



Republika Slovenija

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

Številka: 018-15/2021-28

S K L E P

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 Tadeje Pušnar in mag. Gregorja Šebenika kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradnja objektov drugega tira železniške proge – odsek 1: Divača – Črni Kal*«, na podlagi zahtevka za revizijo družbe Gorenjska gradbena družba, d.d., Jezerska cesta 20, Kranj, ki jo zastopa Odvetniška družba Marovt in partnerji, d.o.o., Rozmanova ulica 12, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika 2TDK, d.o.o., Železna cesta 18, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 2. 3. 2021

o d l o č i l a :

1. Zahtevka za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.
3. Zahteva kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltin ter zahteva kandidata Strabag/Ed Züblin/Gülermak za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrneta.

O b r a z l o ž i t e v :

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po omejenem postopku, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2019, pod št. objave JN008005/2019, in v Uradnem listu EU dne 18. 11. 2019, pod št. objave 2019/S 222-545551.

Naročnik je dne 8. 5. 2020 sprejel in na Portalu javnih naročil objavil dokument »*Odločitev o priznanju sposobnosti*« (v nadaljevanju: prva odločitev o priznanju sposobnosti), s katerim je priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila desetim kandidatom (oz. skupinam kandidatov), medtem ko petim kandidatom (oz. skupinam kandidatov) sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila ni priznal. Naročnik je skupini kandidatov Gorenjska gradbena družba, d.d., Slovenija, Metrostav, a.s., Češka, in CGP, d.d., Slovenija (Državna revizijska komisija v nadaljevanju tega sklepa zaradi preglednosti za omenjeno skupino gospodarskih subjektov, katere del je tudi vlagatelj, uporablja izraz »*vlagatelj*«, za prijavo, ki jo je predložila omenjena skupina kandidatov pa besedno zvezo »*vlagateljeva prijava*«) priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila.

Zoper navedeno odločitev naročnika je družba Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, vložila zahtevek za revizijo, kateremu je Državna revizijska komisija s sklepom, št. 018-84/2020-51 z dne 1. 9. 2020, delno ugodila in (med drugim) razveljavila odločitev naročnika, da vlagatelju prizna sposobnost za sodelovanje v drugi fazi javnega naročila.

Naročnik je dne 14. 10. 2020 sprejel in na Portalu javnih naročil objavil (nov) dokument »*Odločitev o priznanju sposobnosti*« (v nadaljevanju: druga odločitev o priznanju sposobnosti), s katerim je priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila štirim kandidatom (oz. skupinam kandidatov), medtem ko enajstim kandidatom oz. skupinam kandidatov sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila ni priznal. Z izpostavljeno odločitvijo je naročnik vlagatelju (ponovno) priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila.

Zoper to odločitev naročnika je zahtevek za revizijo vložil vlagatelj Strabag AG, Ortenburgerstrasse 27, Spittal an der Drau, Avstrija, Strabag AG, Podružnica Ljubljana (v nadaljevanju: Strabag AG, Podružnica Ljubljana), kateremu je Državna revizijska komisija ugodila s sklepom, št. 018-182/2020-30 z dne 7. 12. 2020, in razveljavila odločitev naročnika, da vlagatelju prizna sposobnost za sodelovanje v drugi fazi javnega naročila.

Naročnik je dne 28. 12. 2020 sprejel in na Portalu javnih naročil objavil (nov) dokument »*Odločitev o priznanju sposobnosti*« (v nadaljevanju tudi: tretja oz. izpodbijana odločitev o priznanju sposobnosti), s katerim je priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila trem kandidatom (oz. skupinam kandidatov), in sicer:

- kandidatu Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret, A.Ş., Turčija (v nadaljevanju: kandidat Cengiz),
- skupini kandidatov Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, Yapi Merkezi İnşaat ve Sanayi, A.Ş., Turčija, in Özaltın İnşaat Ticaret Ve Sanayi, A.Ş., Turčija (v nadaljevanju: kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltın) in
- skupini kandidatov Strabag AG, Ortenburgerstraße 27 a – 9800 Spittal an der Drau, Strabag AG, Podružnica Ljubljana, Slovenija, Ed Züblin AG, Nemčija, in Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Turčija (v nadaljevanju: kandidat Strabag/Ed Züblin/Gülermak).

Naročnik vlagatelju (in drugim dvanajstim kandidatom oz. skupinam kandidatov) sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila ni priznal. V zvezi z vlagateljevo prijavo je naročnik navedel, da je bilo po pregledu dodatne dokumentacije, pridobljene s strani referenčnega naročnika in vlagatelja, ugotovljeno, da skupna dolžina referenčnih gradbenih objektov, zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (NATM), ne dosega 10,953 km, kot to izhaja iz vlagateljeve prijave, in ne izpolnjuje zahteve, določene v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer, da mora biti skupna dolžina predorskih cevi, zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (NATM), najmanj 10,00 km. Ker vlagatelj ni uspel izkazati izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, se prijava zavrne. Vlagatelj ni predložil dokazil, da bi izkazal resničnost navedb v obrazcu 2, zato se skladno z g) točko šestega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) gospodarski subjekt izključi oz. njegova prijava zavrne.

Zoper to odločitev naročnika je vlagatelj z vlogo z dne 8. 1. 2021 vložil zahtevek za revizijo, v katerem primarno predlaga razveljavitev odločitve o priznanju sposobnosti v celoti, podredno pa razveljavitev odločitve o priznanju sposobnosti v točki 7 (tj. v točki, v kateri naročnik

vlagatelju sposobnosti ni priznal) ter da se mu omogoči vpogled v prijave kandidatov s priznano sposobnostjo in v (del) spisovne dokumentacije ter da se mu omogoči dopolnitev oz. sprememba zahtevka za revizijo. Vlagatelj v vsakem primeru zahteva tudi povrnitev stroškov pravnega varstva. Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja:

- naročnikovo ravnanje temelji na nepravilni in nezakoniti odločitvi Državne revizijske komisije, št. 018-183/2020-31,
- izpodbijana odločitev ne ustreza standardu obrazloženosti, naročnik pa je kršil 90. člen ZJN-3 ter načela transparentnosti, kontradiktornosti ter enakopravnosti,
- za presojo izpolnjevanja zahtev, določenih v točki 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, je ključen zgolj obrazec 2A, v katerem ni bila zahtevana predstavitev podatka o deležu NATM, medtem ko je obrazec 2 nebitven. Če naročnik nezakonito presoja izpolnjevanje pogojev glede na obrazec 2, potem pri nobenem kandidatu ni mogoča presoja izpolnjevanja pogojev glede na obrazec 2A (objektivna neprimerljivost ponudb),
- okoliščine v smislu g) točke šestega odstavka 75. člena ZJN-3 niso podane, saj je vlagatelj predložil vsa potrebna dokazila za preverbo okoliščin iz obrazcev 2 in 2A, ki se izkazujejo za resnične, pri čemer je potrebno upoštevati interpretacijo izjavitelja izjave glede NATM,
- naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila različno uporablja termin NATM, kar dopušča možnost različnega preverjanja zahteve pri kandidatih,
- naročnik je z odgovorom na Portalu javnih naročil spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da bo upošteval dolžino predorske cevi zgrajene v celoti po metodologiji NATM,
- termini NATM, metoda NATM in metodologija NATM, ki jih naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni definiral, se v stroki razlikujejo; predor je zgrajen po metodi NATM, če so bili pri projektiranju in gradnji upoštevani nekateri ali vsi principi oz. smernice te metode, po metodologiji NATM pa je predor zgrajen, če je v njegovih posameznih delih uporabljena metoda NATM,
- naročnikova interpretacija referenčnega pogoja je objektivno nemogoča in je ne more izpolniti noben subjekt – tunela ni mogoče zgraditi v celoti po metodi NATM in tudi v okviru predmetnega javnega naročila noben predor ne bo zgrajen izključno po metodi NATM,
- naročnik le pri vlagatelju izkrivlja interpretacijo referenčnega pogoja, saj drugih kandidatov v tem smislu ni preverjal,
- skladno z določbami Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 83/2001 s sprem.) se nemogoči pogoji štejejo za neobstoječe, pravica do uveljavljanja ničnosti pa ne ugasne,
- vlagatelj je izkazal izpolnjevanje pogoja, določenega v točki 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, glede dolžine cevi, zgrajene po metodologiji NATM, saj je bila pri gradnji referenčnega projekta uporabljena NATM metoda,
- naročnik ali drug subjekt je subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, posredoval del vlagateljeve prijave, in sicer obrazca 2 in 2A, ki sta bila označena za poslovno skrivnost,
- naročnik je nepravilno in nedopustno zavrnil vlagateljevo zahtevo za vpogled v prijave kandidatov s priznano sposobnostjo in zahteva vpogled – na podlagi vpogleda bo vlagatelj dokazal, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila omogočala različno razlago referenčne zahteve, ter naročnikovo kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov, saj je tehnično sposobnost ostalih kandidatov presojal izključno na podlagi obrazca 2A in jih ni pozval na predložitev dodatnih dokazil, medtem ko je vlagatelja pozval na predložitev dodatnih dokazil, ki niso bila zahtevana, in njegovo tehnično sposobnost presojal na podlagi teh dokazil,
- obstoji utemeljen dvom, da kandidati s priznano sposobnostjo izpolnjujejo referenčne zahteve, in da so njihove izjave resnične,

- če Državna revizijska komisija vlagatelju ne bo omogočila vpogleda, naj sama vpogleda v obrazce 2 in 2A in od kandidatov s priznano sposobnostjo zahteva še dodatna dokazila (tako kot je naročnik zahteval od vlagatelja), iz katerih bo razvidno izpolnjevanje pogoja in resničnost referenčnih izjav,
- naročnik je vlagatelju določil nesorazmerno kratek rok za podajo pojasnil in predložitvev dokazil, katerega je podaljšal le za 16 delovnih ur, o vlagateljevi ponovni prošnji za podaljšanje roka pa sploh ni odločil,
- naročnik je neenakopravno obravnaval kandidate, saj je ostalim kandidatom določil daljši prvotno določeni rok in daljši podaljšani rok kot vlagatelju, poleg tega je ostalim kandidatom rok večkrat podaljšal,
- naročnik (in tudi Državna revizijska komisija) netransparentno in diskriminatorno posega v pravico do izjave, pri čemer se vlagateljevi argumenti vsebinsko ne presojujejo,
- iz naročnikovih predhodnih odločitev o vloženi zahtevki za revizijo glede t.i. turških kandidatov izhaja sklepanje, da jim sposobnost ne bi smela biti priznana, posledično pa tudi ne bi smela biti priznana aktivna legitimacija subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, za vložitev zahtevka za revizijo,
- tudi Državna revizijska komisija arbitrarno sprejema odločitve v škodo vlagatelja in se ne opredeljuje do navedb vlagatelja, medtem ko (tako kot naročnik) navedbam družbe Kolektor CPG, d.o.o., Ljubljane, nekritično sledi, zaradi česar vlagatelj ni enakopravno obravnavan. Odločitev Državne revizijske komisije št. 018-182/2020-38, je najmanj nenavadna.

Kandidat Strabag/Ed Züblin/Gülermak v vlogi z dne 14. 1. 2021, vloženi po vodilnem partnerju Strabag AG, Podružnica Ljubljana, ki ga v tem postopku pravnega varstva zastopa Odvetniška pisarna Čeledin, d.o.o., Ljubljana, predlaga zavrnitev zahtevka za revizijo in zahteva povrnitev stroškov pravnega varstva.

Kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltin v vlogi z dne 14. 1. 2021, vloženi po vodilnem partnerju Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, ki ga v tem postopku pravnega varstva zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji, d.o.o., Ljubljana, predlaga zavrnitev zahtevka za revizijo in zahteva povrnitev stroškov pravnega varstva.

Naročnik je z odločitvijo z dne 29. 1. 2021 zavrnil zahtevek za revizijo ter vse zahteve za povrnitev stroškov pravnega varstva.

Naročnik je Državni revizijski komisiji z vlogo z dne 29. 1. 2021 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 3. 2. 2021, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah.

Državna revizijska komisija je vlagatelju posredovala vlogo kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltin in vlogo kandidata Strabag/Ed Züblin/Gülermak. Do navedb izpostavljenih kandidatov se je vlagatelj opredelil z vlogama z dne 19. 2. 2021.

Po pregledu dokumentacije ter proučitvi utemeljenosti navedb vlagatelja, kandidata Strabag/Ed Züblin/Gülermak, kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltin in naročnika je Državna revizijska komisija odločila tako, kot je razvidno iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Po opravljenem predhodnem preizkusu zahtevka za revizijo na podlagi 31. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija ugotavlja, da so izpolnjeni vsi procesni pogoji za sprejem zahtevka za revizijo v obravnavo. V zvezi z aktivno legitimacijo, katero vlagatelju odreka kandidat Strabag/Ed Züblin/Gülermak, gre pojasniti, da se skladno s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda. V obravnavanem primeru je vlagatelj oddal pravočasno prijavo in s tem izpolnil prvi del pogoja za priznanje aktivne legitimacije, kot ga opredeljuje ZPVPJN. Glede nastanka škode oziroma možnosti njenega nastanka kot drugega pogoja za priznanje aktivne legitimacije pa gre ugotoviti, da če bi se za utemeljene izkazale revizijske navedbe o nezakonitosti naročnikovega ravnanja, ko vlagatelju iz razlogov, navedenih v izpodbijani odločitvi, ni priznal sposobnosti, bi bilo potrebno zahtevku za revizijo ugoditi in naročnikovo odločitev o nepriznanju sposobnosti vlagatelju posledično razveljaviti. Naročnik bi moral nato sprejeti novo odločitev o zaključku postopka oddaje javnega naročila, s tem pa bi vlagatelj pridobil vsaj hipotetično možnost za dodelitev konkretnega javnega naročila. Protispisne so navedbe kandidata Strabag/Ed Züblin/Gülermak, da vlagatelj v zahtevku za revizijo ne zatrjuje skladnosti njegove prijave z referenčnimi zahtevami, saj ta namreč zatrjuje, da je, upošteva v zahtevku za revizijo predstavljeno interpretacijo referenčne zahteve, sporen referenčni projekt skladen z naročnikovimi zahtevami. Vlagatelju zato ni mogoče odreči aktivne legitimacije za vložitev predmetnega zahtevka za revizijo.

Vlagateljev predlog za izvedbo ustne obravnave je Državna revizijska komisija zavrnila. Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni predlagal izvedbe ustne obravnave (nasprotno, naročnik ji nasprotuje), 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 so 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. Pri tem gre dodati, da vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da bi se na ustni obravnavi izvajali predlagani dokazi in izpostavlja zaslišanje izvedenca, Državna revizijska komisija pa je (kar bo podrobneje pojasnila v nadaljevanju obrazložitve tega sklepa) zavrnila tako vlagateljev dokazni predlog za postavitve strokovnjaka gradbene stroke kot tudi dokazni predlog za zaslišanje zakonitega zastopnika vlagatelja, kar pomeni, da bi bila izvedba ustne obravnave namenjena zgolj izvedbi listinskih dokazov.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja več kršitev, do katerih naj bi prišlo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da naročnik predmetno javno naročilo oddaja po omejenem postopku, ki je dvofazni postopek. V prvi fazi gospodarski subjekti na podlagi objavljenega povabila k sodelovanju oddajo prijavo za sodelovanje, v drugi fazi pa gospodarski subjekti, ki jih na podlagi ocene v prijavi predloženih informacij k temu povabi naročnik, oddajo ponudbe (gl. 41. člen ZJN-3). O navedenem je naročnik zainteresirane

gospodarske subjekte tudi izrecno seznanil, saj je v točki 2.2.12 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da bo priznal sposobnost vsem kandidatom, ki bodo predložili pravočasno prijavo za sodelovanje, ki bodo v celoti izpolnjevali vse pogoje za priznanje sposobnosti, zahtevane v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, pri katerih ne bodo obstajali razlogi za izključitev in pri katerih ne bo dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija. Naročnik je še določil, da bodo kandidati, ki jim bo na podlagi prijave za sodelovanje priznana sposobnost, v drugi fazi postopka povabljeni k oddaji ponudbe.

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da je naročnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila do roka za oddajo prijav (tj. dne 17. 1. 2020) prejel 15 prijav. Izpodbijana odločitev o priznanju sposobnosti je že tretja odločitev, s katero naročnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila odloča o priznanju sposobnosti sodelujočim kandidatom. Naročnik je najprej sprejel prvo odločitev o priznanju sposobnosti, s katero je vlagatelju priznal sposobnost – ta odločitev je bila na podlagi zahtevka za revizije družbe Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, razveljavljena s sklepom Državne revizijske komisije, št. 018-84/2020-51 z dne 1. 9. 2020. Naročnik je nato sprejel drugo odločitev o priznanju sposobnosti, s katero je vlagatelju ponovno priznal sposobnost – ta odločitev naročnika je bila na podlagi zahtevka subjekta Strabag AG, Podružnica Ljubljana, razveljavljena s sklepom Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30 z dne 7. 12. 2020. Naročnik s tretjo, izpodbijano odločitvijo o priznanju sposobnosti vlagatelju sposobnosti za sodelovanje ni priznal.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da je odločitev Državne revizijske komisije »št. 018-183/2020-31« nezakonita in nepravilna, gre najprej pojasniti, da je Državna revizijska komisija o zahtevku za revizijo subjekta Strabag AG, Podružnica Ljubljana, ki je bil vložen v okviru zadevnega postopka javnega naročila, odločila (kot to ugotavlja tudi vlagatelj v vlogi z dne 3. 2. 2020) s sklepom, št. 018-182/2020-30, in ne s sklepom, št. 018-183/2020-31, kot to navaja vlagatelj v zahtevku za revizijo. Posledično so tudi nepravilna sklepanje vlagatelja, da je Državna revizijska komisija presojala zahtevek za revizijo subjekta Strabag AG, Podružnica Ljubljana, upošteva obvestilo o javnem naročilu, ki je bilo objavljeno na portalu javnih naročil, pod št. objave JN008006/2019. Kljub vlagateljevemu sklicevanju na odločitev »št. 018-183/2020-31« pa je iz vlagateljevih navedb razvidno, da se ta ne strinja z odločitvijo Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30, pri čemer vlagatelj navaja številne nepravilnosti, ki jih naj bi Državna revizijska komisija storila pri sprejemu te odločitve. V zvezi s temi navedbami gre opozoriti na prvi odstavek 5. člena ZPVPJN, ki določa, da se lahko zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja vloži zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja, razen če zakon, ki ureja javno naročanje, ali ta zakon določa drugače. Iz izpostavljene določbe (kot tudi iz drugih določb ZPVPJN) izhaja, da je zahtevek za revizijo namenjen pravnemu varstvu ponudnikov zoper domnevne naročnikove kršitve v postopku oddaje javnega naročila. To pomeni, da je v postopku pravnega varstva lahko predmet presoje le naročnikovo ravnanje, ne pa tudi predhodno sprejeta odločitev Državne revizijske komisije. Čeprav vlagatelj v vlogi z dne 19. 2. 2021, s katero se je opredelil do navedb kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltin navaja, da »ne gre za pritožbo zoper odločitev Dkom« (medtem ko nasprotno v vlogi z dne 19. 2. 2021, s katero se je opredelil do navedb kandidata Strabag/Ed Züblin/Gülermak, navaja, da »ni res, da prejšnjih odločitev Dkom ne more izpodbijati, saj o zadevi še ni pravnomočno odločeno«), gre ugotoviti, da predmetni zahtevek za revizijo v delu, v katerem vlagatelj nasprotuje odločitvi Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30, po vsebini predstavlja pravno sredstvo zoper to pravnomočno odločitev Državne revizijske komisije, ki ga ZPVPJN ne predvideva. Zahtevek za revizijo ni pravno sredstvo zoper odločitev Državne revizijske komisije, vlagatelj pa z

vložitvijo predmetnega zahtevka za revizijo tudi ne more doseči ponovne presoje Državne revizijske komisije o že odločenem zahtevku za revizijo. Navedenega ne spreminja vlagateljevo sklicevanje na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-179/2020-13, saj iz nje, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, ne izhaja, da je v vloženem zahtevku za revizijo mogoče zatrjevati kršitve, ki so nastale pri odločanju Državne revizijske komisije. Državna revizijska komisija zato navedb vlagatelja o domnevni nepravilnosti in nezakonnosti (pravnomočne) odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30 (vključno z večkrat ponovljeno vlagateljevo trditvijo, da subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, v predhodnem postopku ne bi smela biti priznana aktivna legitimacija), ni vsebinsko presojala, posledično pa je s tem povezane vlagateljeve dokazne predloge (str. 10 in 11. zahtevka za revizijo) zavrnila kot nepotrebne.

Upošteva se, da vlagatelj, kot je to razvidno iz njegove vloge z dne 3. 2. 2021, zatrjuje nezakonnost izpostavljenе odločitve iz razloga, ker bi, po njegovih navedbah, brez »napake« Državne revizijske komisije druga odločitev o priznanju sposobnosti postala pravnomočna, vlagatelju pa bi bila sposobnost priznana, gre še dodati, da Državna revizijska komisija s sklepom, št. 018-182/2020-30, kot to navaja tudi vlagatelj, ni ugotovila niti da je sporni referenčni projekt skladen z zahtevami naročnika niti da sporni referenčni projekt ni skladen z naročnikovimi zahtevami. Državna revizijska komisija naročniku tudi ni naložila, da vlagatelju sposobnosti ne prizna – takšno odločitev lahko sprejme le naročnik v postopku javnega naročanja (gl. drugi in tretji odstavek 90. člena ZJN-3), ne pa Državna revizijska komisija kot organ pravnega varstva. Državna revizijska komisija je napotila naročnika, da če se bo odločil za nadaljevanje postopka in bo prijavo zadevnega kandidata ponovno pregledal, lahko sporno referenco preveri ne le pri referenčnem naročniku, pač pa lahko skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila zahteva od vlagatelja dodatna dokazila. Vlagatelj se z očitki o domnevni nezakonnosti odločitve Državne revizijske komisije tako v bistvu zavzema, da se podatki v njegovi prijavi ne bi preverili, za kaj takšnega pa vlagatelju niti ne bi bilo mogoče priznati aktivne legitimacije, saj ni jasno, kakšna (pravno priznana) škoda bi lahko vlagatelju nastala zaradi preveritve skladnosti priglašene referenčnega projekta z naročnikovimi zahtevami.

V zvezi z odločitvijo Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30, gre še pojasniti, da pravnomočen postane zgolj izrek odločitve, medtem ko razlogi dejanske in pravne narave, ki so navedeni v obrazložitvi odločitve, ne postanejo pravnomočni. Zavrtni gre zato navedbe kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltın, da je Državna revizijska komisija v okviru izpostavljenе odločitve že pravnomočno odločila glede nekaterih ključnih vprašanj, ki se odpirajo v okviru predmetnega postopka oddaje javnega naročila (npr. jasnost naročnikovih zahtev, vsebina spornega referenčnega projekta). Poleg tega, Državna revizijska komisija odloča v mejah (vsakokratnega) zahtevka za revizijo (prvi odstavek 38. člena ZPVPJN), kar pomeni, da je bila izpostavljena odločitev Državne revizijske komisije sprejeta na podlagi takrat ugotovljenega dejanskega stanja, ki ga je Državna revizijska komisija ugotovila na podlagi dokumentacije iz postopka javnega naročanja in dokumentacije iz takratnega predrevizijskega in revizijskega postopka – torej ob upoštevanju trditvene in dokazne podlage strank takratnega revizijskega postopka in kandidata GGD/Metrostav/CGP, ki je v takratnem postopku pravnega varstva imel položaj primerljiv izbranemu ponudniku. V predmetnem postopku pravnega varstva pa je za ugotovitev dejanskega stanja, poleg dokumentacije iz postopka javnega naročanja, relevantna dokumentacija iz tokratnega predrevizijskega in revizijskega postopka. V tokratnem postopku pravnega varstva pa lahko vlagatelj navaja tudi nove trditve o dejstvih, ki so pravno odločilna oziroma pravno relevantna za presojo naročnikovega ravnanja in ki v okviru prvotnega pravnega varstva niso bila upoštevana.

Upošteva je navedeno v predmetnem postopku pravnega tudi niso relevantne navedbe vlagatelja v predhodnem postopku pravnega varstva, v katerem je imel položaj primerljiv izbranemu ponudniku. Vlagatelj zato s predlogom, podanim v vlogi z dne 19. 2. 2021, s katero se je opredelil do navedb kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltin, in sicer, da se Sodišču EU postavi predhodno vprašanje, ali je rok treh (delovnih) dni za izjasnitev, določen v drugem odstavku 27. člena ZPVPJN, primeren oz. ustrezen v smislu pravice do obrambe in izjave, predlaga postavitev predhodnega vprašanja, ki ni bistveno za rešitev predmetnega spora. Ker odgovor na predlagano vprašanje, ne glede na to, kakšno je, v nobenem primeru ne more imeti vpliva na rešitev zadeve, ni potrebna predložitev predhodnega vprašanja Sodišču EU (sodba Cilfit, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, točka 10). Upošteva je navedeno se Državna revizijska komisija niti ni opredeljevala, ali zaradi spremembe ZPVPJN oz. zaradi uveljavitve 39a. člena ZPVPJN (še) šteje za »sodišče države članice« v smislu člena 267 PDEU, ki je upravičeno oz. celo dolžno postaviti vprašanje o razlagi prava EU.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku očita neustreznost obrazložitve odločitve o nepriznanju sposobnosti. V zvezi z izpostavljenimi očitki gre pritrčiti vlagatelju, da je naročnik dolžan, skladno s tretjim odstavkom 90. člena ZJN-3, v povezavi z drugim odstavkom istega člena, v odločitvi v zvezi z oddajo javnega naročila – torej tudi v odločitvi o priznanju sposobnosti – navesti razloge za zavrnitev prijave vsakega neuspešnega kandidata. Kot navaja vlagatelj in kot je Državna revizijska komisija že večkrat zapisala (prim. smis. npr. odločitve v zadevah, št. 018-163/2016, 018-135/2017, 018-139/2017, 018-189/2017), je določba tretjega odstavka 90. člena ZJN-3, ki je izraz načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), v skladu s katerim mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku, ključnega pomena za zagotavljanje učinkovitosti uveljavljanja pravnega varstva kot enega izmed temeljnih načel pravnega varstva v postopkih oddaje javnih naročil (9. člen ZPVPJN v povezavi s 7. členom ZPVPJN). Šele izpolnjena dolžnost naročnika, da obrazloži svojo odločitev o (ne)priznanju sposobnosti, zagotovi kandidatom možnost uresničitve pravice do učinkovitega pravnega sredstva, saj jim omogoči, da se seznanijo s poglobljenimi razlogi naročnikove odločitve, preverijo njihovo logično in pravno vzdržnost ter se na podlagi preizkusa razumnosti omenjene odločitve po lastni presoji odločijo, ali jo bodo morebiti izpodbijali v postopku pravnega varstva. Da bi mogli kandidati sprejeti odločitev o morebitnem uveljavljanju pravnega varstva, morajo biti v zadostni meri seznanjeni s konkretnimi ter jasnimi (in ne le z abstraktnimi ter pavšalnimi) razlogi, ki so naročnika vodili pri sprejemu njegove odločitve.

ZJN-3 ne določa natančnejših kriterijev za ugotavljanje zadostnosti oz. ustreznosti vsakokratne obrazložitve odločitve o oddaji javnega naročila oz. odločitve o priznanju sposobnosti, je pa slednje skozi svojo prakso izoblikovala Državna revizijska komisija. Kot to navaja tudi vlagatelj, ni nujno, da bi bila obrazložitev odločitve vseobsežna, torej takšna, da bi zajemala prav vse podrobnosti posameznih razlogov, na podlagi katerih je naročnik sprejel odločitev o (ne)priznanju sposobnosti, mora pa odločitev naročnika vsebovati jasne ter nedvoumne razloge, da se lahko kandidati seznanijo z utemeljitvijo odločitve, preverijo njeno pravilnost oziroma zakonitost ter po potrebi zaščitijo svoje pravice. Razlogi za odločitev morajo biti konkretizirani do takšne mere, da lahko ponudnik v morebitnem postopku uveljavljanja pravnega varstva navede vsa relevantna dejstva in predloži dokaze, s katerimi dokazuje, da razlogi, ki jih je naročnik navedel za svojo odločitev, niso utemeljeni, in da posledično odločitev o (ne)priznanju sposobnosti ni zakonita. Ali je povzetek ustreznih razlogov v odločitvi o priznanju sposobnosti zadosten, je potrebno presojati v vsakem konkretnem

primeru posebej in sicer glede na vse okoliščine primera (smis. npr. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-253/2015, 018-61/2017, 018-259/2017).

Iz izpodbijane odločitve izhaja, da naročnik vlagatelju sposobnosti ni priznal, pri čemer je naročnik v obrazložitvi odločitve citiral pogoj za sodelovanje, določen v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ter predstavil podatke, ki izhajajo iz vlagateljeve prijave v zvezi s tem pogojem za sodelovanje. Naročnik je (med drugim) navedel, da je vlagatelj v obrazcu 2 podal izjavo, da je gospodarski subjekt v okviru referenčnega projekta izvedel novogradnjo predora v skupni dolžini 12,102 km, od tega po novi avstrijski metodi gradnje predorov v dolžini 10,953 km. Naročnik je nadalje pojasnil, da je to izjavo vlagatelja preveril, in sicer pri referenčnem naročniku in pri vlagatelju, katerega je pozval na predložitev dodatne dokumentacije. Po prejemu dodatne dokumentacije je naročnik ugotovil, da skupna dolžina referenčnih gradbenih objektov, zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (NATM), ne dosega 10,953 km, in da tudi ne izpolnjuje naročnikove zahteve, določene v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer, da mora biti skupna dolžina predorskih cevi, zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (NATM), najmanj 10,00 km. Naročnik je nadalje navedel, da vlagatelj ni izkazal resničnosti izjave, podane v prijavi, in ni izkazal izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila – posledično se prijava zavrne. Naročnik je še navedel, da ker vlagatelj ni, skladno s pozivom naročnika, predložil dokazil, da bi izkazal resničnost navedb v obrazcu 2, se skladno z g) točko šestega odstavka 75. člena ZJN-3 gospodarski subjekt izključi oz. njegova prijava zavrne.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je iz izpostavljenega dela obrazložitve izpodbijane odločitve povsem jasno in nedvoumno razvidno, da naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti iz dveh razlogov, in sicer je kot prvi razlog za nepriznanje sposobnosti navedel, da referenčni projekt, katerega je vlagatelj v ponudbi navedel v dokaz izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ne izpolnjuje naročnikove zahteve, da mora biti skupna dolžina predorskih cevi, zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (NATM), najmanj 10,00 km. Kot drugi razlog za nepriznanje sposobnosti vlagatelju je naročnik navedel, da vlagatelj s predložitvijo naknadnih dokazil ni izkazal resničnosti navedbe (podane v obrazcu 2), da skupna dolžina referenčnih gradbenih objektov, zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (NATM), dosega 10,953 km.

Ugotoviti gre, da je naročnik v zvezi s prvim razlogom za nepriznanje sposobnosti vlagatelju v izpodbijani odločitvi jasno in nedvoumno navedel razlog za zaključek o neustreznosti referenčnega projekta oz. zakaj šteje, da priglašena referenca ni skladna z zahtevami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer, ker v okviru priglašene referenčnega posla skupna dolžina predorskih cevi, zgrajenih po (NATM), ne dosega zahtevanih 10,00 km. Naročnik je v obrazložitvi navedel tako konkretno določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jo je uporabil pri presoji vlagateljeve prijave, kot tudi ugotovljeni konkretni dejanski stan (tj. da v okviru priglašene referenčnega posla dolžina predorskih cevi, zgrajenih po NATM, ne dosega zahtevane dolžine), na katerem temelji njegova ocena o neustreznosti priglašene referenčnega posla in posledično o neizpolnjevanju pogoja za sodelovanje.

V zvezi z drugim razlogom za nepriznanje sposobnosti vlagatelju je naročnik v obrazložitvi izpodbijane odločitve navedel tako pravno podlago, ki jo je uporabil pri presoji vlagateljeve

prijave, in sicer g) točko šestega odstavka 75. člena ZJN-3, kot tudi ugotovljeni konkretni dejanski stan, in sicer, da vlagatelj ni izkazal resničnosti navedbe (podane v obrazcu 2), da skupna dolžina referenčnih gradbenih objektov, zgrajenih po NATM, dosega 10,953 km. Državna revizijska komisija zato ne more slediti navedbam vlagatelja, da naročnik v izpodbijani odločitvi ni navedel razlogov, ki bi jih bilo mogoče subsumirati pod g) točko šestega odstavka 75. člena ZJN-3. Iz obrazložitve izpodbijane odločitve ne izhaja očitok, da vlagatelj ne bi predložil zahtevane dokumentacije, pač pa nedvoumno izhaja naročnikovo stališče, da vlagatelj ni posredoval dokumentov, ki bi potrjevali navedeni podatek. Zato zaradi umanjkanja izrecne navedbe naročnika o tem, katerega dokumenta vlagatelji ni predložil, obrazložitev ni pomanjkljiva. Pri tem gre še dodati, da četudi bi naročnik odločitev o nepriznanju sposobnosti pomanjkljivo obrazložil v delu, ki se nanaša na drugi razlog za nepriznanje sposobnosti, je v obravnavanem primeru ključno, da je naročnik prvi razlog za nepriznanje sposobnosti ustrezno obrazložil, saj, kot bo to razvidno v nadaljevanju, vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel izpodbiti (že) prvega razloga za nepriznanje sposobnosti, za nepriznanje sposobnosti pa zadošča že en razlog.

Pritrditi gre sicer revizijskim navedbam, da naročnik v odločitvi o priznanju sposobnosti ni navedel, katera vprašanja je postavil referenčnemu naročniku, kaj je bilo navedeno v pojasnilu referenčnega naročnika, kako je naročnik preveril izjavo referenčnega naročnika, kdo je podpisal izjavo referenčnega naročnika, kakšna je bila vsebina (dodatnih) preverjanj in zakaj (oz. na podlagi katerih dejstev) je naročnik zaključil, da vlagatelj ni uspel izkazati izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, vendar zaradi umanjkanja navedenih podatkov obrazložitev izpodbijane odločitve ni nezadostna, kot to zatrjuje vlagatelj. Ponoviti gre, da je iz izpodbijane odločitve jasno in nedvoumno razvidno, da naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti, ker v okviru priglašene referenčnega posla izvedena skupna dolžina referenčnih gradbenih objektov, zgrajenih po NATM, ne dosega zahtevanih 10,00 km. Izvajalec priglašene referenčnega posla nastopa v vlagateljevi prijavi kot partner, zato je (lahko) vlagatelj seznanjen z vsebino priglašene referenčnega posla oz. s skupno dolžino gradbenih objektov oz. predorskih cevi, zgrajenih po NATM, posledično pa je imel vlagatelj možnost preveriti naročnikov razlog za nepriznanje sposobnosti, kot tudi možnost v zahtevku za revizijo navesti vsa pravno relevantna dejstva in predložiti dokaze, da naročnikov razlog za nepriznanje sposobnosti ni utemeljen in da posledično izpodbijana odločitev ni zakonita.

Poleg tega vlagatelj z navedbami o umanjkanju vsebine dodatnih preverjanj ter o umanjkanju pojasnila o tem, na katerih dejstvih temelji naročnikov zaključek o neizpolnjevanju pogoja za sodelovanje, odpira vprašanje utemeljenosti odločitve o nepriznanju sposobnosti, saj se te nanašajo na vprašanje, ali je naročnik pravilno ugotovil v izpodbijani odločitvi navedeno dejansko stanje (da v okviru referenčnega projekta skupna dolžina predorskih cevi, zgrajenih po NATM, ne dosega 10,00 km) ter posledično na vprašanje ali naročnik vlagatelju upravičeno ni priznal sposobnosti. Vlagatelj tudi z očitki o umanjkanju naročnikove opredelitve do ključnih vlagateljevih argumentov, ki izhajajo iz dokumenta »*Zahteva za vpogled ter prošnja za podaljšanje roka*« in dokumenta »*Spremni dopis*« (pri čemer vlagatelj niti ne konkretizira, kateri ključni argumenti izhajajo iz izpostavljene obsežne dokumentacije, ki, po navedbah vlagatelja, obsega 359 strani), odpira vprašanje vsebinske utemeljenosti izpodbijane odločitve, in ne vprašanje obrazloženosti izpodbijane določitve. Vlagatelj je imel s seznanitvijo z razlogom za nepriznanje sposobnosti možnost, da v zahtevku za revizijo pojasni, zakaj bi naročnik na podlagi teh dokumentov, ki ju je predložil vlagatelj (kar pomeni, da je vlagatelj seznanjen z njuno vsebino), moral sprejeti zaključek o skladnosti priglašene referenčnega projekta z naročnikovimi zahtevami. Tudi z navedbami v vlogi z dne 3. 2. 2021 da v izpodbijani odločitvi umanjajo oz. so napačno interpretirana pravno relevantna dejstva,

povezana z NATM, metodo NATM, metodologijo NATM, vprašanjem št. 126 in referenčnim projektom, vlagatelj odpira vprašanje vsebinske utemeljenosti izpodbijane odločitve in ne vprašanje obrazloženosti izpodbijane določitve.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami v vlogi z dne 3. 2. 2021, da naročnikova »odločitev« ne vsebuje jasnih, nedvoumnih razlogov, ne omogoča seznanitve z utemeljitvijo odločitve, vlagatelju ne omogoča zaščite položaja in ne omogoča preverbe zakonitosti odločitve, na kar po mnenju vlagatelja kaže časovnica sprejemanja odločitev, sprejemanje odločitev v nasprotju s tretjim odstavkom 28. člena ZPVPJN, argumentacijska podhranjenost prvotne odločitve in zmotno in nepopolno ugotovljeno dejansko stanje, Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da iz njih ni razvidno, ali se te nanašajo na odločitev o priznanju sposobnosti (na kar bi bilo mogoče sklepati na podlagi umestitve teh navedb v poglavje III vloge z dne 3. 2. 2021) ali pa se nanašajo na naročnikovo odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo (na kar bi bilo mogoče sklepati na podlagi same argumentacije). Ne glede na navedeno, pa gre pojasniti, da na podlagi časovnice sprejemanja odločitev naročnika v tem postopku oddaje javnega naročila in v postopku oddaje javnega naročila, objavljenega na portalu javnih naročil pod št. objave JN008006/2019, ki je vlagatelj niti ne konkretizira oz. ne pojasni, ter (domnevnega) sprejetja odločitve o zahtevku za revizijo v nasprotju z določbami tretjega odstavka 28. člena ZPVPJN (ki določa, da naročnik odločitev o zahtevku za revizijo, ki se nanaša na odločitev o priznanju sposobnosti, sprejme v roku osmih delovnih dni od poteka roka za izjasnitev izbranega ponudnika), ni mogoče delati zaključkov o obrazloženosti nobene od naročnikovih odločitev. Kako bi lahko časovnica sprejemanja odločitev naročnika in kršitev tretjega odstavka 28. člena ZPVPJN vplivala na pravico vlagatelja do izjave, vlagatelj tudi ne pojasni. Pri tem pa gre še dodati, da morebitna neobrazloženost naročnikove odločitve o zavrnitvi zahtevka ne bi šla v škodo vlagatelju, pač pa bi šla v škodo naročniku, saj ta ne bi navedel dejstev in dokazov, ki bi utemeljevali zakonitost njegovega ravnanja v postopku oddaje javnega naročila in posledično neutemeljenost zahtevka za revizijo. V zvezi z vlagateljevim predlogom, da Država revizijska komisija zadevo vrne naročniku, da jo ustrezno obrazloži, pa zadošča pojasnilo, da, ne glede na to, ali se predlog nanaša na odločitev o priznanju sposobnosti ali na odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo, pravna podlaga za ugoditev takšnemu predlogu ne obstoji.

Vlagatelj tudi ne more uspeti z navedbami v vlogi z dne 3. 2. 2021, da je naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo »nedopustno razširil trditveno podlago ter podal nova dejstva«. V zvezi z izpostavljenimi navedbami gre ugotoviti, da je vlagatelj vlogo z dne 3. 2. 2021 pripravil na način, da citira del naročnikove odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo, nato pa zatrjuje, da je naročnik »nedopustno razširil trditveno podlago ter podal nova dejstva«, ne da bi pri tem jasno navedel, v čem naj bi naročnik razširil trditveno podlago in katera so tista »nova dejstva«, ki jih naročnik prvič navaja v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo. Glede na način priprave izpostavljenega dela vloge z dne 3. 2. 2021 vlagatelj tako pričakuje, da bo Državna revizijska komisija sama ugotavljala, ali iz citiranih delov odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo izhajajo nova dejstva in da bo tako sama, namesto vlagatelja, ustvarjala vlagateljevo trditveno podlago. Čeprav so torej vlagateljevi očitki, da je naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo razširil trditveno podlago ter podal nova dejstva, povsem nekonkretizirani, pa Državna revizijska komisija še dodaja, da navedbe v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo ne predstavljajo novega razloga za nepriznanje sposobnosti vlagatelju, pač pa naročnik z njimi utemeljuje vsebinsko zakonitost izpodbijane odločitve oz. zatrjuje in utemeljuje obstoj razlogov za nepriznanje sposobnosti, ki ju je navedel že v izpodbijani odločitvi. Že iz izpodbijane odločitve izhaja naročnikova presoja, da vlagatelj ni izkazal resničnosti navedbe, da skupna dolžina referenčnih gradbenih objektov, zgrajenih po NATM, dosega 10,953 km, kot tudi naročnikova presoja, da v okviru vlagateljevega

referenčnega projekta skupna dolžina predorskih cevi, zgrajenih po NATM, znaša manj kot 10,00 km. Naročnik z navedbami, da so bile v okviru referenčnega projekta predorske cevi zgrajene tudi po drugi metodi, in da upošteva zgolj dolžino predorskih cevi, zgrajenih po metodi NATM, vlagatelj referenčni projekt ne izpolnjuje zahtev, ne uvaja novih razlogov za nepriznanje sposobnosti vlagatelju, temveč utemeljuje razlog za nepriznanje sposobnosti, ki ga je navedel že v izpodbijani odločitvi.

Ob upoštevanju predstavljenih ugotovitev Državna revizijska komisija zaključuje, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal, da naročnik izpodbijane odločitve o nepriznanju sposobnosti vlagatelju ni ustrezno obrazložil. Kot že navedeno, vlagatelj se je s konkretnima ter jasnima razlogoma, ki sta naročnika vodila pri sprejemu njegove odločitve, seznanil, s čimer mu je bilo omogočeno njuno izpodbijanje, kar je vlagatelj s predmetnim zahtevkom za revizijo tudi storil.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija presojala med strankama sporno vprašanje, ali je naročnik ravnal skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in določbami ZJN-3, ko vlagatelju sposobnosti za sodelovanje ni priznal. Kot že navedeno, naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti iz dveh razlogov, kar pomeni, da bi vlagatelj moral za uspeh z zahtevkom za revizijo v delu, ki se nanaša na naročnikovo ravnanje v zvezi z njegovo prijavo, izkazati neutemeljenost obeh razlogov, navedenih v odločitvi o priznanju sposobnosti.

Državna revizijska komisija je naprej presojala revizijske navedbe, povezane s prvim razlogom za nepriznanje sposobnosti, navedenim v izpodbijani odločitvi. Kot prvi razlog je naročnik navedel, da vlagatelj ni izkazal izpolnjevanje pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v delu, ki se nanaša na zahtevano skupno dolžino predorskih cevi, izvedenih po NATM.

Pregled dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila pokaže, kar med strankama tudi ni sporno, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil pogoje za sodelovanje, ki se nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost, in sicer je (med drugim) v prvi alineji točke 3.2.3.1 (skladno s točko a) osmega odstavka 77. člena ZJN-3) zahteval:

»Ponudnik mora izkazati, da je v zadnjih desetih letih pred objavo predmetnega javnega naročila uspešno izvedel novogradnjo predorov zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (The New Austrian Tunnelling Method – NATM) na trasi cestne ali železniške infrastrukture v skupni dolžini predorskih cevi najmanj 10,00 km in izkopne površine prečnega preseka najmanj 70,00 m², od tega mora biti vsaj ena predorska cev dolžine najmanj 3,00 km, ostale predorske cevi pa dolžine najmanj 1,00 km«.

Kot dokazilo o izpolnjevanju izpostavljenega pogoja za sodelovanje je naročnik zahteval predložitev izpolnjenega vnaprej pripravljenega obrazca 2 *»Izjava ponudnika o izpolnjevanju referenčnih zahtev«* (v nadaljevanju: obrazec 2) ter s strani referenčnih naročnikov potrjena referenčna potrdila; v ta namen je pripravil obrazec 2A *»Potrdilo o referenčnem delu«*. Pri tem je naročnik še zapisal: *»POMEMBNO: Naročnik si pridržuje pravico, da lahko zahteva še druga dokazila, skladno z določili ZJN-3. Če ponudnik dokazil ne predloži oziroma če jih po pozivu ne predloži v roku, ki ga bo določil naročnik, bo ponudnik izključen iz nadaljnje postopka«.*

V zvezi z izpostavljeno zahtevo je naročnik prejel več vprašanj zainteresiranih gospodarskih subjektov, na katera je odgovoril na Portalu javnih naročil, s čimer so ti postali del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (prvi odstavek 67. člena ZJN-3 in druga

poved drugega odstavka 67. člena ZJN-3). Naročnik je na Portalu javnih naročil dne 10. 12. 2019, dne 13. 12. 2019 in dne 23. 12. 2019 objavil naslednja vprašanja in odgovore:

Vprašanje št. 49: *»Prosimo potrdite, da razumemo pravilno, da se tehnična referenca za izgradnjo predorov po NATM metodi seštevata lahko iz različnih projektov, in ni potrebno, da je celotna dolžina predorskih cevi bila dosežena v istem projektu. Npr. v projektu 1 je skupna dolžina predorskih cevi 7 km (in prečni presek najmanj 70 m²), v projektu 2 pa je celotna dolžina predorskih cevi 3 km (in prečni presek najmanj 70 m²).«*

Odgovor št. 49: *»[...] Razumete pravilno, ni potrebno, da je bila celotna zahtevana dolžina dosežena v enem projektu. Lahko je sestavljena iz več projektov, pri čemer pa mora biti zadoščeno vsem navedenim zahtevam naročnika.«*

Vprašanje št. 101: *»Vezano na pogoj pod točko 3.2.3.1 glede reference novogradnje predorov zgrajenih po NATM vas sprašujemo zakaj zahteva za ostale predorske cevi dolžine najmanj 1 km če je glavni namen zagotoviti referenco za 10 km in najmanj ene predorske cevi dolžine najmanj 3 km katero smatramo zadosten pogoj zato da izkažemo referenco skupne dolžine in enega dolgega predora. Glede na to, da zahtevate samo en način vrtanja predorov smatramo dodaten pogoj dolžine 1 km za ostale predorske cevi nepotreben. Predlagamo, da dodatni pogoj glede dolžine najmanj 1 km za ostale predorske cevi črtate.«*

Odgovor št. 101: *»Zahtevane reference so v skladu z velikostjo razpisanega posla in predvideno metodo gradnje predorov. Naročnik v tem delu ne bo spreminjal dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.«*

Vprašanje št. 126: *»Prosimo potrditev pravilnega razumevanja: v primeru novogradnje predora, pri katerem se je poleg nove avstrijske metode gradnje predorov uporabila tudi druga metoda gradnje predora, se za izpolnjevanje referenčnega pogoja glede dolžine cevi, upošteva dolžina predorske cevi novozgrajenega predora.«*

Odgovor št. 126: *»Za izpolnjevanje referenčnega pogoja glede dolžine cevi se upošteva dolžina predorske cevi zgrajene v celoti po metodologiji NATM.«*

Vprašanje št. 128: *»V točki 3.2.3.1 »Tehnična in kadrovska sposobnost«, točka 1. Seznam zahtevanih referenčnih poslov (tehnična sposobnost) Razpisne dokumentacije, naročnik zahteva referenco izkaza novogradnje predorov zgrajenih po novi avstrijski metodi gradnje predorov (The New Austrian Tunnelling Method-NATM) v zadnjih 10 letih z določenimi parametri. Glede na to, da se na primer v Italiji za izgradnjo predorov uporablja metoda ADECO - RS (L'Analisi delle Deformazioni Controllate nelle Rocce e nei Suoli), vas vljudno prosimo, da tudi navedeno metodo za izkop upoštevate kot sprejemljivo in da se tudi uporabljena metoda ADECO RS, uporabljena pri referenčnem poslu upošteva kot izpolnjevanje pogojev naročnika v predmetnem postopku javnega naročanja iz točke 3.2.3., točka 1. Glede na to, da se projekt financira tudi iz sredstev Evropske unije, menimo, da bi naročnik s sprejetjem ADECO-RS kot metode uporabljene pri izgradnji predorov za namen izkaza reference za predmetno javno naročilo preprečil diskriminacijo udeležbe specializiranih italijanskih podjetij za gradnjo predorov pri tem javnem naročilu, saj uporaba zgolj ene metode, ki jo navaja naročnik ni objektivno utemeljena.«*

Odgovor št. 128: *»Glede na predhodne geološko-geomehanske raziskave trase bodoče nove proge je bila s strani naročnika in projektantov projektne dokumentacije PGD izbrana metoda*

NATM. Tudi izvedbena dokumentacija PZI vključno s popisi del obravnava izključno metodo NATM. Za ugotavljanje sposobnosti bo tako merodajna samo metoda NATM, skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila.»

Iz navedb vlagatelj in naročnika je razvidno, da je med njima najprej sporna razlaga izpostavljenega dela dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Pritrditi gre vlagatelju, da je naročnikova dolžnost, da pripravi jasno in nedvoumno dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Načelo transparentnosti javnega naročanja (med drugim) zahteva, da so vsi pogoji in zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določeni jasno, natančno in nedvoumno, oziroma tako, da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki razumejo njihov natančen obseg in jih razlagajo enako ter da lahko naročnik učinkovito preizkusi, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo njegovim zahtevam (prim. sodbo Sodišča EU št. C-368/10, točka 109). Pri presoji prijav oz. ponudb mora naročnik upoštevati tiste zahteve, ki so bile navedene v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer na način, kot so bile zapisane. V skladu z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije, kot to navaja tudi vlagatelj, nejasnih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni mogoče interpretirati v škodo ponudnikov oz. kandidatov. Če je zahteva zapisana splošno in ohlapno ali tako, da dopušča več možnih razlag, je ni mogoče tolmačiti v škodo ponudnika, ki je zahtevo iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izpolnil v mejah, ki jo razlaga take zahteve še dopušča. Na drugi strani je potrebno zahtevo, ki je jasna, razlagati tako, kot je zapisana, in je ni dopustno razlagati izven okvirov pomena, kot izhaja iz njene jasne dikcije in kot so ga lahko razumeli tudi vsi običajno skrbni gospodarski subjekti. Nasprotno ravnanje naročnika pomeni kršitev drugega odstavka 67. člena ZJN-3, ki določa, da naročnik po izteku roka za prejem ponudb ne sme več spreminjati ali dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kršitev načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) ter načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

Glede na trditveno podlago strank je tako v obravnavanem primeru potrebno presoditi, ali dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila dopušča interpretacijo, za katero se zavzema vlagatelj v zahtevku za revizijo. Upošteva se navedeno kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltın ne more uspeti s sklicevanjem na tretji odstavek 16. člena ZPVPJN in na tretji odstavek 25. člena ZPVPJN, prav tako kot tudi kandidat Strabag/Ed Züblin/Gülermak ne more z navedbami, da bi vlagatelj moral, v primeru nejasne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, pred potekom roka za predložitev prijav naročniku preko Portala javnih naročil zastaviti ustrezno vprašanje. Vlagatelj v svojem revizijskem zahtevku ne izpodbija določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (glede česar bi bil, skladno z določili tretjega odstavka 25. člena ZPVPJN, v tej fazi postopka prekludiran), pač pa zatrjuje, da naročnik pri pregledu prijav ni uporabil izpostavljenega pogoja za sodelovanje, kot je bil opisan v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila – trdi namreč, da je glede na stroko treba pogoj za sodelovanje razlagati drugače, kot ga razlaga naročnik, in da se je šele po poteku roka za predložitev prijav (oz. po vložitvi zahtevka za revizijo subjekta Strabag AG, Podružnica Ljubljana) izkazalo, da je možna različna interpretacija izpostavljenega pogoja za sodelovanje. Kljub umankanju izrecne navedbe vlagatelja, da je pred potekom roka za predložitev prijav tudi sam sporni pogoj za sodelovanje razumel na način, ki je skladen s stroko, je to po vsebini razvidno iz vlagateljevih navedb. Vlagateljevih navedb tako ni mogoče šteti za ugovore zoper vsebino določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, temveč za ugovore zoper ravnanje naročnika pri presoji vlagateljeve prijave.

Naročnik na eni strani zatrjuje, da je v okviru spornega pogoja za sodelovanje zahteval, da ponudniki izkažejo gradnjo predorskih cevi po metodi NATM v skupni dolžini najmanj 10,00

km. Vlagatelj na drugi strani zatrjuje, da je naročnik z odgovorom št. 126 dopustil, da kandidati izkažejo izvedbo predorskih cevi v skupni dolžini najmanj 10,00 km po metodologiji NATM. Ker naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ključnih izrazov ni opredelil oz. definiral, jih je mogoče oz. potrebno razlagati skladno s stroko, in sicer se po navedbah vlagatelja v stroki šteje, da je predor zgrajen po metodi NATM, če so bili pri projektiranju in gradnji upoštevani nekateri ali vsi principi oz. smernice te metode, po metodologiji NATM pa je predor izveden, če je v njegovih posameznih delih uporabljena metoda NATM. Po navedbah vlagatelja tako za izpolnjevanje spornega pogoja za sodelovanje ni potrebno, da kandidati izkažejo, da so zgradili predorske cevi izključno po NATM v skupni dolžini 10,00 km, ampak zadošča, da izkažejo, da so zgradili predorske cevi, pri gradnji katerih je bila vsaj v enem delu uporabljena metoda NATM, v skupni dolžini 10,00 km. Povedano drugače, po mnenju vlagatelju so v okviru spornega pogoja za sodelovanje upoštevne (tudi) predorske cevi, ki so bile vsaj v enem delu zgrajene po NATM.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila jasno in nedvoumno opredelil kriterije za presojo ustreznosti referenc v okviru ugotavljanja tehnične usposobljenosti, teh kriterijev pa z odgovori na vprašanja, objavljenimi na Portalu javnih naročil, ni spreminjal. Iz spornega pogoja za sodelovanje izhaja, da je naročnik zahteval izkazovanje izkušenj z gradnjo predorskih cevi, pri čemer je naročnik opredelil metodo gradnje (in sicer NATM), izkopno površino prečnega preseka (tj. najmanj 70,00 m²) in dolžino izvedenih predorskih cevi (tj. 10 km – ta kriterij so kandidati (lahko) dosegli s seštevanjem dolžin več zgrajenih predorskih cevi, in sicer s predorskimi cevmi dolžine najmanj 1,00 km, razen ene, ki mora biti dolžine najmanj 3,00 km). Da bi bile zgrajene predorske cevi upoštevne v smislu referenčne zahteve, so te torej morale biti zgrajene po metodi NATM, ustreznega preseka in ustrezne dolžine. Skupna dolžina vseh upoštevni predorskih cevi (torej predorskih cevi, zgrajenih po NATM, ustreznega preseka in dolžine najmanj 1 km, razen ene dolžine najmanj 3,00 km) pa je morala znašati najmanj 10,00 km. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je zahteva glede metode NATM neločljivo povezana z zahtevo glede dolžine predorskih cevi in skupne dolžine predorskih cevi, in da je naročnik zahteval, da kandidati izkažejo izvedbo predorskih cevi po metodi NATM, pri čemer skupna dolžina teh izvedenih predorskih cevi (torej predorskih cevi, zgrajenih po NATM) znaša najmanj 10,00 km. Pritrditi gre zato navedbam naročnika, da je v okviru spornega pogoja za sodelovanje zahteval, da kandidati izkažejo, da so že zgradili najmanj 10,00 km predorskih cevi po metodi NATM.

V nasprotju z mnenjem vlagatelja naročnik spornega pogoja za sodelovanje z odgovori na Portalu javnih naročil ni spreminjal. Naročnik je sicer res v odgovoru št. 126, tako kot to navaja vlagatelj, uporabil izraz metodologija NATM, vendar pa upošteva odgovor v povezavi z vprašanjem, naročnik ni odstopil od zahteve, da morajo gospodarski subjekti izkazati izvedbo predorskih cevi po NATM. Iz vprašanja št. 126 namreč izhaja zavzemanje zainteresiranega gospodarskega subjekta, da se v primeru gradnje, pri kateri je bila poleg metode NATM uporabljena še druga metoda gradnje predorov, upošteva dolžina celotne predorske cevi novozgrajenega predora. Zainteresirani gospodarski subjekt se je torej zavzemal, da bi se v primeru gradnje predorske cevi po dveh (ali več) različnih metodah gradnje predorov upoštevala celotna dolžina predorske cevi, torej tako dolžina oz. del predorske cevi, ki je bil zgrajen po NATM, kot tudi dolžina oz. del predorske cevi, ki je bil zgrajen po drugi metodi gradnje predorov. Na takšno zavzemanje zainteresiranega gospodarskega subjekta je naročnik odgovoril, da *»glede dolžine cevi se upošteva dolžina predorske cevi zgrajene v celoti po metodologiji NATM«*, iz česar po presoji Državne revizijske komisije jasno in nedvoumno izhaja, da naročnik ni sprejel zavzemanja

zainteresiranega gospodarskega subjekta in da je vztrajal pri (prvotni) zahtevi, da kandidati izkažejo izgradnjo najmanj 10,00 km predorskih cevi po metodi NATM. Iz odgovora št. 126 tako jasno izhaja, da bodo pri presoji kriterija glede skupne dolžine predorskih cevi ključne le dolžine oz. tisti deli predorskih cevi, ki so bili v celoti zgrajeni po NATM.

Pritrditi gre sicer vlagatelju, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila uporablja pojem »NATM« (gl. prvo alinejo točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), pojem »metoda« oz. »metoda NATM« (gl. odgovor št. 128), pojem »metodologija« oz. »metodologija NATM« (gl. odgovor št. 126) in pojem »tehnologija« oz. »NATM tehnologija« (gl. odgovor št. 41, objavljen na Portalu javnih naročil dne 9. 12. 2019 ob 10:46 uri, in odgovor št. 48, objavljen na Portalu javnih naročil dne 10. 12. 2019 ob 13:01 uri). Prav tako gre pritrditi vlagatelju, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila izpostavljenih izrazov (razen izraza »NATM«, ki ga je opredelil kot nova avstrijska metoda gradnje predorov oz. The New Austrian Tunnelling Method) ni konkretiziral oz. natančneje določil njihovega pomena. Vlagatelj v zahtevku za revizijo sicer zatrjuje, da naročnik tudi ni konkretiziral nekaterih drugih pojmov, ki jih vlagatelj navaja na strani 17 zahtevka za revizijo (npr. (ne)čisti NATM, (ne)čista metoda NATM, (ne)čista metodologija NATM, projektirani (ne)čisti NATM, itd.), vendar pa vlagatelj niti ne zatrjuje uporabe teh pojmov v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, zato (ne)konkretizacija pojmov, ki jih vlagatelj navaja na strani 17 zahtevka za revizijo, ne more biti relevantna pri presoji spornega vprašanja. Državna revizijska komisija ne more pritrditi zaključku vlagatelja, da je naročnik z uporabo pojmov »NATM«, »metoda« oz. »metoda NATM« in »metodologija« oz. »metodologija NATM«, ki jih sicer ni izrecno pojasnil, spremenil sporni pogoj za sodelovanje (ali da je ta zaradi tega postal nejasen), saj je iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila razvidno, da je naročnik pojme »NATM«, »metoda NATM«, »metodologija NATM« uporabil kot sopomenke oz. sinonime.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da imata pojma »metoda« in »metodologija« različen pomen in da imajo pojmi »NATM«, »metoda NATM« in »metodologija NATM« v stroki različen pomen, gre pojasniti, da je za rešitev zadeve ključno, kaj je naročnik določil do poteka roka za prejem prijav v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila za konkretno javno naročilo, ne pa, kako se nek pojem tolmači ali uporablja v stroki. Naročnik namreč lahko nek pojem, ki se ga uporablja v stroki (le) v določenem pomenu, za potrebe oddaje javnega naročila uporabi drugače oziroma mu za namen oddaje javnega naročila določi drugačen pomen. V obravnavanem primeru naročnik pojme »NATM«, »metoda NATM« in »metodologija NATM«, upošteva besedilo, v katerem so uporabljeni, uporablja kot sopomenke oz. sinonime. Vlagatelj v obravnavanem primeru ne more uspeti s sklicevanjem na Slovar slovenskega knjižnega jezika. Državna revizijska komisija na podlagi predlaganega vpogleda v Slovar slovenskega knjižnega jezika, objavljen na spletni strani <https://fran.si/>, pritruje vlagatelju, da izraz »metoda« pomeni »oblika načrtnega, premišljenega dejanja, ravnanja ali mišljenja za doseg kakega cilja; način, postopek« in da »metodologija« pomeni »skupek metod, ki se uporabljajo pri kakem raziskovanju, mišljenju«, iz česar izhaja, da je metodologija širši pojem kot metoda, saj metodologija predstavlja skupek metod. Vendar pa ne gre spregledati, da je naročnik uporabil pojem »metodologija« skupaj z NATM, zato bi bilo potrebno pojem »metodologija NATM«, upošteva, da je metodologija skupek metod, razlagati kot »skupek metod NATM«; naročnikov odgovor št. 126 pa bi bilo potrebno razlagati na način, da je naročnik določil, da bo upošteval dolžino predorske cevi, zgrajene v celoti po »skupku metod NATM«. Takšen naročnikov odgovor ne bi omogočal vlagateljeve interpretacije spornega pogoja za sodelovanje (in sicer, da je ključno zgolj, da je bila vsaj v

enem delu predorske cevi uporabljena metoda NATM), saj bi tudi takšen odgovor kot edino upoštevno metodo določal (skupek metod) NATM.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje tudi, da se v stroki šteje, da je predor zgrajen po metodi NATM, če so bili pri projektiranju in gradnji upoštevani nekateri ali vsi principi oz. smernice te metode, in da je predor izveden po metodologiji NATM, če je v njegovih posameznih delih uporabljena metoda NATM. Po mnenju vlagatelja je zato potrebno, upoštevaje, da je naročnik v odgovoru št. 126 uporabil pojem »*metodologija NATM*«, ta naročnikov odgovor razlagati na način, da se v okviru referenčnega pogoja upošteva celotna dolžina predorske cevi, če je bila ta vsaj v enem delu zgrajena po NATM. Tudi če bi sledili navedbam vlagatelja o interpretaciji pojmov »*metoda NATM*« in »*metodologija NATM*« v stroki, vlagatelj z zatrjevano interpretacijo spornega pogoja ne bi mogel uspeti, saj bi v tem primeru postala odveč besedna zveza »*v celoti*« (glede dolžine cevi se upošteva dolžina predorske cevi zgrajene v celoti po metodologiji NATM), saj je (po zatrjevanju vlagatelja) vsak predor v celoti zgrajen po metodologiji NATM, če je v njegovih posameznih delih uporabljena metoda NATM. Ravno dejstvo, da je naročnik v odgovoru št. 126 navedel, da se glede dolžine cevi upošteva dolžina predorske cevi, zgrajene v celoti po metodologiji NATM, kaže na to, da je relevantna zgolj in izključna dolžina predorske cevi, zgrajena v celoti po NATM, in da dolžina predorske cevi, zgrajena po drugi metodi kot NATM, za presojo izpolnjevanja spornega pogoja za sodelovanje ni upoštevna.

Poleg tega, tudi če bi sledili vlagatelju, da je naročnik, upoštevaje zatrjevano razlago pojma »*metodologija NATM*« v stroki, z uporabo tega pojma v odgovoru št. 126 določil, bo v okviru izpolnjevanja referenčne zahteve upošteval celotno dolžino predorske cevi, pri gradnji katere je bila vsaj na enem delu uporabljena metoda NATM, bi bilo potrebno ugotoviti, da je naročnik po objavi odgovora št. 126 »*ponovno spremenil*« dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer na način, da ne dopušča »*metodologije NATM*«, pač pa zahteva »*metodo NATM*«. Naročnik je namreč naknadno (po objavljenem odgovoru št. 126) objavil odgovor št. 128, in sicer »*[...] Za ugotavljanje sposobnosti bo tako merodajna samo metoda NATM, skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila*«. Iz vprašanja št. 128 izhaja zavzemanje zainteresiranega gospodarskega subjekta, da naročnik v okviru spornega pogoja za sodelovanje kot sprejemljivo upošteva tudi metodo ADECO RS (torej ne le metode NATM), čemur naročnik ni sledil. Naročnik je pojasnil, da izvedbena dokumentacija PZI obravnava izključno metodo NATM (temu vlagatelj sicer nasprotuje) in da bo za ugotavljanje sposobnosti merodajna samo metoda NATM (in ne metodologija NATM). Nobenega dvoma ne more biti, da iz takšnega odgovora izhaja, da je v okviru spornega pogoja za sodelovanje relevantna zgolj in izključno metoda NATM, ne pa morebiti kakšna druga metoda gradnje ali »*metodologija NATM*«.

V kolikor vlagatelj z navedbami, da je naročnik v okviru tega odgovora (upoštevajoč vprašanje) uporabil pojem »*metoda*« zgolj v smislu razumevanja, da »*druge metode gradnje (primeroma italijanska metoda), ki v svetu še obstajajo in se uporabljajo, niso primerne*«, zatrjuje, da se naročnikov odgovor nanaša le na metodo, predvideno v okviru izvedbe predmetnega javnega naročila, gre pojasniti, da se vprašanje št. 128 nanaša na sporni pogoj za sodelovanje (in ne na metodo, predvideno v okviru izvedbe predmetnega javnega naročila). V kolikor pa vlagatelj z izpostavljenimi navedbami zatrjuje, da je naročnik uporabil pojem »*metoda*« zgolj za opredelitev »*metodologije*« (da je torej naročnik pojasnil, da je za presojo ustreznosti metodologije ključna metoda NATM in ne metoda ADECO RS), pa gre pojasniti, da bi to, upoštevaje, da je naročnik uporabil pojem »*metoda NATM*« in ne »*metodologija NATM*«, v bistvo pomenilo zanikanje razlikovanja med pojmom »*metoda NATM*« in

»metodologija NATM« (za kar se zavzema vlagatelj), torej zanikanje temelja vlagateljevih navedb. Ni logično in razumno, da bi pri razlagi odgovora št. 126 sledili vlagateljevemu razlikovanju med pojmom »metoda NATM« in pojmom »metodologija NATM«, pri odgovoru št. 128 pa bi od takšnega razlikovanja odstopili.

Vlagatelj tudi ne more uspeti s sklicevanjem na pogoj za sodelovanje, določen v točki 3.2.3.2.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. V okviru izpostavljene točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki se nanaša na kadrovske sposobnosti, je naročnik zahteval, da kandidati v delovno skupino vključijo vodjo del za izkop in osnovno podgradnjo predora, ki je »vodil novogradnjo predora [...] dolžine podzemnega izkopa 2.000 m [...]. Pri novogradnji je morala biti uporabljena nova avstrijska metoda gradnje predorov (NATM)«. Četudi bi bilo potrebno ta pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na kadrovske referenco (in ne na referenco gospodarskega subjekta, na katero se nanaša sporni pogoj za sodelovanje) razlagati na način, da za njegovo izpolnjevanje zadošča, da je bila pri gradnji predora uporabljena metoda NATM in ni potrebno, da bi bila uporabljena metoda NATM v celotni dolžini podzemnega izkopa 2000 m, to ne bi predstavljalo podlage za zaključek, da je potrebno tudi sporni pogoj za sodelovanje razlagati na tak (enak) način. Naročnik namreč nima obveznosti, da v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila oblikuje enake referenčne zahteve za gospodarski subjekt in referenčne zahteve za kadre.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo nadalje zatrjuje, da tunela ni mogoče zgraditi izključno po metodi NATM (ker se portalne konstrukcije ne gradijo po metodi NATM) in da je posledično naročnikova interpretacija spornega pogoja za sodelovanje objektivno nemogoča. V zvezi z izpostavljenimi navedbami vlagatelja gre ugotoviti, da naročnik niti v odločitvi o nepriznanju sposobnosti niti v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo ni zavzel stališča, da bi moral biti predor (da bi bil upošteven v okviru spornega pogoja za sodelovanje) zgrajen v celoti po metodi NATM. Po presoji Državne revizijske komisije tudi iz spornega pogoja za sodelovanje ne izhaja naročnikova zahteva, da bi moral biti celotni predor zgrajen po NATM, kot to želi prikazati vlagatelj. Iz naročnikovega odgovora št. 126, v povezavi z vprašanjem, namreč izhaja, da se bo v primeru, če je bilo pri gradnji uporabljenih več različnih metod, glede dolžine predorske cevi upoštevala dolžina predorske cevi oz. tisti del predorske cevi, ki je bil zgrajen po metodi NATM. Neutemeljene so zato vlagateljeve navedbe, da je naročnikova interpretacija objektivno nemogoča in neupravičeno diskriminatorna (le) do vlagatelja – posledično pa se navedbe vlagatelja, da se nemogoči pogoji štejejo za neobstoječe in da pravica do uveljavljanja ničnosti ne ugasne, izkažejo kot pravno nerelevantne za rešitev predmetnega spora.

Pritrditi gre naročniku, da razlaga spornega pogoja za sodelovanje, za katero se zavzema vlagatelj, tudi ni skladna z namenom referenc. Kot je Državna revizijska komisija že večkrat zapisala in kot navaja tudi vlagatelj, referenca je po svoji naravi dokazilo, da je ponudnik sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj z njo dokazuje, da je podobno gradnjo ali storitev v preteklosti že (večkrat) uspešno izvedel ali da je pod podobnimi pogoji že uspešno dobavil podobno blago. Da bi referenca služila svojemu namenu, mora biti zahtevani referenčni posel primerljiv naročilu, ki ga oddaja naročnik. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je predmet zadevnega javnega naročila izgradnja (zgolj) dveh predorov (in sicer T1 in T2) s servisnima cevema in pripadajočo predorsko opremo (glej poglavje Krajši opis predmeta javnega naročila, Povabila k oddaji prijave za sodelovanje, in točko II.1.4 obvestila o javnem naročilu) in ne izgradnja osmih predorov, za katere je vlagatelj v zahtevku za revizijo predstavil podatke o (predvidenih) dolžinah. Ker je Državna revizijska komisija v nadaljevanju upoštevala v zahtevku za revizijo navedene podatke o predvidenih dolžinah

predorov, ki sta predmet zadevnega javnega naročila (T1 in T2), je kot nepotreben zavrnila vlagatelj dokazni predlog za vpogled v tehnična poročila, ki jih vlagatelj navaja na strani 32 zahtevka za revizijo. Iz vlagateljevih navedb izhaja, (1) da predvidena skupna dolžina predorskih cevi T1 in T2 znaša 12,723 km (2), da predvidena skupna dolžina servisnih cevi znaša 12,725 km, (3) da bodo v okviru izvedbe javnega naročila po NATM zgrajene predorske cevi v predvideni skupni dolžini 12,703 km in (4) da bodo v okviru izvedbe javnega naročila po NATM zgrajene servisne cevi v predvideni skupni dolžini 12,660 km. Iz navedb vlagatelja tako izhaja, da v okviru izvedbe predmetnega javnega naročila zgolj 20 m predorskih cevi (od skupno 12.723 m) in 65 m servisnih cevi (od skupno 12.725 m) ne bo zgrajenih po metodi NATM. Zato naročnikove navedbe, da je zahteval izkaz izkušenj pri gradnji predorskih cevi po NATM v zahtevani dolžini, podpira ne le jasno besedilo spornega pogoja za sodelovanje, ampak tudi namen referenc. Naročnik lahko namreč na podlagi dokazila, da je kandidat že uspešno izvedel primerljivo naročilo oz. izvedel zahtevano skupno dolžino predorskih cevi po NATM, upravičeno sklepa, da ima gospodarski subjekt znanje in izkušnje, ki so potrebni za izvedbo predmetnega javnega naročila. Naročnik zato utemeljeno navaja, da ni ne logično, ne razumno in ne smiselno, da bi se priznala sposobnost kandidatu, ki je sicer zgradil več kot 10 km predorskih cevi, vendar je bila le polovica teh predorskih cevi zgrajenih po metodi NATM, druga polovica pa po neki drugi metodi (npr. metodi odprtega kopa), ki v okviru izvedbe zadevnega javnega naročila ne bo uporabljena ali pa bo uporabljena v minimalnem obsegu (v okviru predmetnega javnega naročila bo, kot to izhaja iz navedb vlagatelja, potrebno zgraditi le 0,15% predorskih cevi in 0,51% servisnih cevi po metodi, ki ni NATM).

Glede na navedeno je Državna revizijska komisija kot nepotreben zavrnila tako vlagatelj dokazni predlog za izvedbo listinskih dokazov in ni vpogledala v dokumente (1) Mnenje družbe Geo T, d.o.o., z dne 12. 12. 2020, (2) Mnenje družbe Geo T, d.o.o., z dne 5. 1. 2021, (3) Strokovno mnenje o izvedbi tunela po NATM, ki ga je pripravil Zavod za Getehniku Građevinskog fakulteta Sveučilišča u Zagrebu, ter (4) življenjepis prof. dr. sc. Kovačevića (ki je po navedbah vlagatelja predstojnik prej navedenega zavoda), ki jih je vlagatelj priložil zahtevku za revizijo, kot tudi vlagatelj dokazni predlog za postavitvev (mednarodnega) strokovnjaka gradbene stroke s področja tunelogradnje (s poudarkom na NATM), ki bi podal odgovore na vprašanja, ki jih vlagatelj izpostavlja na strani 21 in strani 31 zahtevka za revizijo (npr. kaj pomeni, da je predor zgrajen po metodi NATM, kdaj se šteje, da je predor zgrajen po metodi NATM, ali se v stroki razlaga po metodi NATM, v kolikor je zgrajen prevladujoče po metodi NATM...). Vlagatelj namreč želi z navedenimi dokaznimi predlogi (listinski dokazi in postavitvev strokovnjaka) dokazati revizijske navedbe, (1) da se v stroki šteje, da je predor zgrajen po metodi NATM, če so bili pri projektiranju in gradnji upoštevani nekateri ali vsi principi oz. smernice te metode in da je predor izveden po metodologiji NATM, če je v njegovih posameznih delih uporabljena metoda NATM, ter (2) da predora izključno po metodi NATM ni mogoče zgraditi. Vendar pa, kot že navedeno, četudi bi se v postopku pravnega varstva za utemeljene izkazale vlagateljeve navedbe o tem, na kakšen način se v stroki razlagata pojma »metoda NATM« in »metodologija NATM«, vlagatelj z njimi (iz zgoraj navedenih razlogov) ne bi uspel utemeljiti, da sporni pogoj za sodelovanje omogoča interpretacijo, za katero se ta zavzema. Prav tako pa so za ta postopek pravnega varstva nerelevantne vlagateljeve navedbe, da predora izključno po metodi NATM ni mogoče zgraditi, saj (kot že pojasnjeno) takšna zahteva iz spornega pogoja za sodelovanje ne izhaja. Pri tem pa gre v zvezi z večkrat ponovljenim stališčem vlagatelja, da »strokovna mnenja uglednih strokovnjakov potrjujejo«, da je mogoče različno interpretirati sporni pogoj za sodelovanje oz. da ga je mogoče interpretirati na način, za katerega se zavzema vlagatelj, še pojasniti, da, kot je to razvidno iz navedb vlagatelja, se pridobljena mnenja nanašajo na pojma »metoda NATM« in »metodologija NATM« v stroki, ne pa na vprašanje, v kakšnem kontekstu oz. kako je

naročnik ta pojma uporabil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Takšnega vprašanja pripravljavci mnenj, pridobljenih izven predmetnega postopka pravnega varstva, niti ne bi mogli razreševati, saj ga razrešuje organ, ki odloča v zadevi.

Vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo predlaga tudi vpogled v obrazca 2 in 2A kandidatov s priznano sposobnostjo in »*preverbo zapisov preostalih kandidatov*« v teh obrazcih. V zvezi z navedbami vlagatelja, da kandidati v obrazcu 2 niso vpisali podatka o NATM, Državna revizijska komisija na podlagi vpogledala v obrazce 2, ki se nahajajo v prijavih kandidatov s priznano sposobnostjo, ugotavlja, da so vsi kandidati v ta obrazec vpisali, da je bil referenčni projekt zgrajen po NATM. V povezavi z izpostavljenim predlogom vlagatelja Državna revizijska komisija ni vpogledala v obrazce 2 in 2A kandidatov s priznano sposobnostjo v večjem obsegu, saj iz vlagateljevih navedb niti ni razvidno, katero (zatrjevano) dejstvo naj bi se na podlagi vpogleda v te obrazce potrdilo in zakaj bi bilo to dejstvo pravno relevantno pri presoji interpretacije naročnikovih zahtev. Vlagatelj predlaga vpogled v obrazce 2 in 2A kandidatov s priznano sposobnostjo tudi iz »*razloga objektivne neprimerljivosti ponudb*«, vendar pa iz vlagateljevih navedb ni razvidno, katero (zatrjevano) pravno relevantno dejstvo (ki bi omogočalo pravni zaključek o »*objektivni neprimerljivosti ponudb*«) želi z vpogledom dokazati. Pri tem gre v zvezi z revizijskimi očitki o »*objektivni neprimerljivosti ponudb*« še dodati, da ti temeljijo na napačnih predpostavkah, in sicer, da po naročnikovi interpretaciji ni mogoča izpolnitev referenčne zahteve (kot že pojasnjeno, naročnik ni zahteval, da je predor v celoti zgrajen po NATM, pač pa je določil, da se glede dolžine predorske cevi upošteva dolžina predorske cevi oz. tisti del predorske cevi, ki je bil zgrajen po metodi NATM) in da naročnikova uporaba pojmov »*NATM*«, »*metoda NATM*« in »*metodologija NATM*« dopušča možnost različnega preverjanja te zahteve pri kandidatih – kot že pojasnjeno, iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da naročnik te pojme uporablja kot sopomenke.

Državna revizijska komisija tako pritrjuje naročniku, da iz pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, izhaja zahteva, da kandidati izkažejo gradnjo predorskih cevi po metodi NATM v skupni dolžini najmanj 10,00 km. Glede na takšno zahtevo pa je tudi logično, da naročnik v obrazcu 2A, ki po vsebini predstavlja referenčno potrdilo, ni predvidel podatka o »*deležu NATM*« oz. podatka o tem, kolikšen delež predorskih cevi v celotni dolžini predora je bil zgrajen po metodi NATM – naročnik je namreč določil, da so ključne le (tiste) dolžine predorskih cevi oz. (tisti) deli predorskih cevi, ki so v celoti zgrajene po metodi NATM

Ker je naročnik po presoji Državne revizijske komisije v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila jasno in nedvoumno zahteval, da kandidati izkažejo gradnjo predorskih cevi po metodi NATM v skupni dolžini najmanj 10,00 km, so za rešitev konkretnega spora pravno nerelevantne navedbe vlagatelja, da je potrebno nejasna določila dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila razlagati v korist ponudniku. Predmetna dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila v relevantnem delu ni bila nejasna, zato je bil naročnik dolžan pri pregledu vlagateljeve prijave določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila uporabiti kot se glasijo.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija presojala, ali je naročnik utemeljeno zaključil, da vlagatelj z referenčnim poslom, ki ga je prigljal v prijavi z namenom izkazovanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ni izkazal izvedbe predorskih cevi po metodi NATM v skupni dolžini najmanj 10,00 km in posledično ni izkazal izpolnjevanje tega pogoja za sodelovanje.

Med strankama ni sporno, potrjeno pa je tudi z vpogledom v vlagateljevo prijavo, da se je vlagatelj v prijavi v zvezi z izpostavljenim pogojem za sodelovanje skliceval (izključno) na referenčni projekt »Sklop gradenj mestne obvoznice na odseku Mysibekova – Pelc Tyrolka« (v nadaljevanju: Komplex Blanka). Iz opisa referenčnega projekta v obrazcu 2 (v katerem so bili kandidati dolžni opisati projekt na način, da bo razvidno, ali po vsebini ustreza zahtevam), je vlagatelj navedel »novogradnja predora [...] v skupni dolžini 12,102 km, od tega po novi avstrijski metodi gradnje predorov v dolžini 10,953 km«. V prijavi vlagatelja se nadalje nahaja obrazec 2A (potrdilo o referenčnem delu), iz katerega izhaja, da je referenčni naročnik, tj. glavno mesto Praga, potrdil, da je gospodarski subjekt Metrostav, a.s., Češka, v okviru referenčnega projekta izvedel novogradnjo predorov po NATM v skupni dolžini predorskih cevi 10,953 km. Iz referenčnega potrdila nadalje izhaja, da referenčni projekt predstavlja kompleks treh medsebojno povezanih tunelov z eno cevjo v vsako smer, in sicer:

- Predor Brusnický 1.405 m (sever), 1.398 m (jug)
- Predor Dejvický 1.007 m (sever), 1.005 m (jug)
- Predor Bubenečský 3.071 m (sever), 3.067 m (jug).

Na podlagi vpogleda v odstopljeno dokumentacijo gre ugotoviti, da je naročnik dne 4. 11. 2020 zaprosil referenčnega naročnika za pojasnilo v zvezi z dolžino predorskih cevi, zgrajenih po metodi NATM, in da je referenčni naročnik podal dve pojasnili, in sicer dne 4. 12. 2020 in dne 16. 12. 2020. Iz pojasnila referenčnega naročnika z dne 4. 12. 2020 izhaja, da je bila v okviru referenčnega posla uporabljena metoda NATM in da je bilo minimalno 6.333 m predora zgrajenega izključno po metodi NATM. Iz pojasnila z dne 16. 12. 2020 pa izhaja, da je bilo v okviru referenčnega projekta po metodi NATM zgrajenih oz. izvrtanih 6.673 m, pri čemer je referenčni naročnik podal tudi podrobnejšo obrazložitev glede navedene dolžine. Ker se naročnik na pojasnilo referenčnega naročnika z dne 4. 12. 2020 ni skliceval, Državna revizijska komisija nanj predmetne odločitve ni oprla. Ob upoštevanju navedenega in ob upoštevanju, da je pojasnilo referenčnega naročnika z dne 16. 12. 2020 po vsebini enako dokumentu »Potrdilo dolžin tunnelskih cevi, ki jih je izdelal Metrostav a.s. na Komplexu predorov Blanka«, projektanta Satra, spol. sr.o. (v nadaljevanju: Potrdilo Satra), ki ga je v postopku oddaje javnega naročila predložil vlagatelj, Državna revizijska komisija ni vsebinsko presojala navedb vlagatelja v vlogi z dne 3. 2. 2021, da je naročnik napačno poizvedoval pravno relevantna dejstva in da bi naročnik v primeru »pravilno« postavljenih vprašanj referenčnemu naročniku pridobil »pravilne« poizvedbe oz. odgovore, ki so skladni z mnenjem projektanta Satra, spol. sr.o., ki ga je naročniku posredoval vlagatelj. Naročnik je namreč, tudi če je postavil »nepravilna« vprašanja referenčnemu naročniku, pridobil »pravilne« poizvedbe oz. odgovore, skladne z mnenjem projektanta Satra, spol. sr.o.

Iz odstopljene dokumentacije nadalje izhaja, kar med strankama ni sporno, da je naročnik vlagatelja z dopisom z dne 11. 12. 2020 (v katerem je kot podlago zanj navedel 89. člen ZJN-3 ter sklep Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30) pozval, da do dne 16. 12. 2020 (do 10:00 ure) posreduje nedvoumna in verodostojna dokazila, ki dokazujejo resničnost v obrazcu 2 zapisane izjave. Naročnik je vlagatelja pozval na predložitev izseka iz projekta izvedenih del ali enakovreden dokument, ki dokazuje končno izvedeno stanje referenčnega objekta, vključno s podpisano naslovno stranjo. Naročnik je navedel, da morajo biti iz predložene projektne dokumentacije jasno in nedvoumno razvidni podatki, ki dokazujejo ustreznost referenčnega projekta, in da mora projektant – vodja projekta parafirati vse strani projektne dokumentacije. Poleg tega je naročnik zahteval uraden prevod v slovenski jezik.

Vlagatelj je na naročnika naslovil vlogo »Zahteva za vpogled ter prošnja za podaljšanje roka« z dne 12. 12. 2020, na katero je naročnik odgovoril z dopisom z dne 14. 12. 2020, in sicer je

zahtevo za vpogled zavrnil in vlagatelju podaljšal rok za predložitev dokazil do dne 18. 1. 2020 do 10:00 ure. Do tega roka je vlagatelj predložil dokument »Spremni dopis«, v okviru katerega je, kot je to razvidno iz njegove naslovne strani, zaprosil za podaljšanje roka. Del posredovane dokumentacije sta Potrdilo Satra in dokument »Spremno in zbirno tehnično poročilo«, ki se nanaša na sporni referenčni projekt.

Pritrditi gre vlagatelju, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila kot dokazili glede spornega pogoja za sodelovanja predvidel zgolj obrazec 2 (ki predstavlja izjavo kandidata o bistvenih podatkih glede referenčnega projekta) in obrazec 2A (ki predstavlja referenčno potrdilo) in da ga je naročnik z dopisom z dne 11. 12. 2020 pozval na predložitev dodatnih dokazil (tj. izsek iz projekta izvedenih del ali enakovreden dokument), ki v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila niso bila izrecno predvidena. Vendar pa vlagatelj spregleda, da si je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila pridržal pravico, da »zahteva še druga dokazila, skladno z določili ZJN-3«. Tudi ZJN-3, ob smiselni uporabi drugega odstavka 89. člena ZJN-3, daje naročniku podlago, da preveri resničnost navedb v ponudbi oz. prijavi (in torej tudi za preverjanje priglašenega referenčnega posla). Pri preverjanju navedb v prijavi naročnik ni omejen zgolj na dokazila oz. podatke, ki mu jih predloži kandidat, zato naročniku tudi ni mogoče očitati kršitev, ker je podatke v zvezi s spornim referenčnim projektom pridobil pri tretjih osebah, in sicer pri referenčnem naročniku (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-152/2019). Naročniku zato ni mogoče očitati kršitev, ko je kljub temu, da je vlagatelj v prijavi priložil zahtevana dokazila (obrazec 2 in referenčno potrdilo, potrjeno s strani referenčnega naročnika), preveril skladnost priglašenega referenčnega projekta z zahtevami in resničnost navedb v vlagateljevi prijavi pri vlagatelju in referenčnem naročniku.

Vlagatelj zatrjuje, da referenčni projekt – Kompleks Blanka – predstavlja en predor (in ne več predorov) z dvema predorskima cevema (severno in južno), pri čemer so posamezni odseki enotnega Kompleksa Blanka poimenovani (predor) Brusnice, (predor) Dejvice in (predor) Bubeneč. Vlagatelj zatrjuje, da naročnik glede priglašenega referenčnega projekta ni ugotovil pravega dejanskega stanja, saj nepravilno navaja več predorov in upošteva dolžine odsekov, ki jih zmotno obravnava kot fizično ločene predore, namesto da bi upošteval, da gre le za dve predorski cevi. V zvezi z izpostavljenimi navedbami vlagatelja gre pojasniti, da četudi bi naročnik pri pregledu vlagateljeve prijave nepravilno štel, da Kompleks Blanka v naravi predstavlja tri medsebojno ločene predore (namesto da bi štel, da Kompleks Blanka v naravi predstavlja dve predorski cevi, ki sta sestavljeni iz treh (medsebojno povezanih) odsekov), to ne bi že pomenilo, da je nepravilen tudi naročnikov zaključek, da priglašeni referenčni projekt ni skladen z zahtevami naročnika. Takšen zaključek bi lahko narekovala šele ugotovitev, da je naročnik (v posledici nepravilne ugotovitve o naravi Kompleks Blanka) neupravičeno štel oz. ugotovil, da v okviru referenčnega projekta po metodi NATM niso bile izvedene predorske cevi v skupni dolžini najmanj 10,00 km.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo in nadaljnjih vlogah zatrjuje, da je s priglašenim referenčnim projektom izkazal izpolnjevanje referenčnih zahtev, ker skupna dolžina zgrajenih predorskih cevi znaša več kot 10,00 km in ker je bila pri izgradnji Kompleksa Blanka uporabljena metoda NATM. Vlagatelj tako ustreznost referenčnega posla zatrjuje upoštevaje interpretacijo, podano v zahtevku za revizijo, ki je (kot že navedeno) sporni pogoj za sodelovanje ne omogoča. Ker je glede na naročnikovo zahtevo ključno, ali so bile v okviru priglašenega referenčnega projekta zgrajene predorske cevi po metodi NATM v skupni dolžini najmanj 10,00 km, se kot pravno nerelevantne izkažejo vlagateljeve navedbe, da je bila pri izgradnji Kompleksa Blanka oz. pri izgradnji vsake posamezne predorske cevi (tj. severne in južne) uporabljena metoda NATM,

da je bila metoda NATM uporabljena kot glavna metoda in da je bila uporabljena metoda NATM kot prevladujoča metoda. Da bi bile v okviru referenčnega projekta po metodi NATM zgrajene predorske cevi v skupni dolžini najmanj 10,00 km, vlagatelj ne zatrjuje. Nasprotno, iz vlagateljevih navedb v vlogi z dne 3. 2. 2021 (s katerimi želi vlagatelj sicer utemeljiti, da je bila v okviru referenčnega projekta kot glavna in prevladujoča uporabljena metoda NATM) izhaja, da je bilo po NATM zgrajeno 2.770 m severne predorske cevi in da je bilo po NATM zgrajeno 2.778 m južne predorske cevi. To pomeni, da že iz vlagateljevih navedb izhaja, da skupna dolžina predorskih cevi zgrajenih v okviru referenčnega projekta po NATM znaša manj kot zahtevanih 10,00 km.

S takšno trditveno podlago vlagatelj ne more izkazati naročnikovih kršitev pri zaključku, da priglašeni referenčni projekt ne izpolnjuje pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v delu, v katerem določa, da mora biti skupna dolžina predorskih cevi, zgrajenih po NATM, najmanj 10,00 km. Državna revizijska komisija je (ne da bi se opredeljevala, ali so glede na določbo šestega odstavka 29. člena ZPVPJN pravočasni dokazni predlogi, podani v vlogi z dne 3. 2. 2021) kot nepotreben zavrnila v vlogi z dne 3. 2. 2021 podan dokazni predlog za ogled Komplexa Blanka in dokazni predlog z vpogledom v (na str. 25 vloge z dne 3. 2. 2021) v predlagane videoposnetke. Izvedba izpostavljenih dokazov bi služila ugotovitvi pravno nerelevantega dejstva, saj želi vlagatelj z njimi dokazati zatrjevano dejstvo, da gre pri referenčnem projektu za dve predorski cevi (in ne za tri fizično ločene predore, ki ima vsak dve predorski cevi). Navedeno pa ni ključno za rešitev predmetnega spora, saj četudi referenčni projekt v naravi predstavlja dve predorski cevi, je že iz vlagateljevih navedb razvidno, da ti nista bili zgrajeni po NATM v dolžini 10,00 km. Državna revizijska komisija je kot nepotrebne zavrnila tudi dokazne predloge kandidata Strabag/Ed Züblin/Gülermak, podane na straneh 9 in 10 vloge z dne 14. 1. 2021, saj navedeni kandidat želi z njimi dokazati že ugotovljeno dejstvo, in sicer, da skupna dolžina predorskih cevi zgrajenih v okviru referenčnega projekta po NATM znaša manj kot zahtevanih 10,00 km.

Čeprav izvedba dokazov, glede na vlagateljevo trditveno podlago, niti ne bi omogočala drugačne ugotovitve glede v okviru referenčnega projekta po NATM zgrajene skupne dolžine predorskih cevi, pa Državna revizijska komisija še pojasnjuje, da tudi iz Potrdila Satra, ki ga je na podlagi naročnikovega poziva predložil vlagatelj, izhaja, da je bilo v okviru referenčnega projekta po NATM zgrajenih manj kot 10,00 km predorskih cevi. Zato naročniku, ki je ob sprejemu izpodbijane odločitve razpolagal s Potrdilom Satra in s pojasnilom referenčnega naročnika z dne 16. 12. 2020, ki je po vsebini identično Potrdilu Satra, tudi ni mogoče očitati kršitev, ko je zaključil, da v okviru priglašene referenčnega projekta po metodi NATM ni bilo zgrajenih predorskih cevi v skupni dolžini najmanj 10,00 km in posledično, da vlagatelj ni izkazal izpolnjevanje spornega pogoja za sodelovanje.

Na tem mestu gre še pojasniti, da predmet revizijskega postopka ne more biti vprašanje, ali je vlagatelj usposobljen za izvedbo predmetnega javnega naročila, pač pa je lahko predmet revizijskega postopka zgolj naročnikovo ravnanje pri pregledu vlagateljeve prijave. Vlagatelj zato ne more uspeti z navedbami, da se bi lahko (če bi mu bila pred potekom roka za predložitev prijav znana zavzeta interpretacija spornega pogoja za sodelovanje) skliceval še na drug referenčni posel, lahko pa bi v konzorcij vključil hčerinske družbe partnerja Metrostav, a.s., Češka, in se skliceval na referenčne posle teh družb. Pri tem Državna revizijska komisija še dodaja, da vlagatelj v zahtevku za revizijo (kot tudi ne v nadaljnjih vlogah) naročniku ne očita kršitev, ker ga ni pozval na dopolnitev prijave v tem delu, kot tudi naročniku ne očita kršitve načela enakopravne obravnave ponudnikov iz razloga, ker bi kandidatom s priznано

sposobnostjo omogočil popravo prijave, medtem ko vlagatelju takšne poprave prijave ni omogočil.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri ugotovitvi, da v okviru referenčnega projekta po metodi NATM niso bile izvedene predorske cevi v skupni dolžini vsaj 10,00 km, in posledično tudi ni izkazal naročnikovih kršitev, ko je ta zaključil, da vlagatelj ni izkazal izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in vlagatelju (skladno s točko 2.2.12 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila) sposobnosti ni priznal. Upošteva navedeno Državna revizijska komisija v nadaljevanju ni presojala revizijskih navedb, povezanih z drugim razlogom za nepriznanje sposobnosti, povezanim z izključitvenim razlogom, določenim v točki g) šestega odstavka 75. člena ZJN-3, s tem povezane dokazne predloge vlagatelja pa zavrnila kot nepotrebne. Vsebinska presoja utemeljenosti v odločitvi o (ne)priznanju sposobnosti navedenega drugega razlog za nepriznanje sposobnosti vlagatelju namreč, ob upoštevanju, da za nepriznanje sposobnosti vlagatelju zadostuje že en razlog, ne bi mogla več vplivati na vsebinsko drugačno odločitev Državne revizijske komisije glede ravnanja naročnika pri pregledu vlagateljeve prijave.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje tudi naročnikovo kršitev pravice do vpogleda v prijave kandidatov s priznano sposobnostjo in zahteva vpogled v te prijave in naročnikov spis. Iz odstopljene spisovne dokumentacije je razvidno, da je vlagatelj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila dvakrat zahteval vpogled v prijave kandidatov s priznano sposobnostjo. Vlagatelj je po sprejemu prve odločitve o priznanju sposobnosti (s katero je bila vlagatelju priznana sposobnost) zahteval vpogled z vlogo z dne 12. 5. 2020, na podlagi katere mu je naročnik, kot je to razvidno iz naročnikovega dopisa z dne 14. 5. 2020, omogočil delni vpogled v prijave kandidatov, katerim je naročnik s prvo odločitvijo o priznanju sposobnosti priznal sposobnosti (med njimi so tudi prijave kandidatov, katerim je naročnik s tretjo, izpodbijano odločitvijo o priznanju sposobnosti priznal sposobnost). Po sprejemu tretje, izpodbijane odločitve je vlagatelj (ponovno) z vlogo z dne 30. 12. 2020 podal zahtevo za vpogled v prijave kandidatov s priznano sposobnostjo, ki jo je naročnik z dopisom z dne 4. 1. 2021 zavrnil iz razloga, ker vlagatelju ni bila priznana sposobnost. Ker vlagatelj v izpostavljenem delu zahtevka za revizijo kot dokaz navaja zahtevo za vpogled, podano z vlogo z dne 30. 12. 2020, je Državna revizijska komisija štela, da vlagatelj naročniku očita kršitve, ker mu na podlagi te zahteve ni omogočil vpogleda v prijave kandidatov s priznano sposobnostjo.

Peti odstavek 31. člena ZPVPJN določa, da če vlagatelj dejstev in dokazov iz drugega odstavka 15. člena ne more navesti ali predlagati, ker meni, da mu je naročnik kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, kot je opredeljena z zakonom, ki ureja javno naročanje, mora vlagatelj v zahtevku za revizijo navesti dejstva in dokaze v zvezi z zatrjevano kršitvijo pravice do vpogleda v dokumentacijo. Če v tem primeru Državna revizijska komisija ugotovi, da je naročnik kršil vlagateljevo pravico do vpogleda v dokumentacijo, vlagatelju upošteva zakon, ki ureja javno naročanje, dovoli vpogled v dokumentacijo in mu dovoli, da v petih delovnih dneh od dneva vpogleda, dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih je pridobil pri vpogledu v dokumentacijo. O dopolnitvi ali spremembi zahtevka za revizijo mora vlagatelj obvestiti Državno revizijsko komisijo in naročnika, ki se lahko o tem izjasni v treh delovnih dneh od prejema vlagateljeve dopolnitve ali spremembe zahtevka za revizijo.

Predpostavka, ki mora biti izpolnjena, da Državna revizijska komisija na podlagi petega odstavka 31. člena ZPVPJN omogoči vpogled, je, da je bila vlagatelju kršena pravica do vpogleda v dokumentacijo, ki jo ima ta po določbah ZJN-3. Peti odstavek 35. člena ZJN-3 določa, da če je naročnik izvedel popoln pregled vseh ponudb, mora po objavi odločitve o oddaji javnega naročila omogočiti vpogled v ponudbo izbranega ponudnika le tistim ponudnikom, ki so oddali dopustno ponudbo. Če naročnik ni opravil popolnega pregleda ponudb, pa mora omogočiti vpogled vsem ponudnikom. Ob upoštevanju namena vpogleda in omejitve pravnega varstva, kot izhaja iz četrtega odstavka 25. člena ZPVPJN, je potrebno določbo petega odstavka 35. člena ZJN-3 razumeti na način, da je naročnik po objavi odločitve o priznanju sposobnosti dolžan kandidatom, ki jim je priznal sposobnost (ne pa tudi kandidatom, katerim ni priznal sposobnosti), na njihovo zahtevo omogočiti (v mejah ZJN-3) vpogled v prijave kandidatov, katerim je naročnik priznal sposobnost (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-84/2020-19).

V obravnavani zadevi gre ugotoviti, da je naročnik prejel 15 prijav, da je vse prijave pregledal ter da vlagatelju sposobnosti za sodelovanje ni priznal. Ob upoštevanju navedenega naročniku ni mogoče očitati kršitve petega odstavka 35. člena ZJN-3, ker vlagatelju (kateremu naročnik sposobnosti za sodelovanje ni priznal) na podlagi njegove zahteve z dne 30. 12. 2021 ni omogočil vpogleda v prijave kandidatov s priznano sposobnostjo ter v dokumentacijo, povezano s prijavi kandidatov s priznano sposobnostjo. Ker naročnik, skladno s petim odstavkom 35. člena ZJN-3, kandidatu, kateremu ni priznal sposobnosti, ni dolžan omogočiti vpogleda niti v javne podatke, se za pravno nerelevantne izkažejo navedbe vlagatelja, »*da prijave ostalih kandidatov, ki jim je bila priznana sposobnost, so v tem delu javne, kar je Dkom vsebinsko že potrdila v zadevi 018-085/2020-18*«. Zavrnuti gre zato navedbe vlagatelja, da je naročnikova odločitev o zavrnitvi vpogleda »*nepravilna in nedopustna*«. Vlagatelj naročniku v tem delu očita tudi kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), vendar pa gre ugotoviti, da je vlagatelj navedel zgolj pravno kvalifikacijo dejanskega stanja (ki je v domeni organa pravnega varstva glede na ugotovljeno dejansko stanje), ni pa navedel dejstev in okoliščin, ki bi izkazovale dejansko stanje, na podlagi katerega bi bilo mogoče ugotoviti naročnikovo kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov. Ker vlagatelj ni izkazal, da mu je naročnik kršil pravice do vpogleda v dokumentacijo, kot je opredeljena z zakonom, ki jo ureja javno naročanje, Državna revizijska komisija nima podlage v petem odstavku 31. člena ZPVPJN, da bi vlagatelju dovolila vpogled v zahtevano dokumentacijo in da bi mu dovolila dopolnitev zahtevka za revizijo, kot to zahteva vlagatelj.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo dvomi v izpolnjevanje referenčnih zahtev in pravilnost (resničnost) referenčnih izjav kandidatov s priznano sposobnostjo in zatrjuje, da naj bi naročnik pri pregledu prijav neenakopravno obravnaval ponudnike, zato predlaga, da Državna revizijska komisija vpogleda v obrazce 2 in obrazce 2A, ki se nahajajo v prijavi kandidatov s priznano sposobnostjo. Državna revizijska komisija je z namenom zagotovitve učinkovitega pravnega varstva vlagatelju sama vpogledala v obrazce 2 in obrazce 2A (prim. sodbo Sodišča ES v zadevi C-450/06, Varec SA proti Državi Belgiji).

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v prijavo kandidata Cengiz (kot že v sklepu, št. 018-84/2020-51) ugotavlja, da je kandidat Cengiz v izkaz izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, navedel dva referenčna projekta, in sicer »*Gradbena dela za rehabilitacijski projekt železnice Ankara – Istanbul, odsek K□sek□y – Vezirhan (Sekcija-1)*« in »*Gradbena dela za rehabilitacijski projekt železnice Ankara – Istanbul, odsek K□sek□y – Vezirhan (Sekcija-2)*«. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za prvi referenčni projekt

izhaja, da je zadevni kandidat v okviru tega projekta izvedel novogradnjo predorov, zgrajenih po NATM, med drugim predor dolžine 1,2 km, predor dolžine 3,6 km, predor dolžine 1,79 km ter predor dolžine 3,87 km. Smiselno enako izhaja iz obrazca 2. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za drugi referenčni projekt izhaja, da je zadevni kandidat v okviru tega projekta izvedel novogradnjo predorov, zgrajenih po NATM, med drugim predor 4,06 km, predor dolžine 3,25 km in predor dolžine 4,09 km. Smiselno enako izhaja iz obrazca 2.

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v prijavo kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltin ugotavlja, da je ta v izkaz izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, navedel tri referenčne projekte, in sicer (1) »*Izvoz za Giresun-Dereli-Sebeinkarahisar – Izvozna cesta za Susehir*«, (2) »*Gradnja avtoceste Gebze – Orhanagazi –Izmir*« in (3) »*Awash – Weldia /železniški projekt Hara Gebeya*«. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za prvi referenčni projekt izhaja, da je partner Özaltin v okviru tega projekta po metodi NATM izvedel novogradnjo predora dolžine 11,810 km; smiselno enako izhaja iz obrazca 2. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za drugi referenčni projekt izhaja, da je partner Özaltin v okviru tega projekta po metodi NATM izvedel novogradnjo predora v skupni dolžini 3,209 km (leva cev dolžine 1,653 km in desna cev dolžine 1,556 km); smiselno enako izhaja iz obrazca 2. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za tretji referenčni projekt izhaja, da je partner Yapi Merkezi v okviru tega projekta izvedel novogradnjo predorov, zgrajenih po NATM, med drugim predor dolžine 4,03 km, predor dolžine 1,82 km, predor dolžine 1,58 km in predor dolžine 1,25 km. Smiselno enako izhaja iz obrazca 2.

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v prijavo Strabag/Ed Züblin/Gülermak (kot že v sklepu, št. 018-84/2020-51) ugotavlja, da je ta v izkaz izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, navedel dvanajst referenčnih projektov, med drugim (1) »*M6 Avtocesta Szeksard-Boly in M60 Avtocesta Boly-Pecs*«, (2) »*Predor Brenner, severni del prelaza Brenner, odsek raziskave med krajema Innsbruck in Ahrental*« in (3) »*Železniška os čez prelaz Brenner, severna dovozna proga, odsek Kundl/Radfeld-Baumkirchen*«. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za prvo navedeni referenčni projekt izhaja, da je subjekt Strabag AG, Avstrija, v okviru tega projekta po metodi NATM (med drugim) izvedel novogradnjo predora z dvema predorskima cevema, vsaka dolžine 1,331 km; smiselno enako izhaja iz obrazca 2. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za drugo navedeni referenčni projekt izhaja, da je subjekt Strabag AG, Avstrija, v okviru tega projekta izvedel novogradnjo predorov, zgrajenih po NATM, med drugim dovozni rov dolžine 2,41 km; smiselno enako izhaja iz obrazca 2. Iz referenčnega potrdila, potrjenega s strani referenčnega naročnika, za tretje navedeni referenčni projekt izhaja, da je subjekt Strabag AG, Avstrija, v okviru tega projekta izvedel novogradnjo predora po NATM v dolžini 8,48 km; smiselno enako izhaja iz obrazca 2.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku ni mogoče očitati kršitev, ko je na podlagi obrazcev 2 in referenčnih potrdil, priloženih v prijavih kandidatov s priznano sposobnostjo, štel, da so kandidati s priznano sposobnostjo izkazali izgradnjo predorskih cevi po metodi NATM v skupni dolžini najmanj 10,00 km. Državna revizijska komisija ni sledila zavzemanju vlagatelja, da od kandidatov s priznano sposobnostjo zahteva, tako kot je naročnik zahteval od vlagatelja, še druga dokazila, iz katerih bo razvidno izpolnjevanje referenčnega pogoja in resničnost referenčnih izjav. Pregled prijav namreč

opravi naročnik v postopku oddaje javnega naročila in ne Državna revizijska komisija v postopku pravnega varstva – predmet postopka pravnega varstva je lahko le ravnanje naročnika v postopku oddaje javnega naročila. Pri tem pa tudi ne gre spregledati, da vlagatelj dvom v izpolnjevanje referenčnih zahtev in pravilnost referenčnih izjav kandidatov s priznano sposobnostjo utemeljuje s sklicevanjem na *»nedokazanost zahtevka za revizijo, ki ga je vložil ponudnik Strabag AG in pavšalnost odločitve Dkom«*, pri čemer niti ne pojasni povezave (vzročne zveze) med zatrjevanim dejstvom in navedbami kandidatov s priznano sposobnostjo v njihovih prijavah. V zvezi z naročnikovim pregledom prijav kandidatov s priznano sposobnostjo pa gre še dodati, da je Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (prim. odločitve št. 018-110/2015, 018-164/2016, 018-84/2020-25), da je referenčni naročnik tisti, ki pozna vse vidike izvedbe referenčnega projekta, saj je referenčni posel sklenil zaradi svojih potreb, predmet referenčnega posla pa je tudi prevzel in ga uporablja. Referenčni naročnik v razmerju do gospodarskega subjekta predstavlja tretjo osebo, zato naročniku ni mogoče očitati kršitev, če se v postopku oddaje javnega naročila (v primeru odsotnosti dvoma o resničnosti navedb) zanese na referenčno potrdilo, potrjeno s strani referenčnega naročnika. Naročnik navaja, da na podlagi predloženih referenčnih potrdil kandidatov s priznano sposobnostjo ni imel razloga za dvom v vsebino predloženih referenčnih potrdil, zato od njih ni zahteval dodatnih dokazil. Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz odstopljene spisovne dokumentacije ne izhajajo okoliščine, ki bi omogočale sklep, da je naročnik dvomil v vsebino referenčnih potrdil, ki se nahajajo v prijavah kandidatov s priznano sposobnostjo.

Zavrtni gre tudi vlagateljeve navedbe o naročnikovi kršitvi načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), ker je naročnik preverjal navedbe v njegovi prijavi, medtem ko navedb v prijavah kandidatov s priznano sposobnostjo ni preverjal. Na podlagi odstopljene dokumentacije gre ugotoviti, da naročnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila najprej ni preverjal navedb kandidatov, podanih v povezavi s sporno referenčno zahtevo (tudi vlagateljevih ne), pač pa je pri presoji njihovih prijav sledil navedbam v obrazcih 2 in 2A, ki so zahtevani del prijav. Naročnik je šele po prejemu zahtevka za revizijo subjekta Strabag AG, Podružnica Ljubljana, začel preverjati skladnost vlagateljevega referenčnega projekta z zahtevami, po prejemu odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30, pa še pri vlagatelju. Odstopljena spisovna dokumentacija tako potrjuje navedbe naročnika, da pri kandidatih s priznano sposobnostjo ni obstajal dvom v skladnost priglašene referenčne projekta z zahtevami, medtem ko je obstajal dvom v skladnost vlagateljevega referenčnega projekta z zahtevami. Vlagatelj in kandidati s priznano sposobnostjo tako niso bili dejansko v enakem položaju, zato naročniku ni mogoče očitati kršitve načela enakopravne obravnave ponudnikov, ko je gospodarske subjekte, ki so v različnih položajih, različno obravnaval, s tem, ko je vlagatelja pozval na dodatna dokazila, povezana z referenčnim projektom, in ker je referenčnega naročnika zaprosil za dodatna pojasnila, povezana z referenčnim projektom, medtem ko kandidatov s priznano sposobnostjo ni pozval na dodatna dokazila, prav tako ni zaprosil referenčnih naročnikov za dodatna dokazila. Navedenega ne spreminja vlagateljevo sklicevanje na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-007/2017, saj se ta nanaša na drugačno dejansko stanje. V navedeni zadevi je bilo namreč ugotovljeno, da je naročnik neenakopravno obravnaval ponudnike, ker je (vsaj) takrat izbranemu ponudniku omogočil pojasnilo ponudbe, medtem ko takratnemu vlagatelju pojasnila ponudbe ni omogočil – naročnik torej v navedeni zadevi ni enako obravnaval ponudnikov, ki so bili v enakem položaju, medtem ko v obravnavani zadevi položaj gospodarskega subjekta, pri katerem obstaja dvom o skladnosti priglašene referenčnega projekta z zahtevami naročnika, ni primerljiv s položajem subjektov, pri katerih dvom o skladnosti priglašene referenčnega projekta z zahtevami naročnika ne obstaja. Pri tem pa Državna revizijska komisija še dodaja, da v obravnavanem primeru tudi ni mogoče ugotoviti, kakšna (pravno priznana) škoda bi

lahko nastala vlagatelju v posledici dejstva, da je naročnik dodatno preverjal le skladnost njegovega referenčnega projekta z naročnikovimi zahtevami, ne pa tudi skladnosti referenčnih projektov kandidatov s priznano sposobnostjo z naročnikovimi zahtevami.

Vlagatelj v delu zahtevka za revizijo, v katerem zahteva vpogled v obrazce 2 in 2A kandidatov s priznano sposobnostjo, zatrjuje, da je naročnik ali drug subjekt subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, posredoval del vlagateljeve prijave, in sicer obrazca 2 in 2A, čeprav sta bila ta označena za poslovno skrivnost (torej podatke, za katere vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da so javni). Državna revizijska komisija izpostavljenih navedb ni vsebinsko presojala in ni ugotavljala, ali sta bila subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, posredovana vlagateljeva obrazca 2 in 2A, in če sta mu bila, kdo mu jih je posredoval. Morebitna ugotovitev, da je bil del vlagateljeve ponudbe posredovan subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, in da mu ju je posredoval »drug kandidat«, bi pomenila, da vlagatelj očita kršitve »drugemu kandidatu« ter subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, in ne naročniku. Ker se zahteva za pravno varstvo vloži zoper ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja (prim. prvi odstavek 5. člena ZPVPJN), Državna revizijska komisija ravnanj teh subjektov ne bi mogla presojati. V zvezi z navedbami vlagatelja v vlogi, s katero se je opredelil do navedb kandidata Strabag/Ed Züblin/Gülermak, da je lahko le kandidat »Kolektor« posredoval subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana, izpostavljeno dokumentacijo in da se posledično »postavljajo že konkurenčno pravna vprašanja«, gre pojasniti, da vlagatelj niti ne konkretizira vprašanj, ki se (mu) postavljajo. Poleg tega pa Državna revizijska komisija tudi ni pristojna za razreševanje vprašanj, ali v obravnavanem primeru obstaja sum nedopustnega dogovarjanja v smislu kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence po 225. členu KZ-1 (vlagatelj je namreč vlogi z dne predložil mnenje odvetnika o posledicah opustitve naznanitve kaznivega dejanja s strani uradne osebe) oz. ali sta navedena subjekta sklenila dogovor, katerega cilj ali učinek je preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco; za razreševanje takšnih vprašanj so pristojne druge institucije. Tudi na podlagi ugotovitve, da je bil del njegove ponudbe posredovan subjektu Strabag AG, Podružnica Ljubljana in da mu jo je posredoval naročnik, si vlagatelj ne bi mogel izboljšati pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila, saj takšna ugotovitev ne bi omogočala zaključka o neutemeljenosti naročnikove odločitve, da vlagatelju sposobnosti za sodelovanje ne prizna. Poleg tega domnevnih naročnikovih kršitev (tj. neustrezno varovanje poslovnih skrivnosti vlagatelja) v predmetnem postopku pravnega varstva tudi ne bi bilo mogoče odpraviti. V kolikor vlagatelj ocenjuje, da je naročnik razkril njegove poslovne skrivnosti v prijavi in mu je v posledici navedenega nastala škoda, pa lahko slednjo uveljavlja skladno s pravili odškodninskega prava na pristojnem sodišču.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo nadalje zatrjuje, da je bilo v postopku storjenih več kršitev, pri čemer vlagatelj naročniku najprej očita kršitve, povezane s pozivom na dokazila. Kot že navedeno, naročnik je vlagatelja z dopisom z dne 11. 12. 2020 pozval na predložitev dokazil (povezanih s spornim referenčnim projektom) in mu določil rok za predložitev dokazil do dne 16. 12. 2020 (do 10:00 ure), katerega je naročnik na podlagi vlagateljeve prošnje podaljšal do dne 18. 1. 2020 do 10:00 ure. Vlagatelj je, kot to tudi sam zatrjuje, da zahtevanega roka predložil zahtevano dokumentacijo in pri tem zaprosil za podaljšanje roka za predložitev dokazil.

Pritrditi gre naročniku, da ZJN-3 v drugem odstavku 89. člena ne določa minimalnega roka za predložitev dodatnih dokazil, zato je naročnik pri določanju dolžine roka načeloma avtonomen. Njegova avtonomija za določitev roka je omejena z dejanskimi okoliščinami posamezne dopolnitve, upošteva predvsem potreben čas za pridobitev oziroma pripravo

posameznega zahtevanega dokumenta oz. odgovora. (prim. smis. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-214/2019). Utemeljeno zato vlagatelj navaja, da mora naročnik določiti primeren rok, torej rok, ki je ustrezen glede na vsebino in obseg zahtevane dopolnitve. Vendar pa gre ugotoviti, da čeprav vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik ni določil ustreznega roka za predložitev dodatnih dokazil, povezanih s priglašnim referenčnim projektom, pa vlagatelj ne zatrjuje, da zaradi prekratkega roka ni uspel predložiti zahtevanih dokazil ali da bi v primeru daljšega roka predložil drugačna dokazila. Vlagatelj sicer zatrjuje, da je *»posredoval zgolj nekaj dokumentov, lahko pa bi jih še več, če bi bil rok daljši«*, vendar tudi tu izostane vlagateljevo zatrjevanje, da bi v primeru daljšega roka lahko predložil dokumentacijo (in tudi katero), ki bi dokazovala skladnost referenčnega projekta z naročnikovimi zahtevami. Poudariti gre, da ni ključen obseg posredovane dokumentacije, pač pa je ključna vsebina posredovane dokumentacije. Ne le, da vlagatelj ne zatrjuje, da bi v primeru daljšega roka za predložitev ponudb uspel predložiti dokazila, ki bi potrjevala skladnost referenčnega projekta z zahtevami, nasprotno, vlagatelj zatrjuje, da je do zahtevanega roka predložil zahtevane dokumente in da iz zahtevanih dokumentov izhaja, da je referenčni projekt skladen z naročnikovimi zahtevami. Vlagatelj sicer zatrjuje, da mu je naročnik s prekratim rokom naročnik onemogočil *»ustrezen, informiran in celoten odziv na »pozive« naročnika«*, vendar pa pri tem ne navedene nobenih okoliščin oz. pravno relevantnih dejstev, na podlagi katerih bi bil mogoč takšen (pravni) zaključek. Državna revizijska komisija zato ni presojala vlagateljevih navedb o domnevno neustrezno določenem roku za predložitev dodatnih dokazil, saj četudi naročnik vlagatelju ni določil ustreznega roka za predložitev dokazil, vlagatelju zaradi te domnevne naročnikove kršitve, upošteva, da je vlagatelj do zahtevanega roka (torej kljub neustrezno določenem roku oz. kljub zatrjevanju naročnikovi kršitvi) predložil zahtevano dokumentacijo, ni nastala niti ni mogla nastati škoda v smislu 14. člena ZPVPJN oz. niso nastale posledice, ki bi lahko vplivale na pravni položaj vlagatelja v predmetnem postopku oddaje javnega naročila. Iz istega razloga Državna revizijska komisija ni presojala navedb vlagatelja, da naročnik ni odločil o prošnji vlagatelja za podaljšanje roka z dne 18. 12. 2020. Ob upoštevanju, da je vlagatelj navedeno prošnjo posredoval naročniku sočasno s predložitvijo zahtevane dokumentacije, in ob upoštevanju, da je vlagatelj pravočasno predložil zahtevno dokumentacijo, mu zaradi umanjkanja naročnikove odločitve o navedeni prošnji (v kolikor bi takšno umanjkanje sploh predstavljalo kršitev) ni nastala oz. mogla nastati škoda, naročnikovo ravnanje pa ni vplivalo oz. moglo vplivati na pravni položaj vlagatelja v predmetnem postopku oddaje javnega naročila.

Vlagatelj naročniku očita tudi kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov, (1) ker je drugim kandidatom določil bistveno daljši prvotno določeni rok za predložitev dokazil kot vlagatelju, (2) ker je drugim kandidatom določil bistveno daljši podaljšani rok za predložitev dokazil kot vlagatelju in (3) ker je naročnik drugim kandidatom (za razliko od vlagatelja) omogočil večkratno podaljšanje roka za predložitev dokazil, pri tem pa je bilo predložitveno breme dano vlagatelju neprimerljivo težje glede na druge kandidate. Državna revizijska komisija ni izvedla predlaganega listinskega dokaza, s katerimi želi vlagatelj izkazati izpostavljene navedbe, saj četudi bi vlagatelj uspel izkazati te trditve in bi bilo potrebno ugotoviti naročnikovo kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov, zaradi te morebitne naročnikove kršitve, upošteva, da je vlagatelj predložil zahtevana dokazila, ni nastala oz. mogla nastati škoda v smislu 14. člena ZPVPJN. Morebitna naročnikova kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov iz zatrjevanih razlogov tako ni vplivala oz. ni mogla vplivati na pravni položaj vlagatelja v tem postopku oddaje javnega naročila. Vlagatelj pa tudi ne more uspeti z navedbami, da je naročnik kandidatom s priznano sposobnostjo podaljšal rok za predložitev ponudb v drugi fazi postopka oddaje javnega naročnik, medtem ko njemu roka za predložitev ni podaljšal, saj položaj vlagatelja, ki je bil pozvan na predložitev dodatnih dokazil

v zvezi s priglašnim referenčnim projektom, ni primerljiv s položajem kandidatov s priznano sposobnostjo, ki so bili pozvani k predložitvi (finančnih) ponudb. Glede vlagateljevih navedb o neutemeljenih razlogih, s katerimi naročnik (na svoji spletni strani) utemeljuje podaljšanje roka za predložitev ponudb v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila, pa gre pojasniti, da (ne)utemeljenost podaljševanja rokov za predložitev ponudb na vlagatelj položaj v postopku oddaje javnega naročila ne more vplivati.

Vlagatelj zatrjevanih očitkov o naročnikovem (netransparentnem in diskriminatornem) posegu v vlagateljevo pravico do izjave, ne more utemeljiti s sklicevanjem na *»hitro sprejetje izpodbijane odločitve«* in s sklicevanjem na naročnikove navedbe v predhodnih postopkih pravnega varstva, in sicer, da *»se mu z izvedbo javnega naročila mudi«*. Izpostavljeni okoliščini namreč sami po sebi še ne omogočata zaključka o onemogočanju vlagateljeve pravice do izjave. Tudi dejstvo, da je naročnik sprejel izpodbijano odločitev tik pred prazniki in z njimi povezanimi kolektivnimi dopusti, ne omogoča sklepanja vlagatelja, da se želi vlagatelju onemogočiti *»informirano, celovito in popolno pravico do izjave«*. Takšno sklepanje vlagatelja bi vodilo do zaključka, da bi imel naročnik samo v določenih delih leta pravico sprejeti odločitev v zvezi z oddajo javnega naročila oz. da takšne odločitve pred (katerimi koli) prazniki ne bi smel sprejeti. Pravna podlaga, ki bi omogoča razveljavitev izpodbijane odločitve iz razloga, ker jo je naročnik sprejel pred božično-novoletnimi prazniki, ne obstoji. Državna revizijska komisija je kot nepotreben zavrnil dokazni predlog z zaslišanjem zakonitega zastopnika vlagatelja, s katerim želi vlagatelj izkazati, da je imel planirane kolektivne dopuste in da je za covid-19 zbolela oseba iz najožje ekipe vlagatelja, poleg tega bi, po navedbah vlagatelja, ta priča vedela izpovedati *»o vseh vplivih epidemije nalezljive bolezni na organizacijo družbe«*, pri čemer vlagatelj niti ne pojasni, kakšni naj bi bili ti vplivi (ki se naj bi dokazovali) in kako so vplivali na pravico do izjave. Vlagatelj tako želi z izvedbo izpostavljenega dokaza dokazati dejstva, ki niso pravno relevantna za presojo naročnikovega ravnanja.

Iz dela zahtevka za revizijo, ki ga je vlagatelj naslovil *»naročnik ni imel podlage za priznanje sposobnosti ostalim kandidatom«*, izhaja vlagateljevo nestrinjanje z odločitvijo naročnika, sprejeto v predhodnem postopku pravnega varstva, in odločitvijo Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-38. Državna revizijska komisija ponavlja, da je predmet postopka pravnega varstva lahko le naročnikovo ravnanje v postopku oddaje javnega naročila, medtem ko niti ravnanje naročnika v predhodnem postopku pravnega varstva niti predhodna odločitev Državne revizijske komisije ne moreta biti predmet tega postopka pravnega varstva. Državna revizijska komisija se zato do revizijskih navedb, s katerimi vlagatelj izraža nestrinjanje s sklepom Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-38, in z drugimi sklepi Državne revizijske komisije, sprejetimi v predhodnih postopkih pravnega varstva v zvezi z oddajo predmetnega javnega naročila, vsebinsko ni opredeljevala, s tem povezane dokazne predloge (stran 46 zahtevka za revizijo in seznam projektov na Kitajskem, v okviru katerih so sodelovale gospodarske družbe iz EU) pa je zavrnila kot nepotrebne.

Vlagatelj tudi v delu, v katerem zatrjuje, da se njegovi utemeljeni argumenti ne presojajo oz. ne vzamejo niti v obzir, pri čemer izpostavlja sklepa Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-30 in št. 018-182/2020-38, ne očita kršitev naročniku, pač pa po vsebini Državni revizijski komisiji očita kršitve pri sprejemu izpostavljenih odločitev. Kot že navedeno, upošteva 5. člen ZPVPJN predhodno sprejete pravnomočne odločitve Državne revizijske komisije v tem postopku oddaje javnega naročila ne morejo biti predmet revizijskega postopka. V zvezi s sklicevanjem vlagatelja na prispevek, objavljen v okviru Dnevnika na

RTV Slo 1, dne 16. 2. 2021, Državna revizijska komisija zgolj dodaja, da se do poročanja medijev v zvezi s predmetno zadevo ne more opredeljevati.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v zahtevku za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev pri zaključku, da vlagatelj ni izkazal izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v prvi alineji točke 3.2.3.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in ko posledično vlagatelju, upošteva točko 2.2.12 dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, sposobnosti za sodelovanje ni priznal. Ker vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo tudi ni uspel izkazati preostalih zatrjevanih naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila, je Državna revizijska komisija, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo v celoti zavrnila kot neutemeljen.

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

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

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

Povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, zahtevata tudi kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltın in kandidat Strabag/Ed Züblin/Gülermak. Tudi če bi ob smiselni uporabi 70. člena ZPVPJN ali določb Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN, obstaja pravna podlaga za povrnitev stroškov subjektoma, kot sta zadevna kandidata, ki nista izbrani ponudniki, pač pa kandidata s priznano sposobnostjo (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-33/2013, 018-119/2019, 018-182/2019), bi povrnitev stroškov morala temeljiti na ugotavljanju potrebnosti stroškov (osmi odstavek 70. člena ZPVPJN in prvi odstavek 155. člena ZPP). V takem primeru bi bilo treba ugotoviti, da priglašeni stroški niso bili potrebni, saj niti prispevek kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/Özaltın niti prispevek Strabag/Ed Züblin/Gülermak k rešitvi zadeve ni bil bistven in ni pripomogel ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

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

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

V Ljubljani, 2. 3. 2021

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

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj,
- kandidati s priznano sposobnostjo,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.