelil do navedb vlagatelja. Vlagatelj se je do navedenih vlog opredelil z vlogo z dne 13. 10. 2023 (v nadaljevanju: vloga z dne 13. 10. 2023).

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 22. 9. 2023 in dne 8. 11. 2023 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila.

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

I. glede vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika in dokumentacijo naročnika

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da mu naročnik ni ustrezno in v celoti (razkrita) posredoval zahtevane dokumentacije, s čemer je kršil 6. in 35. člen ZJN-3. Izpostavlja, da se, skladno z Zakonom o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/2019, v nadaljevanju: ZPosS), lahko prekrijejo zgolj določeni podatki, ne pa celotni sklopi dokumentov in zatrjuje, da je naročnik prikril javne podatke v nasprotju s prakso Državne revizijske komisije, prakso informacijskega pooblaščenca in zakonom, ki ureja dostop do informacij javnega značaja.

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik nezakonito prekril

- celotno vsebino potrdila o referenčnem delu za objekt *Komunalna ureditev naselij Prebačevo in Voklo – odsek Voklo* in potrdila o referenčnem delu za objekt *Rekonstrukcija ceste,*

*Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča*, zaradi česar ni mogoče preveriti izpolnjevanja referenčnih zahtev; ker je investitor javni subjekt, bi moral naročnik, skladno s prakso Državne revizijske komisije, omogočiti popolnoma odkrit vpogled v potrdili; vlagatelj izrecno zatrjuje, da izbrani ponudnik zahtevanih referenc ne izpolnjuje;

- vsebino partnerske pogodbe, zaradi česar ni mogoče preveriti, ali pogodba vsebuje zahtevano določbo glede solidarne odgovornosti partnerjev; vlagatelj izrecno zatrjuje, da določbe pogodba ne vsebuje; neosnovano so zakriti tudi podpisniki pogodbe, čeprav je podatek o zakonitih zastopnikih družb javen; pogodba ni podpisana in datirana;
- celotno vsebino obrazca *ePRO Reference in kadri* v delu 1.2 *Podatki o kadru*, zaradi česar ni mogoče preveriti izpolnjevanja referenčnih zahtev (predvidena vloga, zaposlitev).

Vlagatelj podaja predlog za vpogled v celoten spis v zvezi s predmetnim postopkom javnega naročila. Opozarja na določbo devetega odstavka 70. člena ZPVPJN glede povrnitve stroškov predrevizijskega in revizijskega postopka v primeru kršitve pravice do vpogleda.

Izbrani ponudnik v izjasnitvi navaja, da partnerska pogodba vsebuje določbo, ki jo izpostavlja vlagatelj in da je bila naročniku predložena podpisana in datirana celovita partnerska pogodba. Iz njene vsebine gre razbrati natanko to, kar naročnik zahteva v razpisni dokumentaciji.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo v celoti zavrača očitke vlagatelja o kršitvi pravice do vpogleda. Pojasnjuje, da je vlagatelju, skladno z zahtevo za vpogled, posredoval vso dokumentacijo, kot jo določa 35. člen ZJN-3, pri razkrivanju podatkov pa kritično presodil, ali je oznaka poslovne skrivnosti na posameznih dokumentih upravičena in varoval podatke, ki štejejo za osebne. Poudarja, da dokumenti niso bili prekriti v celoti, pač pa na način, da se je vlagatelj lahko seznanil z nazivom dokumenta in na ta način preveril, da je ponudba izbranega ponudnika vsebovala vse zahtevane dokumente. Dodaja, da večina dokumentov, ki so bili prikriti v večjem obsegu, v okviru javnega naročila ni bila zahtevana, zato ti za presojo dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika ne morejo biti relevantni, vlagatelj pa za vpogled vanje tudi nima izkazanega interesa. Ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-009/2017 naročnik navaja, da je namen vpogleda v tem, da se vlagatelj seznanil z morebitnimi dejstvi in dokazi, s katerimi utemeljuje kršitve naročnika pri izdaji odločitve o oddaji naročila, ne pa v tem, da se kot konkurenčni ponudnik seznanil z vsemi informacijami izbranega ponudnika. Naročnik poudarja, da je skladno s petim odstavkom 35. člena ZJN-3 predmet vpogleda le ponudba izbranega ponudnika z morebitnimi dopolnitvami, nikakor pa ne celoten spis naročnika. V slednjega vlagatelj nima pravice vpogledati.

Naročnik navaja, da so skladno s četrtem odstavkom 35. člena ZJN-3 dokumenti v zvezi z oddajo javnega naročila javni šele po pravnomočnosti odločitve o oddaji naročila. Ker se zakon, ki ureja dostop do informacij javnega značaja pred tem ne uporablja, je vlagateljevo sklicevanje nanj in na prakso informacijskega pooblaščenca brezpredmetno.

Naročnik pojasnjuje, da je podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, potrdila o referenčnih delih, predložena v ponudbi, označil kot poslovno skrivnost skladno s sklepom o poslovni skrivnosti. Kljub temu je naročnik na potrdilih o referenčnih delih razkril podatke, ki so javni in iz katerih je razvidno izpolnjevanje referenčnih zahtev, prikriji pa le tiste podatke, ki za presojo izpolnjevanja referenčnih zahtev niso bili relevantni (struktura cene itd). Naročnik dalje poudarja, da v razpisni dokumentaciji potrdil o referenčnih delih, ki jih je predložil izbrani ponudnik, ni zahteval, saj je predvidel izkazovanje referenčnih zahtev s predložitvijo obrazca ESPD in obrazca *ePRO Reference in kadri*. V slednja je bil vlagatelju vpogled omogočen v celoti, iz njih pa so razvidni tudi podatki o izpolnjevanju referenčnih zahtev. Naročnik sklicevanje vlagatelja na odločitev Državne revizijske komisije in informacijske pooblaščenke označuje za neprimerno.

Naročnik dalje pojasnjuje, da je bila vsebina partnerske pogodbe upravičeno označena kot poslovna skrivnost, saj vsebuje podatke o razdelitvi in načinu dela med partnerjema, kar predstavlja poslovno prednost izbranega ponudnika. Ker je sporazum podpisal pooblaščenec zakonitega zastopnika ponudnika, katerega ime in priimek nista javen podatek, jih naročnik ni upravičen razkriti. Vlagatelj se je z dokumentom lahko seznanil in ugotovil, da je v ponudbi izbranega ponudnika, skladno z zahtevo naročnika, predložen. Naročnik predlaga, da v dokument vpogleda Državna revizijska komisija.

Naročnik pojasnjuje, da so v obrazcu *ePRO Reference in kadri* v delu 1.2 *Podatki o kadru* navedeni osebni podatki, do katerih vlagatelj nima pravice dostopati. Poudarja, da ne drži, da se vlagatelj ni mogel seznaniti s podatki o referenčnem delu, ki se nanašajo na vodjo gradnje, saj so bili podatki o referenčnem projektu, opisu posla ter vlogi kadra na projektu razkriti in je iz njih razvidno, da nominirani kader referenčni pogoj izpolnjuje.

Naročnik zaključuje, da ni kršil vlagateljeve pravice do vpogleda, zato vlagatelj ni upravičen do povračila kakršnihkoli stroškov predrevizijskega in revizijskega postopka.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika in v vlogi z dne 13. 10. 2023 vztraja tako pri navedbah, ki se nanašajo na kršitve naročnika glede vpogleda in razkritja dokumentacije izbranega ponudnika kot tudi pri dokaznih predlogih. Vztraja tudi pri zahtevi, da se mu omogoči vpogled v spis predmetnega javnega naročila.

ZJN-3 v petem odstavku 35. člena določa, v kakšnem obsegu naročnik dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, in sicer naročnik dovoli vpogled v vse dele, razen v tiste dele, ki upoštevajo določbe ZJN-3 predstavljajo poslovno skrivnost ali gre za tajne podatke v skladu z zakonom, ki ureja dostop do tajnih podatkov ali za osebne podatke, ki se varujejo v skladu z zakonom, ki ureja varstvo osebnih podatkov. V skladu s prvim odstavkom 35. člena ZJN-3 naročnik ne sme razkriti informacij, ki mu jih gospodarski subjekt predloži in označi kot poslovno skrivnost, kot to določa zakon, ki ureja gospodarske družbe, če ZJN-3 ali drug zakon ne določa drugače, zagotoviti pa mora tudi varovanje podatkov, ki se glede na določbe zakona, ki ureja varstvo osebnih podatkov in varstvo tajnih podatkov, štejejo za osebne ali tajne podatke. V postopkih javnega naročanja so podatki, ki so po zakonu javni in jih gospodarski subjekt ne more označiti kot poslovno skrivnost, določeni v drugem odstavku 35. člena ZJN-3. Kaj šteje za poslovno skrivnost je sicer določeno v prvem odstavku 39. člena Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/06 s sprem.) in v prvem odstavku 2. člena ZPosS.

Naročniku zgolj zato, ker oznaki poslovne skrivnosti oz. sklepu o določitvi poslovne skrivnosti v celoti sledi, kršitve pravice do vpogleda še ni mogoče očitati. Bistveno namreč je, da naročnik v vsakem konkretnem primeru presodi, ali je gospodarski subjekt podatke oz. informacije v ponudbi upravičeno označil za poslovno skrivnost. Če temu ni tako, mora naročnik oznako poslovne skrivnosti spregledati in zainteresiranemu ponudniku omogočiti vpogled v podatke oz. informacije oznaki poslovne skrivnosti navkljub (prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-079/2018, 018-117/2019, 018-120/2020).

Ker je zahtevke za revizijo namenjen zatrjevanju kršitev, ki naj bi jih v postopku oddaje javnega naročila domnevno storil naročnik, ZPVPJN od vlagatelja zahteva aktivno vlogo pri navajanju dejstev ter predlaganju dokazov. Ker so v ZPVPJN taksativno našteje zgolj obvezne sestavine zahtevka za revizijo, je potrebno zahteve v zvezi z zatrjevanjem kršitev in dejstev ter v zvezi z dokazovanjem le-teh poiskati v Zakonu o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), katerega določbe se na podlagi 13. člena ZPVPJN uporabljajo v predrevizijskem, revizijskem in pritožbenem postopku glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja. Iz določb 7. in 212. člena ZPP izhaja t.i. trditveno-dokazno breme, ki pomeni dolžnost tožnika, da

jasno, določno in konkretno navede dejstva, na katera opira tožbeni zahtev (trditveno breme) in zanje predlaga dokaze, ki naj resničnost zatrjevanih dejstev potrdijo (dokazno breme). Da bi torej vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel, mora kršitev zatrjevati tako, da jasno, določno in konkretizirano navede vsa dejstva, ki kažejo na določeno nezakonitost, ter predlagati dokaze, ki bodo ta dejstva dokazala.

Državna revizijska komisija ni na splošno presojala, ali bi moral naročnik vlagatelju omogočiti vpogled v večjem obsegu, kot mu ga je že omogočil, ampak je, kolikor je vlagatelj v zahtevku za revizijo konkretiziral sume domnevnih kršitev, ki bi lahko vplivali na oceno dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika oz. izpostavil konkretno zahtevo, za katero zatrjuje, da je izbrani ponudnik ne izpolnjuje, sama vpogledala v relevantne dele ponudbe izbranega ponudnika (tudi v tiste, ki vlagatelju niso bili razkriti, ker so bili označeni kot poslovna skrivnost). Ob upoštevanju, da ima vlagatelj v postopku pravnega varstva primarno interes, da se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila (prim. druga alineja prvega odstavka 28. člena ZPVPJN in druga alineja prvega odstavka 31. člena ZPVPJN), ne pa, da vpogleda v dokumentacijo (prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-110/2015, 018-078/2016, 018-120/2020) ter ob upoštevanju načela hitrosti (9. člen ZPVPJN), je takšen način zagotavljanja pravnega varstva skladen s prakso Državne revizijske komisije (npr. odločitve v zgoraj navedenih zadevah) in s prakso Sodišča EU (npr. sodba v zadevi št. C-450/06), ki dopušča, da v zaupne dele dokumentacije vpogleda organ pravnega varstva, da bi se na ta način zagotovilo ustrezno ravnovesje med pravico do učinkovitega pravnega varstva in pravico do varovanja zaupnosti podatkov.

Vlagatelj najprej zatrjuje, da je naročnik nezakonito v celoti zakril vsebino potrdil o referenčnih delih izbranega ponudnika in da zahtevanih referenc izbrani ponudnik ne izpolnjuje. S tem očitkom povezane navedbe vlagatelja, ki presegajo raven pavšalnega zatrjevanja, je Državna revizijska komisija obravnavala v točki II. obrazložitve tega sklepa.

Dalje vlagatelj zatrjuje, da je naročnik nezakonito zakril vsebino partnerske pogodbe, zaradi česar ni mogoče preveriti, ali pogodba vsebuje zahtevano določbo glede prevzema solidarne odgovornosti in ali je pogodba podpisana in datirana. Zatrjuje tudi, da je pogodba v izpostavljenih delih pomanjkljiva.

Naročnik je v podtočki 10. točke 4. *Ponudba v dokumentu ePRO Navodila ponudnikom* med drugim določil, da mora ponudba, v primeru, da ponudnik nastopa s partnerji, vsebovati partnersko pogodbo, ki mora »jasno določati, da proti naročniku za celotno obveznost in za vsak njen del odgovarjajo vsi partnerji solidarno in vsak posebej v celoti«.

Po vpogledu v partnersko pogodbo z dne 4. 8. 2023, ki jo je v ponudbi predložil izbrani ponudnik, Državna revizijska komisija ugotavlja, da partnerska pogodba zahtevano določbo glede prevzema solidarne odgovornosti vsebuje v 2. členu, partnerska pogodba pa je tudi datirana in podpisana s strani obeh partnerjev. Očitek vlagatelja o pomanjkljivostih partnerske pogodbe ni utemeljen.

Vlagatelj zatrjuje tudi, da je naročnik nezakonito zakril vsebino obrazca *ePRO Reference in kadri* v delu 1.2 *Podatki o kadru*, zaradi česar ni mogoče preveriti izpolnjevanja referenčnih zahtev (predvidena vloga, zaposlitev).

Naročnik je v podtočki C.2 točke 7. *Preverjanje sposobnosti* v dokumentu *ePRO Navodila ponudnikom* v okviru pogojev za sodelovanje določil, da mora gospodarski subjekt »za izvajanje razpisanih del zagotoviti vodjo gradnje«, ki je (med drugim) »v delovnem razmerju pri enem izmed partnerjev za polni delovni čas ali za krajši delovni čas v posebnih primerih v skladu z ZDR-1«. V izkaz izpolnjevanja zahtev iz navedene točke je naročnik predvidel izpolnjen obrazec ESPD in

obrazec *ePRO Reference in kadri*. V podtočki 11. točke 4. *Ponudba* razpisne dokumentacije je naročnik določil, da morajo ponudniki v zahtevanih obrazcih izpolniti prazna polja in vsebine, ki so predvidene za vnos podatkov s strani ponudnikov (v nadaljevanju: točka 4.11 razpisne dokumentacije).

Po vpogledu v vsebino obrazca *ePRO Reference in kadri* v delu 1.2 *Podatki o kadru*, ki ga je v ponudbi predložil izbrani ponudnik, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izbrani ponudnik navedeni del obrazca v celoti izpolnil, ugotavlja pa tudi, da iz podatkov, ki jih je v obrazcu navedel izbrani ponudnik, izhaja izpolnjevanje tako naročnikove zahteve glede vloge, ki jo je moral nominiran kader prevzeti v predmetnem javnem naročilu, kot tudi zahteve, da mora biti vodja gradnje zaposlen pri enem izmed partnerjev.

Nazadnje Državna revizijska komisija v zvezi z zahtevo vlagatelja po vpogledu v naročnikovo dokumentacijo o predmetnem javnem naročilu (oz. njegov spis) pojasnjuje, da peti odstavek 35. člena ZJN-3 ne vsebuje izrecne določbe, po kateri bi moral naročnik po sprejemu odločitve o oddaji naročila ponudniku na njegovo zahtevo (poleg vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika) dovoliti vpogled tudi v ostalo dokumentacijo (v zvezi z oddajo javnega naročila), zato s tem povezan predlog vlagatelja zavrača kot neutemeljen.

II. glede reference *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča*

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je izbrani ponudnik v ponudbi nominiral podizvajalca, družbo Gratel d.o.o., Kranj, ki je predložil dve potrdili o referenčnem delu, in sicer za

- objekt *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* in
- objekt *Komunalna ureditev naselij Prebačevo in Voklo – odsek Voklo*.

Vlagatelj najprej zatrjuje, da bi moral podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, glede na podtočko C.1 (pogoji za sodelovanje) točke 7. *Preverjanje sposobnosti* v dokumentu *ePRO Navodila ponudnikom* (v nadaljevanju: točka 7.C.1 razpisne dokumentacije) dejansko izvesti gradnje v delu, za katere se zahtevajo njegove zmogljivosti. Ker je podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, predložil dve referenci od zahtevanih treh, torej 66,6% referenc, bi moral izvesti gradnje v deležu 66,6%, ne pa zgolj v deležu 59,57%, kot izhaja iz ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika.

Zatrjuje tudi, da iz potrdila o referenčnem delu za objekt *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* izhaja, da je bil izvajalec na objektu le družba Gratel d.o.o., Kranj, kar ne drži, saj je posel izvajal konzorcij družb v sestavi Gratel d.o.o., Kranj in vlagatelj. Izbrani ponudnik ni v celoti izvedel referenčnega dela, saj je dela na področju asfalta in prometne opreme v skupni vrednosti 142.712,96 EUR brez DDV opravil vlagatelj (s tem v zvezi vlagatelj prilaga pogodbo o izvedbi referenčnega posla in končno situacijo). Vlagatelj zatrjuje, da izbranemu ponudniku, glede na količino, naravo in odstotek del, opravljenih s strani vlagatelja, ne pripada referenca za celoten posel na navedenem objektu, pač pa kvečjemu sorazmerno manjši del, kar ne ustreza naročnikovi referenčni zahtevi. Vlagatelj predlaga imenovanje izvedenca gradbene oz. druge ustrežne stroke, ki naj preuči navedeni projekt ter se opredeli do del, ki jih je izvedla družba Gratel d.o.o., Kranj, naročnik pa naj v ta namen predloži celotno dokumentacijo omenjenega projekta.

Vlagatelj dalje zatrjuje, da potrdilo o referenčnem delu za objekt *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* ni ustrezno. Zatrjuje, da ni izdano na vnaprej pripravljenem obrazcu investitorja, ampak na drugem dokumentu, kar ni skladno z zahtevo naročnika iz podtočke 11. točke 4. *Ponudba* v dokumentu *ePRO Navodila ponudnikom* o načinu izpolnjevanja zahtevanih obrazcev; da ne vsebuje (primeroma) podatkov glede partnerjev pri

referenčnem poslu, deleža izvajalca od skupne vrednosti posla v EUR brez DDV, če je bil udeležen v skupnem poslu (v % ali v EUR brez DDV) in opisa posla, iz katerega je razvidno izpolnjevanje pogojev (npr. izvedene aktivnosti, opravljene storitve), kot izhaja iz zahteve iz točke 7.C.1 razpisne dokumentacije; da ni žigosano s strani referenčnega naročnika, čeprav le-ta žig uporablja in je k njegovi uporabi zavezan na podlagi veljavnih zakonskih in podzakonskih predpisov. Ker potrdilo ni žigosano, se mora šteti za neizdano.

Izbrani ponudnik v izjasnitvi navaja, da je predmetni naročnik hkrati tudi referenčni naročnik referenčnega projekta *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* in so mu kot takemu znani vsi podatki o njegovi izvedbi. Izbrani ponudnik ne prereka dejstva, da je pri izvedbi posla, poleg vodilnega partnerja, družbe Gratel d.o.o., Kranj, sodeloval tudi vlagatelj kot partner, in sicer pri izvedbi del na področju asfalta in prometne opreme. V zvezi z očitkom, da zaradi tega ne izpolnjuje naročnikove referenčne zahteve, izbrani ponudnik izpostavlja, da naročnik ni določil, da mora ponudnik izkazati, da je istovrsten projekt izvedel v celoti sam oz. neposredno sam, brez sodelovanja drugih gospodarskih subjektov. Razpisne dokumentacije ni mogoče razumeti na način, kot zatrjuje vlagatelj, tj. da naročnik zahteva »lastno referenco«, zato vprašanje, kakšna je bila intenziteta udeležbe vlagatelja pri referenčnem poslu, ni relevantno. Če bi naročnik referenčno zahtevo presojal drugače, bi to pomenilo, da določa konkretno vsebino pogoja za sodelovanje po poteku roka za predložitev ponudb, kar ni skladno z drugim odstavkom 67. člena ZJN-3.

Izbrani ponudnik navedbe vlagatelja o manjkajočem žigu na referenčnem potrdilu zavrača in navaja, da je zaradi slabe kopije morda le slabo viden. Prilaga kopijo potrdila o referenčnem delu in pojasnjuje, da je naročniku, kot referenčnemu naročniku, znano, da je dne 13. 5. 2021 žigosal sporno potrdilo o referenčnem delu.

Nazadnje izbrani ponudnik še navaja, da bo podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, skladno s točko 7.C.1 razpisne dokumentacije izvedel dela, za katera se zahtevajo tehnične zmogljivosti, vlagateljev izračun prevzetih del pa označuje za zmoten. Izbrani ponudnik poudarja, da je pri delitvi del ustrezno upošteval vso razpisno dokumentacijo ter delež prevzetih del vseh sodelujočih gospodarskih subjektov v ponudbi pravilno določil.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo izpostavlja, da v razpisni dokumentaciji ni pripravil obrazca, ki bi predstavljal potrdilo o referenčnem delu, niti ga ni zahteval. Za brezpredmetne zato označuje navedbe vlagatelja o neustreznosti tega potrdila, pa tudi navedbe, da potrdilo ni ustrezno žigosano in ne bi smelo biti upošteveno. Potrdilo, ki ni bilo zahtevano, po mnenju naročnika v nobenem primeru ne vpliva na dopustnost ponudbe izbranega ponudnika.

V zvezi z očitki vlagatelja, povezanimi z referenčnim poslom *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* naročnik navaja, da sta navedeni referenčni posel res izvedla sponudnika, družba Gratel d.o.o., Kranj, in vlagatelj, vendar pa meni, da dejstvo, da je dela, ki se nanašajo na asfaltiranje, deloma izvedel vlagatelj, ne vpliva na ugotovitev o dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika. Obe družbi sta namreč referenčni projekt izvedli kot partnerja, zaradi česar se referenca za izvedeni posel obema prizna v celoti. Tudi sicer naročnik v razpisni dokumentaciji ni izrecno zahteval, da mora ponudnik v okviru priglašenega referenčnega posla izvesti vsa dela dejansko oz. neposredno sam. Ker je referenčni posel izpolnjeval referenčne zahteve, naročnik ni imel nobene podlage, da ga ne bi štel za ustreznega. Ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-314/2013 naročnik zatrjuje, da je udeležba vodilnega partnerja, ki je naročniku v celoti odgovoren za dobro in kvalitetno izvedbo posla ter nad izvajalci izvaja nadzor pred potrditvijo in prevzemom opravljenih del, četudi fizično vseh del ne izvede, tako intenzivna, da mu gre priznati tudi referenco za tisti del posla, ki ga je izvedel

njegov podizvajalec. Po prepričanju naročnika je to še toliko bolj mogoče trditi za partnerja. S tem očitkom povezane dokazne predloge vlagatelja zato zavrača kot nepotrebne.

Naročnik prereka tudi matematične izračune vlagatelja glede deleža posla, ki bi ga moral glede na točko 7.C.1 razpisne dokumentacije prevzeti v izvedbo podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj. Zatrjuje, da razpisne dokumentacije ni mogoče razlagati na način, da morajo drugi subjekti, ki nastopajo v ponudbi, v primeru, da predložijo reference, izvesti javno naročilo v deležu, ki je premosorazmeren s številom predloženih referenc. Z zahtevo, da morajo v primeru sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov, slednji izvesti gradnje v delu, za katere se zahtevajo te zmogljivosti, je naročnik želel preprečiti, da bi ponudniki v ponudbi priglasili podizvajalce zgolj z namenom izkazovanja referenčnih pogojev, ki pa del dejansko ne bodo izvajali. V konkretnem primeru je izbrani ponudnik tudi sam predložil referenco, s čimer je izkazal, da je sposoben izvesti predmetni posel. Ker je projekt sestavljen tudi iz drugih postavk, ne le iz izgradnje in/ali rekonstrukcije ceste, ni mogoče trditi, da mora biti delež, ki ga prevzema podizvajalec v podizvajanje, enak odstotku, ki odpade na podizvajalčeve reference. Naročnik zaključuje, da je izbrani ponudnik pri delitvi del ustrezno upošteval razpisno dokumentacijo in skladno s svojo poslovno odločitvijo določil delež prevzetih del s strani sodelujočih gospodarskih subjektov v ponudbi.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja pri navedbah in dokaznih predlogih iz zahtevka za revizijo. Zatrjuje, da izbrani ponudnik ni predložil ustrezno izpolnjenega obrazca *ePRO Reference in kadri* za referenčno delo *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* oz. da mu naročnik tega dokumenta ni posredoval na vpogled. Zahteva, da se mu, v primeru, da obrazec v ponudbi obstaja, le-ta posreduje, iz previdnosti pa zatrjuje, da obrazec ni izpolnjen skladno z zahtevami iz razpisne dokumentacije. Izpostavlja, da je vodilni partner, družba Gradbeništvo Prestor d.o.o., Kranj, predložil zgolj eno referenco, kar glede na razpisne zahteve ne zadošča. Vlagatelj zatrjuje, da je neosnovano sklicevanje naročnika na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-314/2013, saj se ne nanaša na razmerje partner - partner, kot predmetni primer. Ob sklicevanju na odločitev sodišča EU v zadevi št. C-387/14 vlagatelj izpostavlja, da je bil dejanski prispevek družbe Gratel d.o.o., Kranj, v referenčnem poslu dokaj zanemarljiv, bistvena dela pri rekonstrukciji ceste pa je izvedel vlagatelj, zaradi česar se družba Gratel d.o.o., Kranj, na referenco ne bi smela sklicevati. S tem v zvezi še poudarja, da je bila za vodjo gradnje v referenčnem poslu imenovana oseba, zaposlena pri vlagatelju. Vlagatelj še izpostavlja, da priglašeni podizvajalec ne bo izvedel del niti v delu niti v deležu, za katerega prispeva referenco.

Vlagatelj v vlogi z dne 13. 10. 2023 poziva Državno revizijsko komisijo, da od naročnika pridobi in vlagatelju razkrije dokumentacijo, vezano na referenčni projekt *Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča*. Po zatrjevanju vlagatelja je navedeno bistveno zato, ker je evidentno, da izbrani ponudnik ne izpolnjuje referenčnih zahtev iz razpisne dokumentacije. S tem v zvezi se sklicuje tudi na del smernic za javno naročanje gradenj (marec 2023) v katerem je povzeto stališče iz sodbe sodišča EU v zadevi št. C-387/14. Vztraja, da izbrani ponudnik v ponudbi ni predložil ustreznega obrazca *ePRO Reference in kadri*.

Vlagateljeve navedbe je potrebno presojati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, skladno s katero je dopustna tista ponudba, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam 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: a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, po potrebi ob upoštevanju variant iz 72. člena ZJN-3, in b) ponudbo je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3 in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

ZJN-3 določa, da lahko naročnik gospodarskim subjektom določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo tudi na tehnično in strokovno sposobnost. V postopek javnega naročanja lahko naročnik vključi le tiste zahteve, ki so potrebne za zagotovitev, da ima ponudnik ustrezne (med drugim) tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja. Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila (prvi in drugi odstavek 76. člena ZJN-3).

Glede tehnične in strokovne sposobnosti lahko naročnik določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila v skladu z ustreznim standardom kakovosti. Zahteva lahko zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil (prva in druga poved desetega odstavka 76. člena ZJN-3). Možna dokazila za izkazovanje tehnične sposobnosti so navedena v osmem odstavku 77. člena ZJN-3, v skladu s katerim lahko ponudnik tehnično usposobljenost (med drugim) izkaže s seznamom gradenj, opravljenih v zadnjih petih letih in priloženimi potrdili o zadovoljivi izvedbi in izidu za najpomembnejše gradnje (točka a)).

Gospodarski subjekt lahko glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami pa lahko 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 (prvi odstavek 81. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija je že večkrat zapisala (prim. npr. zadeve št. 018-233/2016, 018-083/2017, 018-250/2017, 018-050/2018, 018-160/2021), da je referenca po svoji naravi dokazilo, da je ponudnik sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj z njo dokazuje, da je v preteklosti primerljiva dela že uspešno opravil. Pojasnila je tudi, da je v vsakem konkretnem postopku od naročnika in posamezne opredelitve zahteve v razpisni dokumentaciji odvisno, na kakšen način in v kolikšnem obsegu mora ponudnik izkazovati istovrstnost del, zlasti pa kateri od sodelujočih gospodarskih subjektov v skupni ponudbi ali ponudbi s podizvajalci mora razpolagati z referencami in na kakšen način oz. v kakšnem obsegu.

V konkretnem primeru je naročnik referenčno zahtevo določil v točki 7.C.1 razpisne dokumentacije:

*»Gospodarski subjekt je v zadnjih petih (5) letih pred rokom za prejem ponudb, uspešno izvedel vsaj tri (3) istovrstne projekte.*

*Kot uspešno izveden istovrstni projekt se šteje zaključen projekt izgradnje in/ali rekonstrukcije ceste, v dolžini najmanj 800 m.*

*Seštevanje referenčnih del v okviru večih pogodb ne šteje za ustrezno po tem pogoju.*

*Dokazilo: Izpolnjen obrazec ESPD in obrazec ePRO – reference in kadri.*

*(v primeru skupne ponudbe lahko pogoj izpolnjujejo partnerji skupaj; v primeru sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov morajo slednji izvesti gradnje v delu za katere se zahtevajo te zmogljivosti).«.*

Po vpogledu v ponudbo izbranega ponudnika Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da v njej, poleg vodilnega partnerja, družbe Gradbeništvo Prestor d.o.o., Kranj in partnerja, družbe Garnol d.o.o., Kranj, kot podizvajalec slednjega nastopa tudi družba Gratel d.o.o., Kranj. Navedeno med strankami ni sporno.

Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izbrani ponudnik v ponudbi priglasi tri referenčne posle in navedel, da je

- prvi referenčni posel izvedel vodilni partner, družba Gradbeništvo Prestor d.o.o., Kranj;
- drugi referenčni posel izvedel podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, skupaj z vlagateljem;
- tretji (sporni) referenčni posel (*Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* v vrednosti 408.755,61 EUR brez DDV) izvedel podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj.

V izkaz izpolnjevanja referenčne zahteve iz točke 7.C.1 razpisne dokumentacije, je izbrani ponudnik za priglasi referenčne posle v ponudbi predložil izpolnjene obrazce ESPD, obrazec *ePRO Reference in kadri* in *Potrdilo o dobro opravljenem delu* (za prvi referenčni posel) oz. *Potrdilo o referenčnem delu* (za drugi in tretji referenčni posel).

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika zatrjuje, da vodilni partner izbranega ponudnika (družba Gradbeništvo Prestor d.o.o., Kranj), glede na referenčno zahtevo iz točke 7.C.1 razpisne dokumentacije, nima zadostnega števila referenc, da mu obrazec *ePRO Reference in kadri* za referenčno delo *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* ni bil posredovan na vpogled in da le-tega izbrani ponudnik v ponudbi ni ustrezno izpolnil (slednje vlagatelj zatrjuje tudi v vlogi z dne 13. 10. 2023).

Skladno s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN, se vlagatelj lahko v treh delovnih dneh od prejema odločitve iz prve ali druge alineje prvega odstavka 28. člena ZPVPJN opredeli do navedb naročnika v tej odločitvi, vendar ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov, razen če dokaže, da jih brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti v predrevizijskem postopku. Ker zgoraj navedenega vlagatelj ni zatrjeval že v zahtevku za revizijo in ker takšne navedbe v opredelitvi do navedb naročnika in v vlogi z dne 13. 10. 2023, upošteva, da vlagatelj ni dokazal, da jih brez svoje krivde ni mogel navesti že v predrevizijskem postopku, skladno s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN, niso pravočasne, se Državna revizijska komisija do njih vsebinsko ni opredeljevala.

Državna revizijska komisija je v nadaljevanju obravnavala navedbe vlagatelja, da bi moral podizvajalec izbranega ponudnika (družba Gratel d.o.o., Kranj), prevzeti v izgradnjo večji delež predmetnega javnega naročila, in sicer 66,6%.

S tem v zvezi Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da med strankami ni sporno (navedeno pa potrjuje tudi vpogled v ponudbo izbranega ponudnika), da je podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, v predmetnem javnem naročilu prevzel v izvedbo 59,57% predmeta naročila in priglasi dve od treh zahtevanih referenc.

Kot vlagatelj pravilno izpostavlja, je naročnik v točki 7.C.1 razpisne dokumentacije navedel, da morajo subjekti, na zmogljivosti katerih se ponudniki sklicujejo, izvesti gradnje v delu, za katere se zahtevajo zmogljivosti. Iz predstavljene zahteve (pa tudi sicer iz določbe prvega odstavka 81. člena ZJN-3) izhaja, da mora gospodarski subjekt, na zmogljivost katerega se ponudnik sklicuje in ki bo za določeno vrsto del izkazal referenco, ta dela v predmetnem javnem naročilu tudi prevzeti. Iz predstavljene zahteve (kot tudi ne iz drugih delov razpisne dokumentacije) pa ne izhaja, da mora (katerikoli) gospodarski subjekt, ki sodeluje v ponudbi, v izvedbo prevzeti delež oz. odstotek predmeta javnega naročila, ki natančno ustreza odstotku referenc, ki jih je ta gospodarski subjekt, glede na število vseh zahtevanih referenc, priglasil v ponudbi. Ker razpisna dokumentacija podlage za matematični izračun glede prevzema deleža predmeta javnega naročila v izvedbo v odvisnosti od števila priglašenih referenc, za katerega se zavzema vlagatelj, ne daje, Državna revizijska komisija ne more slediti očitku vlagatelja, da podizvajalec iz tega razloga v izvedbo ne prevzema ustreznega deleža del predmeta javnega naročila.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija obravnavala navedbe vlagatelja, da podizvajalec izbranega ponudnika (družba Gratel d.o.o., Kranj), priglašenega referenčnega posla *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* ni izvedel samostojno, temveč v konzorciju z vlagateljem, zaradi česar mu ne gre referenca za celoten referenčni posel, pač pa kvečjemu njen sorazmerno manjši del.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je izbrani ponudnik potrdilo o referenčnem delu za objekt *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* res izpolnil na način, da iz njega izhaja, da je bil (edini) izvajalec referenčnega dela podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, vendar pa dalje ugotavlja tudi, da med strankami ni sporno, da temu ni tako in da je izpostavljeno referenčno delo podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, izvedel skupaj z vlagateljem.

Vprašanje, ali se ponudnik lahko sklicuje na celoten referenčni posel, pri izvedbi katerega je sodeloval, čeprav vseh del ni neposredno opravil sam, temveč so nekatera dela izvedli drugi subjekti, je Državna revizijska komisija že večkrat obravnavala (glej npr. odločitve v zadevah št. 018-314/2013, 018-262/2015, 018-210/2016, 018-198/2019, 018-084/2020) in zapisala, da gre vodilnemu partnerju, glede na intenziteto njegove udeležbe v poslu, priznati referenco za celoten obseg posla, četudi sam ni izvedel vseh del tega posla.

V konkretnem primeru Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz dokazil v ponudbi izbranega ponudnika, predloženih za referenčni posel *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* izhaja, da je navedeni posel obsegal izvedbo rekonstrukcije ceste v skupni vrednosti 408.755,61 EUR brez DDV (navedeno med strankami ni sporno). Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz pogodbe o izvedbi referenčnega dela *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod* z dne 24. 6. 2020, ki jo je zahtevku za revizijo predložil vlagatelj, izhaja, da je vlagatelj v spornem referenčnem poslu nastopal v vlogi partnerja, družba Gratel d.o.o., Kranj, pa v vlogi poslovodečega (vodilnega) partnerja in da je slednja z naročnikom podpisala pogodbo o izvedbi referenčnega posla ter tekom izvajanja del od naročnika sprejemala obveznosti, navodila, pa tudi plačila za opravljeno delo (tudi v imenu in za račun partnerja, kar izhaja iz končne situacije, ki jo je vlagatelj izstavil družbi Gratel d.o.o., Kranj). Prav tako Državna revizijska komisija ugotavlja, da je v navedenem referenčnem poslu družba Gratel d.o.o., Kranj, izvedla vsa dela, razen del na področju asfalta in prometne opreme v vrednosti 142.712,96 EUR brez DDV, ki jih je izvedel vlagatelj (navedeno med strankami tudi ni sporno, zadnje pa izhaja tudi iz končne situacije, ki jo je zahtevku za revizijo priložil vlagatelj). Da je družba Gratel d.o.o., Kranj, v referenčnem delu nastopala v vlogi »glavnega izvajalca« izhaja tudi iz obrazcev ESPD partnerja, družbe Garnol d.o.o., Kranj in podizvajalca, družbe Gratel d.o.o., Kranj, predloženih v ponudbi izbranega ponudnika.

Ker naročnik v razpisni dokumentaciji (niti v točki 7.C.1 niti na drugem mestu razpisne dokumentacije) ni določil, da morajo ponudniki referenčni posel (v celoti ali opredeljenem manjšem delu) izvesti izključno sami, pa tudi ne, da bo v primeru referenčnega posla, ki ga izvede skupina gospodarskih subjektov, kot ustrezno štel referenco le v primeru, če v ponudbi sodelujejo vsi tisti subjekti, ki so skupaj izvedli referenčni posel, Državna revizijska komisija ugotavlja, da gre zaradi zgoraj ugotovljene intenzitete udeležbe družbe Gratel d.o.o., Kranj, v referenčnem poslu, le-tega šteti za njenega lastnega, referenco pa za njeno lastno v celotnem obsegu. Ugotovljenega ne spremenijo nekonkretizirane navedbe vlagatelja o »dokaj zanemarljivem« prispevku družbe Gratel d.o.o., Kranj, v spornem referenčnem poslu in njegovo pavšalno sklicevanje na okoliščino, da je bil vodja gradnje pri referenčnem poslu njegov zaposleni. Posledično gre dokazna predloga s pridobitvijo dokumentov, vezanih na sporni projekt ter z imenovanjem izvedenca gradbene stroke, ki naj se opredeli do del, ki jih je v referenčnem poslu izvedla družba Gratel d.o.o., Kranj, zavrniti kot nepotrebna.

Ker vlagatelj sam priznava, da je dela na objektu *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod z izgradnjo krožišča*, ki so predmet sporne reference, izvajal skupaj z družbo Gratel d.o.o., Kranj, s tem pa sam priznava, da je družba Gratel d.o.o., Kranj, neposredno sodelovala pri izvedbi rekonstrukcije ceste, za skupno izvedbo katere sta bila zadolžena skupaj z vlagateljem, je priznanje reference družbi Gratel d.o.o., Kranj, za izvedbo referenčnega posla *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta - Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* tudi v skladu s sodbo sodišča EU v zadevi št. C-387/14, ki jo vlagatelj izpostavlja v vlogah.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija obravnavala še navedbe vlagatelja, da potrdilo o referenčnem delu za objekt *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča* ni ustrezno, saj ni izdano na vnaprej pripravljenem obrazcu investitorja; da ne vsebuje vseh zahtevanih podatkov in da ni žigosano s strani referenčnega naročnika.

Kot je Državna revizijska komisija predhodno že ugotovila, je naročnik v točki 7.C.1 razpisne dokumentacije zahteval, da ponudniki v izkaz izpolnjevanja referenčne zahteve predložijo izpolnjen obrazec ESPD in obrazec *ePRO Reference in kadri*. V točki 4.11 razpisne dokumentacije je naročnik določil, da morajo ponudniki v zahtevanih obrazcih izpolniti prazna polja in vsebine, ki so predvidene za vnos podatkov s strani ponudnikov. Kot izhaja iz ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika, je slednji za referenčni posel *Rekonstrukcija ceste, Kranjska cesta – Kranj vzhod z izgradnjo krožišča*, poleg obrazcev ESPD in obrazca *ePRO Reference in kadri* (izpolnjenih na način, na mestih in v obsegu, kot je zahteval naročnik), za sporni referenčni posel (samoiniciativno) predložil tudi potrdilo o referenčnem delu. V konkretnem primeru Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik predložitve potrdila o referenčnem delu v razpisni dokumentaciji ni zahteval, pa tudi zahtev glede njegove oblike in vsebine v njej ni opredelil. Sporno potrdilo o referenčnem delu v delih, ki jih izpostavlja vlagatelj, zato v tem smislu ni pomanjkljivo (drug obrazec, manjkajoči podatki in žig), pa tudi ne neskladno z zgoraj izpostavljenimi zahtevami naročnika iz razpisne dokumentacije.

V zaključku obravnavanega očitka Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku ni mogoče očitati, da ni ravnal pravilno, ko je šteli, da ponudba izbranega ponudnika v izpostavljenih delih nima pomanjkljivosti in da je izbrani ponudnik s priglasiženim referenčnim poslom oz. priglasiženimi referenčnimi posli izkazal referenčno zahtevo iz točke 7.C.1 razpisne dokumentacije.

III. glede razlogov za izključitev in dejanske izvedbe predmeta javnega naročila

Vlagatelj najprej izpostavlja, da naročnik ne zahteva zavarovanja za resnost ponudbe, da razpisna dokumentacija ne vsebuje razlogov za izključitev, povezanih z insolventnostjo,

nasprotjem interesov ali kršitvijo poklicnih pravil in da ne predvideva bančne garancije za dobro izvedbo in odpravo napak v garancijskem roku.

Dalje zatrjuje, da podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, objektivno ni zmožen dejansko izvesti prevzetega deleža gradbenih del, saj je zanj podana insolventnost po 14. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 176/21 – UPB, s sprem.), ima dalj časa blokirane račune in obremenjene deleže, poslovanje z njim pa je na podlagi analize eBonitete izredno tvegano. Ker podizvajalec ni zahteval neposrednih plačil, obstoji tudi tveganje, da bodo njegovi obstoječi upniki obravnavani na neenakopraven način.

Dalje vlagatelj, v posledici prej izpostavljenega, zatrjuje, da ima podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, neplačane zapadle obveznosti v zvezi z obveznimi dajatvami ali drugimi nedavnimi obveznostmi v skladu z zakonom, ki ureja finančno upravo in da na dan oddaje ponudbe nima predloženih vseh obračunanih davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih petih let od dne oddaje ponudbe. Vlagatelj zahteva preverbo izpolnjevanja navedenih zahtev (izključitveni razlog skladno z razpisno dokumentacijo).

Po zatrjevanju vlagatelja družba Gratel d.o.o., Kranj, zaradi svoje finančne in poslovne situacije brez nujnega sodelovanja drugih družb (ki v okviru ponudbe izbranega ponudnika niso razkrite), ni sposobna izvesti prevzetih del, izbrani ponudnik pa si nedovoljeno izposoja njeno referenco.

Vlagatelj v sled dokazne stiske predlaga, da izbrani ponudnik oz. družba Gratel d.o.o., Kranj, v okviru predmetnega postopka, predloži dokaze o načinu plačila, vrsti in subjektu, ki je poravnal davke in prispevke ter plače za zaposlene v družbi Gratel d.o.o., Kranj, v zadevnem obdobju blokad TRR računov, pri čemer naj med drugim predloži tudi poslovne listine, prilive in odlive na račun ter tekoče letno poročilo družbe Gratel d.o.o., Kranj. Vlagatelj predlaga imenovanje izvedencev finančne, poslovne in gradbene stroke, ki bodo potrdili njegove predhodne navedbe. Zahteva tudi izvedbo ustne obravnave z zaslišanjem zakonitega zastopnika družbe Gratel d.o.o., Kranj, g. A.S., ki bo izpovedal glede zatrjevanih okoliščin, povezanih s plačilom davkov in prispevkov za socialno varnost ter glede okoliščin, povezanih z izvajanjem prevzetih del te družbe.

Izbrani ponudnik navaja, da so izključitveni razlogi, med katere sodijo razlogi, ki jih izpostavlja vlagatelj, fakultativne narave, kar pomeni, da je naročnik prost pri presoji, ali bo te razloge vključil med pogoje za ugotavljanje sposobnosti ali ne. Ker naročnik v konkretnem primeru v razpisno dokumentacijo ni vključil niti navedenih razlogov, izbrani ponudnik vlagateljevo zatrjevanje in izkazovanje v obravnavanem delu zavrača kot brezpredmetno. Izbrani ponudnik poudarja, da družba Gratel d.o.o., Kranj, v skladu z razpisno dokumentacijo izpolnjuje pogoje za sodelovanje in pri njej ne obstajajo razlogi za izključitev.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo pojasnjuje, da zahteva po predložitvi finančnih zavarovanj in določitev razlogov za izključitev glede insolventnosti, nasprotja interesov ali kršitev poklicnih pravil v postopku oddaje naročila male vrednosti, pa tudi sicer, ni obvezna. Izključitveni razlogi, ki jih izpostavlja vlagatelj, so fakultativne narave in jih v razpisno dokumentacijo ni dolžan vključiti. Naročnik izpostavlja, da bi moral vlagatelj, v kolikor meni drugače, vložiti zahtevek zoper določbe razpisne dokumentacije.

V zvezi z navedbami vlagatelja o izvedbeni nesposobnosti in blokadami TRR podizvajalca, družbe Gratel d.o.o., Kranj, naročnik pojasnjuje, da navedeno ne predstavlja izključitvenega razloga, saj ga naročnik ni vključil v razpisno dokumentacijo.

Naročnik pojasnjuje, da je v uradni evidenci eDosje preveril podizvajalca in ugotovil, da zanj izključitveni razlogi niso podani, prav tako, da nima blokiranih računov. S tem povezani dokazni predlogi vlagatelja so zato nepotrebni. Večje skrbnosti, od preverbe neobstoja izključitvenih razlogov v uradnih evidencah, od naročnika ni mogoče zahtevati, predvideva pa je ne niti veljavna zakonodaja. Naročnik zato očitke vlagatelja o izvedbeni nesposobnosti izvajalca in sodelovanju drugih družb zavrača kot neutemeljene, njegove, s tem povezane dokazne predloge, pa za nepotrebne. Potrebna ni niti ustna obravnava in zaslišanje zakonitega zastopnika družbe Gratel d.o.o., Kranj, saj navedeno ne bi vplivalo na presojo dopustnosti izbrane ponudbe.

Naročnik še navaja, da so očitki vlagatelja, če jih gre razumeti na način, da podizvajalec v fazi same izvedbe del ne bo sposoben izvesti, preuranjeni, saj do izvedbe javnega naročila sploh še ni prišlo, poleg tega pa vlagatelj v postopku pravnega varstva varuje svoje interese, ne pa interesov naročnika. Naročnik zaključuje, da je izbrani ponudnik izkazal, da izpolnjuje vse zahtevane pogoje za sodelovanje in da zoper gospodarske subjekte, ki sodelujejo v ponudbi, ne obstajajo razlogi za izključitev. Za zavrnitev ponudbe izbranega ponudnika naročnik ni imel nikakršne podlage oz. mu je zakonito oddal predmetno javno naročilo.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja, da pri podizvajalcu, družbi Gratel d.o.o., Kranj, obstaja začetna in trajna objektivna izvedbena nezmožnost in da podizvajalec prevzetih del dejansko ne bo mogel izvesti.

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da je vlagatelj, v kolikor z navedbami o zavarovanih obveznostih ponudnika in navedbami o izključitvenih razlogih, povezanih z insolventnostjo, nasprotjem interesov in kršitvijo poklicnih pravil zatrjuje neustreznost (ne)določitve teh zahtev v razpisni dokumentaciji, z njimi prepozen, saj bi moral te očitke uveljavljati v zahtevku za revizijo zoper določbe razpisne dokumentacije (prvi in tretji odstavek 25. člena ZPVPJN).

Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik v obravnavanem postopku oddaje naročila (kot izpostavlja tudi vlagatelj sam) razlogov za izključitev, povezanih z insolventnostjo, nasprotjem interesov in kršitvijo poklicnih pravil, ni določil (prim. podtočko C.1 (razlogi za izključitev) točke 7. *Preverjanje sposobnosti* v dokumentu *ePRO Navodila ponudnikom*). Prav tako naročnik v obravnavanem postopku oddaje naročila ni določil nobenih zahtev, vezanih na ekonomski in finančni položaj ponudnika (prim. podtočko B (pogoji za sodelovanje) točke 7. *Preverjanje sposobnosti* v dokumentu *ePRO Navodila ponudnikom*). Navedeno pomeni, da iz razpisne dokumentacije ne izhaja nobena naročnikova zaveza, da bo izključil oz. izločil gospodarski subjekt, če se bo v katerem od položajev, ki jih izpostavlja vlagatelj (insolventnost, blokade računa, nizka bonitetna ocena, neenakopravna obravnava upnikov itd.), nahajal. V primerih, kadar pravila javnega naročanja naročniku ne nalagajo obveznosti izključitve ponudnika, take obveznosti pa naročnik ne določi niti v razpisni dokumentaciji, naročnikove kršitve s tem v zvezi ni mogoče ugotoviti. Državna revizijska komisija zato kot nepotrebne zavrača vlagateljeve dokazne predloge z imenovanjem izvedencev finančne, poslovne in gradbene stroke, zaslišanjem zakonitega zastopnika družbe Gratel d.o.o., Kranj, in pridobitvijo dokumentov plačnika obveznih dajatev za družbo Gratel d.o.o., Kranj, in druge poslovne dokumentacije, s katerimi želi vlagatelj dokazati trditve o ekonomski in finančni nesposobnosti, posledično pa tudi trditve o izvedbeni nesposobnosti navedenega subjekta in izposojanju referenc, saj le-ti služijo dokazovanju trditve o dejstvih, ki niso pravno odločilna oz. pravno relevantna za rešitev predmetnega spora.

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo predlagal tudi izvedbo ustne obravnave. Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni predlagal izvedbe ustne obravnave, zaradi česar pogoj za njeno obvezno izvedbo ni podan. Izvedba ustne obravnave je namreč obvezna le, če njeno izvedbo

predlagata tako vlagatelj kot naročnik, torej oba (gl. tretjo poved iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN v povezavi z drugo povedjo iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN). Čeprav lahko Državna revizijska komisija, skladno s prvo povedjo 35. člena ZPVPJN, na pobudo vlagatelja (ali naročnika ali na lastno pobudo) izvede ustno obravnavo z namenom pridobitve natančnejših pojasnil o dejanskih okoliščinah, od katerih je odvisna odločitev v revizijskem postopku, pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bilo dejanske okoliščine, dejansko stanje in pravna dejstva, relevantna za sprejem odločitve v obravnavani zadevi, mogoče pravilno in popolno ugotoviti na podlagi dokumentacije iz postopka javnega naročanja in predrevizijskega postopka, ne da bi bilo treba izvesti še ustno obravnavo. Državna revizijska komisija je zato, upoštevajoč drugo poved iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN, vlagateljevo pobudo za izvedbo ustne obravnave zavrnila.

V zvezi z očitkom vlagatelja, da ima podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj, neplačane zapadle obveznosti v zvezi z obveznimi dajatvami ali drugimi nedavčnimi obveznostmi v skladu z zakonom, ki ureja finančno upravo ter da na dan oddaje ponudbe nima predloženih vseh obračunanih davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih petih let od dne oddaje ponudbe, Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je naročnik v podtočki B.1 (razlogi za izključitev) točke 7. *Preverjanje sposobnosti* v dokumentu *ePRO Navodila ponudnikom* (v nadaljevanju: točka 7.B.1 razpisne dokumentacije) določil:

»*Gospodarski subjekt zagotavlja, da:*

- *na dan oddaje ponudbe ali prijave, v skladu s predpisi države, v kateri ima sedež ali predpisi države naročnika, nima 50 EUR ali več neplačanih zapadlih obveznosti v zvezi z obveznimi dajatvami ali drugimi denarnimi nedavčnimi obveznostmi v skladu z zakonom, ki ureja finančno upravo;*
- *ima na dan oddaje ponudbe ali prijave predložene vse obračune davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih petih let do dne oddaje ponudbe ali prijave.*

*(pogoj mora izpolnjevati vsak gospodarski subjekt, ki bo vključen v izvedbo javnega naročila)«.*

Kot izhaja iz *Obvestila o naročilu male vrednosti* za predmetno javno naročilo, objavljenega na Portalu javnih naročil, je naročnik rok za prejem ponudb določil na dan 11. 8. 2023 (točka IV.2.2 *Rok za prejem ponudb ali prijav za sodelovanje*). Izbrani ponudnik (v ponudbi katerega nastopa podizvajalec, družba Gratel d.o.o., Kranj) je ponudbo na predmetnem javnem naročilu oddal dne 7. 8. 2023 (zapisnik o odpiranju ponudb z dne 11. 8. 2023).

Iz dokumenta *Poizvedba* z dne 21. 8. 2023, iz katerega izhajajo rezultati preverbe, ki jo je naročnik opravil za podizvajalca, družbo Gratel d.o.o., Kranj (na katero se naročnik tudi sklicuje), izhaja, da je naročnik dejansko stanje o izpolnjevanju pogoja iz točke 7.B.1 razpisne dokumentacije preverjal na dan 11. 8. 2023, tj. na dan poteka roka za oddajo ponudb in da družba Gratel d.o.o., Kranj, pogoj glede plačila obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti ter predložitve obračunov davčnih odtegljajev, na ta dan izpolnjuje. Ker pa je naročnik v konkretnem primeru, kot zgoraj ugotovljeno, v točki 7.B.1 razpisne dokumentacije jasno določil, da morajo gospodarski subjekt pogoj v zvezi s plačilom obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti ter predložitvijo obračunov davčnih odtegljajev izpolnjevati na dan oddaje ponudbe in ker mora naročnik v fazi pregleda skladnosti prejetih ponudb strogo ravnati po pravilih, ki jih je sam določil v razpisni dokumentaciji, bi moral naročnik obstoj obravnavanega razloga za izključitev preverjati (tudi) na dan oddaje ponudbe.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz odstopljene dokumentacije ne izhaja, da bi naročnik izpolnjevanje spornega pogoja glede plačila obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti ter predložitve obračunov davčnih odtegljajev za družbo Gratel d.o.o., Kranj, preverjal na dan oddaje ponudbe (7. 8. 2023), kot je določil v razpisni dokumentaciji. To pa posledično pomeni, da je naročnik (vsaj) preuranjeno zaključil, da za podizvajalca, družbo Gratel d.o.o., Kranj, na dan oddaje ponudbe ne obstaja izključitveni razlog, povezan s plačili obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti ter predložitvijo obračunov davčnih odtegljajev, posledično pa (vsaj) preuranjeno zaključil tudi, da izbrani ponudnik izpolnjuje zahtevo iz točke 7.B.1 razpisne dokumentacije in da je njegova ponudba dopustna.

#### IV. sklepno

Ker je vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo uspel izkazati, da je naročnik s tem, ko je ponudbo izbranega ponudnika označil za dopustno in izbranemu ponudniku oddal predmetno javno naročilo, kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3, v povezavi z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3, je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev o oddaji predmetnega javnega naročila, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o izidu javnega naročila*« z dne 4. 9. 2023.

Državna revizijska komisija naročnika, z namenom pravilne izvedbe postopka oddaje predmetnega javnega naročila v delu, v katerem je bil razveljavljen, na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje tega javnega naročila sprejme eno od odločitev, ki jih predvideva ZJN-3. Če se bo naročnik odločil, da bo nadaljeval in zaključil postopek javnega naročanja z izbiro najugodnejšega ponudnika, naj ponudbe (ponovno) pregleda ter oceni v skladu z ZJN-3 in določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, 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 je v zahtevku za revizijo in v opredelitvi do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo zahteval povrnitev stroškov 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 (relevantni del prve povedi tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN).

Ker je Državna revizijska komisija vlagateljevemu zahtevku za revizijo ugodila, je vlagatelju, skladno s 70. členom ZPVPJN ter skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem., v nadaljevanju: OT) priznala naslednje potrebne in opredeljene navedene stroške:

- strošek plačane takse za zahtevek za revizijo v višini 20.728,80 EUR,
- strošek odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo v višini 5.100 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 3.733,20 EUR in
- materialne stroške v višini 61 točk (tretji odstavek 11. člena OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 44,65 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala presežka nad priznanimi stroški za odvetniško storitev za sestavo zahtevka za revizijo (in s tem povezanega stroška DDV) ter presežka nad priznanimi materialnimi stroški, saj, glede na vrednost spora, za njihovo priznanje v OT ni podlage. Prav tako mu ni priznala priglašene stroška za sestavo opredelitve do navedb naročnika ter priglašene stroška za sestavo vloge z dne 13. 10. 2023 (in s tem povezanih materialnih stroškov ter stroška 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 vlagatelja v teh vlogah niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 24.506,65 EUR, ki mu jih je naročnik dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

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

**Pravni pouk:**

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

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

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.