



Republika Slovenija

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

Številka: 018-036/2021-13

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 dr. Mateje Škabar kot predsednice senata ter mag. Gregorja Šebenika kot člana senata in Tadeje Pušnar kot članice senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »Izvedba storitev projektiranja, dobave opreme in gradnja za izvedbo projekta 'Protiploplavna ureditev Selške Sore II. faza' po pogodbenih določilih FIDIC (rumena knjiga)«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki sta ga skupaj vložili družbi GARNOL, d.o.o., Laze 18A, Kranj, in GORENJSKA GRADBENA DRUŽBA d.d., Jezerska cesta 20, Kranj (v nadaljevanju: vlagatelj), ki ju obe zastopa AVBREHT, ZAJC IN PARTNERJI odvetniška družba o.p., d.o.o., Tivolska cesta 50, Ljubljana, zoper ravnanje naročnika Republika Slovenija, Ministrstvo za okolje in prostor, Direkcija Republike Slovenije za vode, Hajdrihova ulica 28C, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 12. 4. 2021

o d l o č i l a :

1. Zahtevke za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.

O b r a z l o ž i t e v :

Naročnik po omejenem postopku oddaja javno naročilo »Izvedba storitev projektiranja, dobave opreme in gradnja za izvedbo projekta 'Protiploplavna ureditev Selške Sore II. faza' po pogodbenih določilih FIDIC (rumena knjiga)«, v zvezi s katerim je bilo obvestilo o naročilu na Portalu javnih naročil objavljeno dne 21. 9. 2020 pod številko JN005812/2020-B01, v Uradnem listu Evropske unije pa dne 22. 9. 2020 pod številko 2020/S 184-443334.

Naročnik je na Portalu javnih naročil dne 25. 1. 2021 objavil dokument »Odločitev o priznanju sposobnosti« št. 43017-18/2020-51 z dne 22. 1. 2021, s katerim je sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila priznal vsem trem kandidatom (oziroma skupinam kandidatov), ki so v prvi fazi oddali prijave, med drugim tudi vlagatelju (v skupnem nastopu s partnerjema HIDROINŽENIRING d.o.o., Vodovodna cesta 109, Ljubljana, in IGFC, Aleš Bratina s.p., Ob dolenski železnici 82, Ljubljana), ter skupini kandidatov NIVO EKO, d.o.o., Ulica Savinjske čete 17, Žalec (vodilni partner), HIDROTEHNIK d.o.o., Slovenčeva ulica 97, Ljubljana (partner), in RIKO, d.o.o., Bizjanova ulica 2, Ljubljana (partner), v nadaljevanju: kandidat ali kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko.

Vlagatelj je z vlogo z dne 4. 2. 2021 vložil zahtevek za revizijo. Uvodoma citira referenčni pogoj iz točke 14.8 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v okviru katerega je naročnik zahteval, da mora kandidat izkazati, da je v zadnjih desetih letih pred rokom za oddajo ponudb kot glavni izvajalec, partner v skupnem nastopu (Joint Venture) ali podizvajalec uspešno zaključil en referenčni projekt, tj. novogradnjo ali rekonstrukcijo avtoceste in/ali hitre ceste in/ali glavne ceste in/ali regionalne ceste in/ali občinske ceste dolžine 1000 m ali več. V nadaljevanju se sklicuje na zahtevana dokazila ter opombe naročnika, ki se nanašajo na obravnavani referenčni pogoj, in zatrjuje, da se za gradnjo šteje vsaka gradnja, za katero je bilo izdano uporabno dovoljenje na podlagi zakona, ki ureja področje gradnje, ali dovoljenje za neomejeno uporabo cest, izdano v skladu z zakonom, ki ureja področje cest. Kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko je, tako vlagatelj, v zvezi z izpolnjevanjem obravnavanega pogoja v prijavi navedel referenčni projekt podizvajalca HNG d.o.o., za katerega pa ni bilo izdano niti uporabno dovoljenje niti dovoljenje za neomejeno uporabo cest. Po zatrjevanju vlagatelja je to ugotovil tudi naročnik, ki je kandidata pozval bodisi na pojasnilo oziroma dokazilo o izpolnjevanju pogoja iz točke 14.8 bodisi na zamenjavo omenjenega gospodarskega subjekta z novim gospodarskim subjektom. Kandidat je v zvezi z referenco podizvajalca HNG d.o.o. predložil pojasnila in dodatna dokazila, hkrati pa je v zvezi z izpolnjevanjem obravnavanega pogoja predložil še dodatno referenco, tj. referenco partnerja RIKO, d.o.o. Vendar kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko s pojasnili in dodatnimi dokazili po mnenju vlagatelja ustreznosti reference podizvajalca HNG d.o.o. ni uspel izkazati, zato ne more biti dvoma, da pogoja iz točke 14.8 s to referenco ne izpolnjuje. Prav tako kandidat ni zagotovil zamenjave gospodarskega subjekta HNG d.o.o. z novim gospodarskim subjektom, ki bi prevzel podizvajalčeva prevzeta dela in izkazal izpolnjevanje pogoja iz točke 14.8. V tej zvezi vlagatelj izpostavlja, da je naročnik poziv k zamenjavi gospodarskega subjekta oblikoval na podlagi drugega odstavka 81. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko pa ni ravnal v skladu s pozivom in podizvajalca HNG d.o.o. ni zamenjal, temveč je v zvezi z obravnavanim pogojem (mimo naročnikovega poziva) dodatno predložil referenco partnerja RIKO, d.o.o. Za takšno postopanje kandidat po zatrjevanju vlagatelja ni imel podlage niti v ZJN-3 niti v pozivu naročnika, ki ga k dopolnjevanju s predložitvijo dodatnih referenc ni pozival. Naročnikovo pozivanje kandidata pa ne sme preiti v nedovoljena pogajanja in s tem v njegovo favoriziranje, kar v konkretnem primeru dejansko pomeni predložitev dodatne reference za partnerja RIKO, d.o.o., in naročnikovo upoštevanje slednje v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8. Vlagatelj izpostavlja, da je naročnik dolžan postopati na podlagi drugega odstavka 81. člena ZJN-3, ki predvideva le zamenjavo podizvajalca, ni pa dolžan pozivati k predložitvi dodatnih referenc, ker mu te obveznosti ne nalaga niti 81. člen niti peti odstavek 89. člena ZJN-3, skladno s katerim ima naročnik diskrecijo pozivati ponudnika na dopolnitev/spreminjanje ponudb oziroma prijav, te obveznosti pa si naročnik ni določil niti v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik se je v obravnavanem postopku javnega naročanja v skladu s svojo diskrecijsko pravico odločil le za pozivanje k pojasnjevanju ali dopolnjevanju obstoječih, že predloženih referenc, nikakor pa ne k predložitvi dodatnih referenc. Na enak način je naročnik pozival tudi vlagatelja (poziv št. 43017-18/2020-26). Vlagatelj dodaja še, da partner RIKO, d.o.o., tudi ne predstavlja zamenjave gospodarskega subjekta HNG d.o.o., saj je ta v prijavi kandidata še vedno naveden kot podizvajalec. Partner RIKO, d.o.o., prav tako ni prevzel del gospodarskega subjekta HNG d.o.o., poleg tega tudi ni nov gospodarski subjekt, pač pa že obstoječi kandidatov partner. Glede na navedeno je po oceni vlagatelja jasno, da ravnanje kandidata Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko s predložitvijo dodatne reference partnerja RIKO, d.o.o., ne pomeni ravnanja, ki bi bilo skladno s pozivom naročnika po zamenjavi

gospodarskega subjekta HNG d.o.o. z novim gospodarskim subjektom. Naročnik zato kandidatu po zatrjevanju vlagatelja ne bi smel priznati sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila, pač pa bi ga moral iz postopka izločiti. Upošteva je navedeno vlagatelj predlaga razveljavitev naročnikove odločitve o priznanju sposobnosti v delu, v katerem je naročnik priznal sposobnost kandidatu Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko, in zahteva povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko se je z vlogo z dne 15. 2. 2021 izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo. V vlogi najprej izpostavlja, da je na ustrezen način dopolnil oziroma pojasnil predloženo dokumentacijo, tako v delu, ki se nanaša na predložitev reference podizvajalca HNG d.o.o., kot tudi v delu, ki se nanaša na predložitev reference partnerja RIKO, d.o.o. S predložitvijo slednje namreč niso bila kršena določila ZJN-3 (89. člen), saj ne gre za takšno spremembo, ki predstavlja novo ponudbo, to pa izhaja že iz navedb vlagatelja samega. Kandidat zatrjuje, da je s prigrasitvijo reference partnerja RIKO, d.o.o., ravnal skladno s pozivom naročnika, saj je na mesto gospodarskega subjekta HNG d.o.o. v delu, ki se nanaša na izpolnjevanje referenčnega pogoja, vstopil nov subjekt RIKO, d.o.o., ki pa v prijavi kandidata že nastopa. Nikakor torej ne gre za samovoljno prigrasitev nove reference, kot to zatrjuje vlagatelj. Še več, po mnenju kandidata se s prigrasitvijo navedene reference v kar največji možni meri ne posega v oddano prijavo, saj prigrasitev slednje ne pomeni predložitve nove prijave, hkrati pa je bilo referenčno delo izvedeno pred rokom za oddajo prijave in je torej okoliščina, katere izpolnitev se dokazuje, obstajala že v času oddaje prijave. S tem, ko je bil podizvajalec HNG d.o.o. zamenjan s partnerjem RIKO, d.o.o., je bil naročnikov poziv izpolnjen tudi v delu zahteve, da je treba za vsak nov gospodarski subjekt predložiti zahtevane dokumente iz »Navodil ponudnikom za izdelavo prijave«. Za partnerja RIKO, d.o.o., je namreč kandidat vse dokumente predložil že v osnovni prijavi, zato za izpolnitev te zahteve drugega kot referenčnega potrdila ni bilo treba predložiti. Res HNG d.o.o. v prijavi kandidata še vedno nastopa kot podizvajalec, saj bo zagotavljal zahtevano mehanizacijo za izvedbo del. Vendar zgolj dejstvo, da HNG d.o.o. še vedno nastopa v vlogi podizvajalca, ne pomeni, da je podizvajalec za dela, v zvezi s katerimi se zahteva referenca. Referenčni pogoj iz točke 14.8 so morali izpolniti vsi subjekti v prijavi skupaj, zato ni razloga, da HNG d.o.o. ne bi še naprej nastopal kot podizvajalec kandidata, saj izpolnjuje vse pogoje za sodelovanje in zanj ne obstajajo razlogi za izključitev. Obravnavane reference kandidat namreč ne izkazuje več s subjektom HNG d.o.o., temveč s subjektom RIKO, d.o.o. Sporno pa je izpolnjevanje referenčnega pogoja iz točke 14.8 in ne, kdo je prigrasjen za izvajanje katerih del. V skladu z določbo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila morajo sporni referenčni pogoj izpolniti vsi subjekti v prijavi skupaj, zato ni pomembno, kdo od subjektov v prijavi ga izpolnjuje. Tudi v primeru, ko bi kandidat (skladno z neutemeljeno ozkim stališčem vlagatelja) moral podizvajalca HNG d.o.o. zamenjati z nekim zunanjim subjektom, bi za ta (tretji) subjekt moral izkazati novo referenco. Poziv na zamenjavo subjekta namreč po naravi stvari vključuje tudi poziv na prigrasitev nove reference, zato kandidat v konkretnem primeru ni ravnal samovoljno. Glede na navedeno je treba po oceni kandidata Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko zahtevke za revizijo zavrniti.

Naročnik je s sklepom št. 43017-18/2020-68 z dne 19. 2. 2021 zahtevke za revizijo zavrnil kot neutemeljenega, posledično pa je zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva. Navaja, da je kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko za izpolnjevanje pogoja za sodelovanje iz točke 14.8 uporabil zmogljivosti drugega subjekta, saj se je skliceval na predloženo referenco podizvajalca HNG d.o.o. Ker je naročnik ugotovil, da kandidat s prigrasjenim referenčnim projektom podizvajalca HNG d.o.o. ni izkazal

izpolnjevanja omenjenega pogoja, ga je na podlagi drugega odstavka 81. člena ZJN-3 (in skladno s stališčem Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-152/2019) pozval na zamenjavo podizvajalca HNG d.o.o. z novim gospodarskim subjektom, ki bo prevzel njegova dela in izkazal izpolnjevanje pogoja. Kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko je na poziv naročnika za izkazovanje izpolnjevanja pogoja iz točke 14.8 predložil referenčni projekt, ki ga je izvedel partner RIKO d.o.o., torej je za izkazovanje obravnavanega pogoja imenoval drug subjekt, ki pa je že nastopal v prijavi kandidata kot partner v skupnem nastopu. S tem je zadostil zahtevam referenčnega pogoja tako glede vsebine referenčnega projekta kot tega, kdo izmed subjektov lahko v primeru skupne prijave predloži referenco. Glede na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila iz točke 14.8 je namreč referenčni pogoj lahko izkazal bodisi kandidat, partner v skupnem nastopu, podizvajalec bodisi katerakoli kombinacija teh subjektov, lahko pa tudi vsi skupaj. Vlagatelj po mnenju naročnika pomanjkljivo navaja, da je naročnik poziv kandidatu oblikoval na podlagi drugega odstavka 81. člena ZJN-3 in da je kandidat mimo tega poziva predložil referenco partnerja RIKO, d.o.o. Naročnik je poziv naslovil kot poziv na predložitev dodatnih pojasnil in dokazil ter v njem zahteval tudi dopolnitev prijave ter predložitev dodatnih dokazil o izpolnjevanju pogoja iz točke 14.8, kar pomeni, da pravno podlago poziva predstavljata tako 89. člen (peti odstavek) kot tudi 81. člen ZJN-3. V tej zvezi naročnik izpostavlja še, da je obstoj reference mogoče objektivno preveriti pred iztekom roka za prejem prijav, pri čemer referenca partnerja RIKO, d.o.o., izpolnjevanje pogoja izkazuje že v času oddaje prijave (uporabno dovoljenje je bilo za referenčni projekt izdano dne 16. 8. 2016). Kandidat je tako izkazal izpolnjevanje referenčnega pogoja z novim gospodarskim subjektom (tj. s predložitvijo reference partnerja RIKO, d.o.o.), s katerim prej izpolnjevanja tega pogoja ni izkazoval. V točki 17.2 je določeno, da bo naročnik v primeru prijave skupine kandidatov, ki bo izbrana za izvedbo javnega naročila, šele po sklenitvi pogodbe zahteval predložitev pravnega akta o skupni izvedbi javnega naročila, v katerem bodo natančno opredeljene naloge in odgovornost posameznih gospodarskih subjektov pri izvedbi naročila. Ker je kandidat za izpolnjevanje spornega referenčnega pogoja predložil referenco subjekta RIKO, d.o.o., kot partnerja v skupni prijavi, mu skladno z določili dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni bilo treba izrecno navesti, da prevzema dela, ki se s predloženo referenco izkazujejo. Za partnerja RIKO, d.o.o., je kandidat tudi predložil vse zahtevane dokumente, dodatno pa še referenco za izkazovanje obravnavanega referenčnega pogoja. Dalje so po oceni naročnika neutemeljene vlagateljeve navedbe o tem, da nezamenjava gospodarskega subjekta, ki ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje, pomeni, da v prijavi kandidata nastopa subjekt, za katerega je bilo ugotovljeno neizpolnjevanje pogojev za sodelovanje. Kot že navedeno, je naročnik pri spornem pogoju določil, da ga lahko izpolni katerikoli subjekt, ki nastopa v prijavi, in ne, da ga mora izpolnjevati vsak gospodarski subjekt, ki nastopa v prijavi. Ni torej potrebno, da bi kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko podizvajalca HNG d.o.o. zamenjal v celoti oziroma ga tudi ne more, saj uporablja njegove zmogljivosti glede zagotavljanja mehanizacije za izvedbo del. Tudi če bi kandidat podizvajalca HNG d.o.o. zamenjal z nekim tretjim gospodarskim subjektom, ki do takrat ni sodeloval v prijavi, bi ta tretji gospodarski subjekt moral predložiti novo referenco, s katero bi izkazal izpolnjevanje pogoja iz točke 14.8. Navedba vlagatelja, da se je naročnik odločil le za pozivanje k pojasnjevanju ali dopolnjevanju obstoječih, že predloženih referenc, ne pa k predložitvi dodanih referenc, zato ni utemeljena. Ob upoštevanju navedenega zahtevku za revizijo po oceni naročnika ni mogoče ugoditi.

Naročnik je dne 22. 2. 2021 Državni revizijski komisiji odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila in dokumentacijo iz predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 24. 2. 2021 opredelil do navedb naročnika iz sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo. V navedeni vlogi vztraja pri pravovarstvenem predlogu in pri vseh očitkih iz zahtevka za revizijo ter se dodatno opredeljuje do posameznih naročnikovih navedb. Izpostavlja, da se tako 81. člen ZJN-3 in praksa Državne revizijske komisije, ki jo navaja naročnik, kot tudi sam poziv naročnika jasno glasijo na zamenjavo gospodarskega subjekta, ki ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje (HNG d.o.o.). Kljub temu kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko gospodarskega subjekta HNG d.o.o. ni zamenjal z novim gospodarskim subjektom, temveč je prijavo dopolnil s predložitvijo dodatne reference partnerja RIKO, d.o.o. S tem ni prišlo do imenovanja drugega, novega gospodarskega subjekta, niti ni prišlo do zamenjave gospodarskega subjekta, ampak je prišlo do nedopustne in samovoljne spremembe ter dopolnjevanja prijave z dodatno referenco. Za takšno ravnanje pa ni podlage ne v 81. členu ZJN-3 ne v pozivu naročnika, ki predvideva le možnost zamenjave gospodarskega subjekta (v konkretnem primeru zaradi neustrezne reference). Gospodarski subjekt tako ni bil zamenjan in še vedno nastopa v prijavi v nespremenjenem obsegu. Vlagatelj v zvezi z navedbami naročnika, da kandidat uporablja zmogljivosti podizvajalca HNG d.o.o. tudi glede zagotavljanja mehanizacije za izvedbo del, uveljavlja dodatno kršitev neizpolnjevanja pogoja iz točke 14.11, ki je brez svoje krivde ni mogel navesti v predrevizijskem postopku. Vlagatelju namreč po njegovem zatrjevanju ni bil omogočen vpogled v podatke iz »Izjave 2 – Izjava o razpolaganju z ustreznimi kapacitetami za izvedbo del«, in tako ni bil seznanjen s podatkom, da se kandidat na kapacitete HNG d.o.o. sklicuje tudi glede mehanizacije (z navedenim se je seznanil šele na podlagi sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo). Ker se torej kandidat tudi v zvezi z mehanizacijo sklicuje na kapacitete podizvajalca HNG d.o.o., za katerega je naročnik ugotovil, da ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje (tj. referenčnega pogoja iz točke 14.8), mu naročnik ne bi smel priznati sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila.

Ker je vlagatelj v vlogi z dne 24. 2. 2021 naročniku očital novo kršitev v zvezi s priznanjem sposobnosti kandidatu Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila, je Državna revizijska komisija to vlagateljevo vlogo poslala v seznanitev in morebitno opredelitev obema kandidatoma (oziroma skupinama kandidatov), ki jima je naročnik (poleg vlagatelja) priznal sposobnost za sodelovanje, kot tudi naročniku.

Kandidat z vodilnim partnerjem Kolektor Koling, d.o.o., se do navedb vlagatelja ni opredelil, kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko pa se je do navedb vlagatelja iz omenjene vloge opredelil z vlogo z dne 18. 3. 2021. V slednji vztraja pri dosedanjih navedbah in dokaznih predlogih, glede navedb vlagatelja v zvezi z novo zatrjevano kršitvijo pa navaja, da so prepozne, kot take pa predstavljajo nedopustno novoto. Po mnenju kandidata namreč vlagatelj ni dokazal, da novo zatrjevane kršitve ter dejstev in dokazov, povezanih z njo, brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti že v predrevizijskem postopku. V nadaljevanju se kandidat iz previdnosti do vlagateljevih navedb opredeljuje tudi vsebinsko in zatrjuje, da so sporni pogoj iz točke 14.8 morali izpolniti vsi gospodarski subjekti skupaj, kar pomeni, da se tudi izpolnjevanje tega pogoja presoja za vse gospodarske subjekte skupaj. S tem, ko je bila predložena referenca za subjekt RIKO, d.o.o., in je bila ta priznana kot ustrezna, po prepričanju kandidata tudi za podizvajalca HNG d.o.o. ni mogoče zatrjevati, da sporne pogoja ne izpolnjuje.

Naročnik se je do navedb vlagatelja iz vloge z dne 24. 2. 2021 opredelil z vlogo št. 43017-18/2020-89 z dne 17. 3. 2021. Najprej poudarja, da vztraja pri vseh trditvah, podanih v sklepu o zavrnitvi zahtevka za revizijo. V nadaljevanju izpostavlja, da je v točki 12.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila med drugim določil, da izkazovanje neobstoja razlogov za

izključitev in izpolnjevanje posameznega pogoja kandidati dokazujejo na način, kot je naveden pri posameznem pogoju. V tej zvezi ponovno pojasnjuje, je pri pogoju iz točke 14.8 navedeno, da se zadostitev pogoju ugotavlja kot zbir zadostitev pogoja vseh gospodarskih subjektov, ki nastopajo v prijavi (kandidat in/ali partnerji v skupnem nastopanju in/ali podizvajalci). Ker je temu pogoju zadostil partner RIKO, d.o.o., ni potrebno, da temu pogoju še dodatno zadosti podizvajalec HNG d.o.o. Naročnik je namreč v točki 16.6 dodatno poudaril, da morajo v primeru prijave s podizvajalci vse pogoje, razen kjer je izrecno navedeno drugače, izpolnjevati tudi podizvajalci. Pri obravnavanem referenčnem pogoju pa je izrecno navedeno, da se zadostitev pogoju ugotavlja kot zbir zadostitev pogoja vseh gospodarskih subjektov, ki nastopajo v prijavi, torej ga lahko izkaže katerikoli subjekt, ki nastopa v prijavi. Glede na to, da podizvajalec HNG d.o.o. zato izpolnjuje vse pogoje za sodelovanje, se lahko kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko na njegove zmogljivosti sklicuje tudi za izkazovanje izpolnjevanja pogoja iz točke 14.11. glede razpolaganja z ustreznimi kapacitetami za izvedbo del. Ob upoštevanju navedenega naročnik ponovno predlaga zavrnitev zahtevka za revizijo.

Po pregledu dokumentacije ter preučitvi navedb vlagatelja, kandidata in naročnika je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da naročnik v konkretnem primeru oddaja javno naročilo po omejenem postopku (gl. razdelek »Vrsta postopka« točke 1 »Osnovni podatki o naročilu« poglavja 1 »Navodila kandidatom za izdelavo prijave« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila). Kot izhaja iz 41. člena ZJN-3, omejeni postopek poteka v dveh fazah: 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.

Opisani potek postopka je v obravnavanem primeru v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel tudi naročnik, saj je v okviru razdelka »Vrsta postopka«, vsebovanega pod točko 1 »Osnovni podatki o naročilu« poglavja 1 »Navodila kandidatom za izdelavo prijave«, določil, da bo postopek izvedel v dveh zaporednih fazah, pri čemer bo prvo fazo predstavljalo priznanje sposobnost, drugo pa oddaja ponudbe. V tej zvezi je naročnik določil še, da bo sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka priznal kandidatom, pri katerih niso izpolnjeni razlogi za izključitev in ki hkrati izpolnjujejo pogoje za sodelovanje, kot so določeni v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (prim. točke 12.1, 20.1 ter 20.2, vsebovane v poglavju 1 »Navodila kandidatom za izdelavo prijave« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Med strankama ni sporno, pokaže pa tudi pregled točke »14. Pogoji za sodelovanje« poglavja 1 »Navodila kandidatom za izdelavo prijave« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, da je naročnik med pogoji za sodelovanje, ki se nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost, določil naslednji referenčni pogoj:

»14.8 Kandidat mora izkazati, da je v zadnjih desetih (10) letih pred rokom za oddajo ponudb kot glavni Izvajalec ali partner v skupnem nastopanju (Joint Venture) ali podizvajalec uspešno zaključil vsaj en (1) referenčni projekt. Naročnik bo kot referenčni projekt priznal:

- *novogradnjo ali rekonstrukcijo avtoceste in/ali hitre ceste in/ali glavne ceste in/ali regionalne ceste in/ali občinske ceste dolžine 1.000 m ali več.*

Dokazilo:

- *Izpolnjen in podpisan ESPD obrazec*
- *Izpolnjen in podpisan Obrazec 7 – referenčni projekti*
- *Za vsako referenco izpolnjen in podpisan Obrazec 8 – referenca gospodarskega subjekta*

Opomba:

Zaželeno je, da je referenčno potrdilo (Obrazec 8) podpisano s strani naročnika.

Zadostitev pogoju se ugotavlja kot zbir zadostitev pogoja vseh gospodarskih subjektov, ki nastopajo v ponudbi (kandidat in/ali partnerji v skupnem nastopanju in/ali podizvajalci).

Naročnik si pridržuje pravico, da navedbo preveri ter zahteva predložitve potrjenih referenčnih potrdil, izjave in druga dokazila, kot jih določa 77. člen ZJN-3, iz katerih je razvidno izpolnjevanje tega pogoja.

Naročnik bo kot referenčni posel upošteval gradnjo avtoceste in/ali hitre ceste in/ali glavne ceste in/ali regionalne ceste in/ali občinske ceste na podlagi 8. člena Zakona o cestah (Uradni list RS, št. 109/10, 48/12, 36/14 – odl. US, 46/15 in 10/18), s katerim so določeni sestavni del javne ceste. Za gradnjo se šteje vsako gradnjo za katero je bilo izdano uporabno dovoljenje na podlagi zakona, ki ureja področje gradnje ali dovoljenje za neomejeno uporabo cest izdano v skladu z zakonom, ki ureja področje uporabe cest.

V skladu z veljavno zakonodajo se dovoljenje za neomejeno uporabo cest izdaja na podlagi 18. člena Zakona o cestah (Uradni list RS, št. 109/10, 48/12, 36/14 – odl. US, 46/15 in 10/18), uporabno dovoljenje se izdaja na podlagi Gradbenega zakona (Uradni list RS, št. 61/17 in 72/17 – popr.) oz. pred uveljavitvijo tega na podlagi Zakona o graditvi objektov (Uradni list RS, št. 102/04 – uradno prečiščeno besedilo, 14/05 – popr., 92/05 – ZJC-B, 93/05 – ZVMS, 111/05 – odl. US, 126/07, 108/09, 61/10 – ZRud-1, 20/11 – odl. US, 57/12, 101/13 – ZDavNepr in 110/13). Za obdobje deset let pred rokom za oddajo ponudbe se upošteva datum izdanega dovoljenja.«

Med strankama ni sporno, potrjeno pa je tudi z vpogledom v »Obrazec 7 – referenčni projekti« in »Obrazec 8 – referenca gospodarskega subjekta« iz prijave kandidata Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko, da se je kandidat v zvezi z izpolnjevanjem referenčnega pogoja iz točke 14.8 skliceval na referenčni projekt podizvajalca HNG d.o.o., poimenovan »Obnova vozišča R3-642, odsek 1147 Podpeč – Ig, od km 1.635 – 4.000, v skupni dolžini L=2.365 m« referenčnega naročnika Republika Slovenija, Ministrstvo za infrastrukturo, Direkcija RS za infrastrukturo, s tem pa se je skliceval na zmogljivosti drugega subjekta (podizvajalca HNG d.o.o.).

Med strankama dalje ni sporno, razvidno pa je tudi iz spisovne dokumentacije, da je naročnik v zvezi z izpolnjevanjem referenčnega pogoja iz točke 14.8 na kandidata Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko (tj. na vodilnega partnerja) naslovil dokument »Poziv za predložitev dodatnih pojasnil in dokazil« št. 43017-18/2020-28 z dne 27. 11. 2020 (v nadaljevanju tudi: poziv). V točki 3) poziva je naročnik najprej navedel, da za referenčni projekt podizvajalca HNG d.o.o. ni bilo izdano uporabno dovoljenje, v nadaljevanju pa je kandidata v zvezi s priglašnim referenčnim projektom podizvajalca pozval na pojasnilo ter dokazilo, iz katerega

bo razvidno, da je za navedeni projekt bilo izdano uporabno dovoljenje, ali na zamenjavo omenjenega gospodarskega subjekta z novim gospodarskim subjektom, ki bo prevzel njegova dela in izkazal izpolnjevanje pogoja iz točke 14.8 (iz povzetega konteksta besedila poziva je razvidno, da se naročnik v tej zvezi v pozivu po pomoti sklicuje na pogoj iz točke 14.6 namesto na pogoj iz točke 14.8).

Nadaljnji pregled spisovne dokumentacije potrjuje navedbe strank, da je kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko naročniku (na podlagi navedenega poziva) predložil »*Odgovor na poziv za predložitev dodatnih pojasnil in dokazil*« (znak VI/EKO/1770-2/2020) z dne 18. 12. 2020 (v nadaljevanju tudi: odgovor kandidata). V odgovoru je pojasnil, zakaj je priglasi referenčni projekt podizvajalca HNG d.o.o. po njegovem mnenju ustrezen, hkrati pa je v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8 predložil tudi referenco partnerja RIKO, d.o.o. (»*Obrazec 7 – referenčni projekti*« in »*Obrazec 8 – referenca gospodarskega subjekta*« skupaj z izdanim uporabnim dovoljenjem).

Med strankama postopka ni spora o tem, da referenčni projekt podizvajalca HNG d.o.o. ne ustreza zahtevam naročnika iz točke 14.8 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Vlagateljevim navedbam o neustreznosti reference podizvajalca HNG d.o.o. namreč v sklepu o zavrnitvi zahtevka za revizijo v celoti pritrjuje tudi naročnik, ki obenem pojasnjuje, da je kandidatu Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila priznal na podlagi naknadno predložene reference partnerja RIKO, d.o.o. (in ne na podlagi reference podizvajalca HNG d.o.o.). Ker je torej naročnikova presoja izpolnjevanja pogoja iz točke 14.8, s tem pa tudi naročnikova odločitev o priznanju sposobnosti kandidatu, ki jo vlagatelj izpodbija v tem revizijskem postopku, oprta (izključno) na referenco partnerja RIKO, d.o.o., so za odločitev v dani zadevi irelevantne navedbe kandidata Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko o tem, da je ustrežna (tudi) referenca podizvajalca HNG d.o.o., zato jih Državna revizijska komisija ni obravnavala in dokazov v tej zvezi ni izvajala.

Državna revizijska komisija je tako kot bistven za odločitev v dani zadevi štela med strankama nastali spor o tem, ali je naročnik ravnal v skladu z lastnim pozivom, s tem pa v skladu z določbami ZJN-3 in dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (stranki se namreč strinjata, da je bil poziv oblikovan skladno s slednjima), ko je kandidatu Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko na podlagi njegovega odgovora priznal usposobljenost za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila. Vlagatelj namreč zatrjuje, da kandidat ni zamenjal podizvajalca HNG d.o.o. z novim, drugim gospodarskim subjektom, ki bi izpolnjeval pogoj iz točke 14.8 in prevzel podizvajalčeva dela, kot sta to narekovala tako drugi odstavek 81. člena ZJN-3 kot poziv naročnika, temveč je zgolj predložil dodatno referenco že obstoječega partnerja v prijavi (med strankama je nesporno, da je ta po vsebini ustrezna). Prijava kandidata zato po oceni vlagatelja ne izpolnjuje pogoja za sodelovanje iz točke 14.8, v njej pa nastopa subjekt (HNG d.o.o.), za katerega je bilo ugotovljeno neizpolnjevanje navedenega pogoja.

Prvi odstavek 81. člena ZJN-3 med drugim določa, da lahko gospodarski subjekt glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Skladno z drugim odstavkom 81. člena ZJN-3 naročnik v skladu s 77., 79. in 80. členom tega zakona preveri, ali subjekti, katerih zmogljivosti namerava uporabiti gospodarski subjekt, izpolnjujejo ustrezne pogoje za sodelovanje in ali zanje obstajajo razlogi za izključitev. Naročnik mora od gospodarskega subjekta zahtevati zamenjavo subjekta, ki ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali v zvezi s katerim obstajajo

obvezni razlogi za izključitev. Naročnik pa lahko od gospodarskega subjekta zahteva zamenjavo subjekta tudi, če v zvezi z njim obstajajo neobvezni razlogi za izključitev.

Kot je Državna revizijska komisija zapisala že v odločitvi v zadevi št. 018-152/2019, ki jo v svojih vlogah omenjata tako naročnik kot vlagatelj, iz citiranih zakonskih določb izhaja, da je naročnik pred sprejemom odločitve o oddaji naročila (po analogiji tudi odločitve o priznanju sposobnosti) dolžan preveriti, ali subjekti, katerih zmogljivosti namerava uporabiti gospodarski subjekt, izpolnjujejo ustrezne pogoje za sodelovanje in ali zanje obstajajo razlogi za izključitev. Če naročnik pri pregledu ponudbe (prijave) ugotovi, da subjekt, čigar zmogljivosti uporablja ponudnik, ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali da pri njem obstajajo obvezni izključitveni razlogi, takšne ponudbe (prijave) ne sme avtomatično označiti za nedopustno in je zavrnil, temveč mora od ponudnika zahtevati zamenjavo takšnega subjekta. Dolžnost naročnika torej je, da v primeru ugotovitve, da drugi subjekt ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali da pri njem obstajajo obvezni razlogi za izključitev, od ponudnika (kandidata) zahteva zamenjavo tega subjekta in mu s tem omogoči popravo njegove ponudbe (prijave).

Kakor že obrazloženo, je naročnik v obravnavanem primeru ugotovil, da se kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko v zvezi s pogojem za sodelovanje iz točke 14.8 sklicuje na referenčni projekt podizvajalca HNG d.o.o., torej na zmogljivost drugega subjekta. Ker pa je hkrati ugotovil tudi, da kandidat z referenčnim projektom podizvajalca pogoja iz točke 14.8 ne izpolnjuje, je kandidata pozval bodisi na pojasnilo oziroma predložitev dokazil o ustreznosti priglašene referenčnega projekta podizvajalca HNG d.o.o. bodisi na zamenjavo omenjenega subjekta, s čimer je kandidatu – skladno z zahtevo zakona – omogočil popravo prijave.

V zvezi z vprašanjem, ali je naročnik pri presoji ravnanja kandidata, ki je sledilo pozivu, oziroma pri presoji izpolnjevanja pogoja za sodelovanje iz točke 14.8, s tem pa posledično tudi pri sprejemu odločitve o priznanju sposobnosti kandidatu, postopal zakonito, pa niso relevantne le določbe ZJN-3, temveč tudi določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kot jih je v konkretnem primeru določil naročnik. Kakor izhaja tudi iz prakse Sodišča EU (gl. v tem smislu npr. sodbo z dne 29.4.2004, Komisija proti CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, točka 115; sodbo z dne 10. 10. 2013, Manova, C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647, točka 40, in sodbo z dne 6. 11. 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345, točka 42), mora namreč naročnik pri pregledu ponudb (prijav) ravnati strogo v skladu z zahtevami, ki jih je določil sam, ta stroga obveznost pa je del načela enakega obravnavanja ponudnikov in iz njega izhajajoče obveznosti po preglednosti, ki ju morajo spoštovati naročniki.

V obravnavanem primeru si je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila postavil pravilo, da bo sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka priznal kandidatom, pri katerih niso izpolnjeni razlogi za izključitev in ki hkrati izpolnjujejo pogoje za sodelovanje, kot so določeni v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, pri tem pa je določil še, da izkazovanje neobstoja razloga za izključitev in izpolnjevanje posameznega pogoja kandidati dokazujejo na način, kot je naveden pri posameznem pogoju (prim. točko 12.1, vsebovano v poglavju 1 »Navodila kandidatom za izdelavo prijave« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila). Naročnik je (v odebeljenem besedilu za določbami točke 12.6 navedenega poglavja) izpostavil tudi, da morajo vsi gospodarski subjekti (kandidat, partner, podizvajalec), ki nastopajo v ponudbi (pravilno: prijavi), izpolnjevati vse pogoje, razen kjer je izrecno navedeno drugače. Da slednje velja tudi za podizvajalce, je naročnik dodatno potrdil z navedbo v odebeljenem besedilu za določbami točke 16.6 navedenega poglavja, kjer je zapisal, da morajo

v primeru oddaje prijave s podizvajalci vse pogoje izpolnjevati tudi podizvajalci, razen kjer je izrecno navedeno drugače. Od splošnega pravila, da morajo vsi gospodarski subjekti (vključno s podizvajalci), ki nastopajo v prijavi, izpolnjevati vse pogoje za sodelovanje, je torej naročnik predvidel tudi možnost izjeme.

Takšno izjemo je naročnik (med drugim) določil pri referenčnem pogoju iz točke 14.8. Naročnik je namreč v okviru opomb pod to točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila zapisal, da se *»zadostitev pogoju ugotavlja kot zbir zadostitev pogoja vseh gospodarskih subjektov, ki nastopajo v ponudbi (kandidat in/ali partnerji v skupnem nastopanju in/ali podizvajalci)«*. To pomeni, da izpolnjevanje pogoja iz točke 14.8 ni bilo zahtevano za vsakega od gospodarskih subjektov, ki so nastopali v prijavi, temveč je za zaključek o izpolnjevanju tega pogoja zadoščala že ugotovitev, da je njegovo izpolnjevanje dokazal en sam gospodarski subjekt, ki je nastopal v prijavi. Na podlagi preučitve vsebine citirane opombe gre tako pritrčiti naročniku, da v zvezi s predmetnim pogojem ni zahteval, da ga mora izpolnjevati vsak od gospodarskih subjektov, ki nastopajo v prijavi, temveč je dopustil, da ga izpolni katerikoli od teh subjektov (bodisi kandidat bodisi partner ali pa podizvajalec), lahko tudi katerakoli od možnih kombinacij navedenih subjektov ali pa vsi ti subjekti skupaj. Ob upoštevanju navedenega gre tako ugotoviti, da se je v primeru skupne prijave skupine kandidatov štelo, da je pogoj iz točke 14.8 izpolnjen že, če ga izpolnjuje en sam (tj. katerikoli) gospodarski subjekt, ki nastopa v prijavi.

Pregled določb pod točko 14.8, v okviru katere je naročnik opredelil navedeni referenčni pogoj in nanj vezane zahteve, pokaže tudi, da naročnik izkazovanja tega pogoja ni omejil na način, da bi ga bili dolžni izkazati tisti subjekti, ki bodo v izvedbo prevzeli dela, ki so po vsebini primerljiva s tistimi iz referenčnega pogoja. Drugače povedano to pomeni, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni zahteval, da mora izpolnjevanje referenčnega pogoja iz točke 14.8 izkazati (oziroma ustrezno referenco predložiti) tisti subjekt, ki bo v okviru javnega naročila dejansko tudi izvedel dela, ki so predmet referenčnega pogoja (oziroma predložene reference). Ker se torej izkazovanje pogoja iz točke 14.8 v konkretnem primeru ni zahtevalo od subjekta, ki bo v izvedbo prevzel dela, ki so predmet tega pogoja, zgolj dejstvo, da je določen gospodarski subjekt dokazal izpolnjevanje tega pogoja, samo po sebi še ni ustvarjalo zadostne podlage za zaključek, da ta subjekt dela, ki so predmet referenčnega pogoja, tudi prevzema v izvedbo.

V povezavi s prevzemom del v izvedbo naročnik utemeljeno opozarja na določbe iz točke *»17 Skupina kandidatov«* poglavja 1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v okviru katerih je urejen položaj oddaje skupne prijave skupine kandidatov, kakršna je tudi prijava kandidata Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko. V tej zvezi so relevantne zlasti naslednje določbe (v sklepu o zavrnitvi zahtevka za revizijo jih izpostavlja tudi naročnik):

»/.../17.2 V primeru, da bo skupina gospodarskih subjektov izbrana za izvedbo predmetnega javnega naročila, bo naročnik po sklenitvi pogodbe od ponudnika zahteval predložitev pravnega akta o skupni izvedbi javnega naročila (sporazum ali pogodba), v katerem bodo natančno opredeljene naloge in odgovornosti posameznih gospodarskih subjektov pri izvedbi naročila. Ne glede na to pa vsi gospodarski subjekti odgovarjajo naročniku solidarno.

17.3 Pravni akt o skupni izvedbi javnega naročila mora vsebovati navedbe o tem, kdo so partnerji (naziv, polni naslov, matična številka, davčna številka in transakcijski račun), kdo je vodilni partner, ki jih zastopa, vrsta del, ki jih bodo izvedli ter količina in vrednost teh del. V

sporazumu mora biti opredeljena odgovornost posameznih partnerjev, udeleženos (%) vsakega partnerja za izvedbo naročila ter neomejeno solidarno odgovornost vseh partnerjev v skupini izvajalcev za izvedbo pogodbenih Del skladno s pogoji po Pogodbi./.../«.

Pregled citiranih določb pokaže, da je naročnik z njimi opredelil ne le vsebino pravnega akta o skupni izvedbi javnega naročila, pač pa je določil tudi, kdaj oziroma v kakšnem primeru je slednjega treba predložiti. Iz točke 17.2 tako izhaja, da bo naročnik od skupine kandidatov, ki je oddala skupno prijavo, zahteval predložitev zavezujočega pravnega akta o skupni izvedbi javnega naročila zgolj v primeru, da bo ta izbrana za izvedbo javnega naročila, in sicer šele po sklenitvi pogodbe, pri čemer bo pravni akt o skupni izvedbi javnega naročila v tem primeru moral vsebovati tudi navedbo vrste del, ki jih bodo izvedli posamezni partnerji, njihove količine in vrednosti ter navedbo o udeležnos (%) vsakega partnerja pri izvedbi javnega naročila. To pa pomeni, da bo v primeru skupne prijave skupine kandidatov, kakršna je prijava kandidata Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko, (dokončna) razdelitev del med posameznimi partnerji oziroma podatek o tem, kdo od partnerjev prevzema katera dela, v kakšni vrednosti, obsegu in udeležbi, znana zgolj v primeru, da bo navedena skupina kandidatov tudi izbrana za izvedbo javnega naročila, in še v tem primeru šele po sklenitvi pogodbe.

Ob upoštevanju predstavljenih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jih pri sprejemu odločitve o nastalem sporu v konkretnem primeru ni mogoče spregledati, se Državna revizijska komisija ne more strinjati z vlagateljem, da kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko ni ravnal v skladu z naročnikovim pozivom in določbami ZJN-3, posledično pa tudi ne, da je naročnik kršil zakon in določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je kandidatu priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila.

Kot že zapisano, je naročnik v konkretnem primeru presodil, da kandidat s priglašnim referenčnim projektom (referenco) podizvajalca HNG d.o.o. referenčnega pogoja iz točke 14.8 ni izpolnil, zato ga je (med drugim) pozval k zamenjavi podizvajalca in s tem k popravi njegove prijave. Kandidat je na poziv naročnika v zvezi z izpolnitvijo navedenega pogoja priglasil referenčni projekt (referenco) partnerja RIKO, d.o.o. (v tej zvezi je, kot med strankama ni sporno, predložil tako »*Obrazec 7 – referenčni projekti*« kot tudi »*Obrazec 8 – referenca gospodarskega subjekta*«, medtem ko so bili ostali dokumenti za navedenega partnerja, ki so se v okviru dokazil zahtevali pod točko 14.8, že v prijavi).

V zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8 se tako kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko poslej po oceni Državne revizijske komisije ni več skliceval na referenco podizvajalca HNG d.o.o., temveč se je skliceval na referenco drugega subjekta, tj. partnerja RIKO, d.o.o., kakor to zatrjuje naročnik. Navedeno pomeni, da je v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8 na mesto podizvajalca HNG d.o.o. stopil drug gospodarski subjekt. Ker je torej kandidat, kot navaja že naročnik, izpolnjevanje navedenega pogoja poslej izkazoval z drugim gospodarskim subjektom (četudi že obstoječim partnerjem v prijavi), s katerim izpolnjevanja tega pogoja pred tem ni izkazoval, se Državna revizijska komisija ne more strinjati z vlagateljem, da do zamenjave podizvajalca HNG d.o.o. ni prišlo. Res je sicer omenjeni podizvajalec še naprej ostal v prijavi, vendar ne v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8 (zaradi neizpolnjevanja katerega je bil kandidat pozvan k njegovi zamenjavi), temveč v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.11 (gl. obrazec »*Izjava 2 – Izjava o razpolaganju z ustreznimi kapacitetami za izvedbo del*« iz prijave kandidata), glede katerega pa naročnik ni presodil, da ni izpolnjen.

Ob upoštevanju ugotovitve, da je bila zamenjava podizvajalca HNG d.o.o. v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8 posledica neustreznosti podizvajalčeve reference, je logično, da je zamenjava podizvajalca HNG d.o.o. v konkretnem primeru vključevala tudi predložitev (nove) reference subjekta, ki je v zvezi z izpolnjevanjem tega pogoja zamenjal podizvajalca HNG, d.o.o. (tj. partner RIKO, d.o.o.). Glede na to, da je torej kandidat, če je želel zagotoviti izpolnjevanje pogoja iz točke 14.8, moral v konkretnem primeru ne le zamenjati podizvajalca, pač pa tudi predložiti novo referenco, Državna revizijska komisija – ob upoštevanju predhodne ugotovitve o tem, da je podizvajalec bil zamenjan – ne more slediti vlagateljevi navedbi, da v obravnavanem primeru ni šlo za zamenjavo podizvajalca HNG d.o.o., temveč zgolj za predložitev dodatne reference partnerja RIKO d.o.o. Čeprav se gre – upošteva navedeno – strinjati z vlagateljem, da v obravnavanem primeru ni šlo za dopolnjevanje prijave na podlagi petega odstavka 89. člena ZJN-3 (ki sicer v primeru neustrezne reference omogoča predložitev nove reference), vendarle ne gre spregledati, da je moral kandidat v primeru, če je želel ravnati skladno s pozivom in zaradi neizpolnjevanja pogoja iz točke 14.8 zamenjati podizvajalca ter popraviti prijavo, predložiti tudi (novo) referenco (tega drugega subjekta, s katerim je bil v zvezi s pogojem iz točke 14.8 podizvajalec zamenjan).

Ker je lahko, kot že pojasnjeno, v konkretnem primeru referenco oziroma referenčni pogoj iz točke 14.8 izpolnil katerikoli izmed gospodarskih subjektov v prijavi, dokazovanje izpolnjevanja referenčnega pogoja pa tudi ni bilo vezano na subjekt, ki bo dela prevzel v izvedbo, se ni mogoče strinjati z vlagateljem, da navedeni referenčni pogoj z referenco partnerja RIKO, d.o.o., ki nedvomno nastopa v prijavi in za katerega vlagatelj ne zatrjuje (vsebinske) neustreznosti predložene reference, ni izpolnjen.

Pri tem tudi ne gre prezreti, da v konkretnem primeru dela med partnerji še niso bila dokončno razdeljena, saj bo moral kandidat, kot že obrazloženo, pravni akt o skupni izvedbi javnega naročila z opredelitvijo vrste prevzetih del, njihovega obsega, vrednosti in deležev partnerjev, predložiti zgolj v primeru, da mu bo predmetno javno naročilo tudi dodeljeno, in še v tem primeru šele po sklenitvi pogodbe. Ob upoštevanju navedenega vlagatelj zato ne more uspeti z navedbo, da partner RIKO, d.o.o., ni prevzel del podizvajalca HNG d.o.o., še toliko manj ob dejstvu, da tudi na podlagi vpogleda v »*Obrazec 3 – spisek imenovanih podizvajalcev*« ni mogoče zaključiti, da je podizvajalec HNG d.o.o. v prijavi sploh prevzel dela, ki so predmet pogoja iz točke 14.8.

Glede na dejstvo, da kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko pogoj iz točke 14.8 poslej izkazuje z referenčnim projektom partnerja RIKO, d.o.o., za katerega med strankama ni spora, da je ustrezen, ne more biti dvoma, da je pogoj iz točke 14.8 izpolnjen. Ker je naročnik dopustil možnost izpolnitve pogoja že z enim samim, katerikoli gospodarskim subjektom, ki nastopa v prijavi, in ni zahteval, da ga mora izpolniti vsak gospodarski subjekt, ki nastopa v prijavi, kot tudi ne, da ga mora izpolniti podizvajalec, je z vidika presoje izpolnjevanja tega pogoja irelevantno, ali ta pogoj podizvajalec HNG d.o.o. izpolnjuje ali ne, saj se kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko v zvezi z izpolnjevanjem navedenega pogoja na referenco podizvajalca HNG d.o.o. (več) ne sklicuje. Ker se kandidat poslej sklicuje na referenco partnerja RIKO, d.o.o., za katero vlagatelj neustreznosti ne zatrjuje, Državna revizijska komisija ne more pritrditi njegovi navedbi, da prijava kandidata ne izpolnjuje referenčnega pogoja iz točke 14.8, posledično pa da naročnik kandidatu sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka ne bi smel priznati.

Ob upoštevanju ugotovljenega Državna revizijska komisija zaključuje, da je kandidat Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko – v okoliščinah konkretnega primera – ravnal v skladu s pozivom naročnika in drugim odstavkom 81. člena ZJN-3, ko se je po seznanitvi s pozivom v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8 skliceval na drug subjekt in njegovo referenco (referenčni projekt), na katera se pred pozivom ni skliceval, s to referenco (referenčnim projektom) pa je izpolnil pogoj iz točke 14.8. Ne drži torej, da kandidat ni ravnal v skladu s pozivom, pač pa samovoljno, kot posledično tudi ne, da je pozivanje naročnika v obravnavanem primeru prešlo v nedovoljena pogajanja in favoriziranje kandidata, kot to zatrjuje vlagatelj. Da o favoriziranju kandidata v konkretnem primeru ni mogoče govoriti, še toliko bolj velja ob sklicevanju vlagatelja na poziv naročnika št. 43017-18/2020-26 z dne 27. 11. 2020, iz katerega je razvidno, da je naročnik vlagatelja v zvezi z referenčnim pogojem pozival na enak način kot kandidata (prim. zlasti točko 4) poziva), pri čemer pa vlagatelj ne zatrjuje, da je na poziv naročnika predložil referenco partnerja v prijavi, ki je naročnik ni upošteval.

Vlagatelj v vlogi z dne 24. 2. 2021, s katero se je opredelil do navedb naročnika, uveljavlja tudi dodatno kršitev naročnika. Zatrjuje namreč, da naročnik kandidatu Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko – poleg že navedenega – ne bi smel priznati sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka tudi zato, ker se kandidat v zvezi z zahtevano mehanizacijo (pogoj iz točke 14.11 poglavja 1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila) sklicuje na kapacitete podizvajalca HNG d.o.o., za katerega je naročnik ugotovil, da ne izpolnjuje referenčnega pogoja iz točke 14.8.

Ne glede na vprašanje, ali je vlagatelj z uveljavljanjem navedene kršitve pravočasen ali ne, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da vlagateljevim navedbam, podanim v tej zvezi, ni mogoče slediti. S tem, ko je kandidat v zvezi z izpolnjevanjem pogoja iz točke 14.8 zamenjal podizvajalca HNG d.o.o. s partnerjem RIKO, d.o.o., in zanj predložil referenco, za katero med strankama ni spora, da je (po vsebini) ustrezna, je postal podizvajalec HNG d.o.o. (oziroma njegova referenca) z vidika izpolnjevanja pogoja iz točke 14.8 irelevanten, hkrati pa je kandidat ta pogoj izpolnil s partnerjem RIKO, d.o.o. (oziroma njegovo referenco). Ker lahko kandidat navedeni pogoj glede na predstavljene določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izpolni že z enim samim, katerikoli gospodarskim subjektom v prijavi, izpolnjuje pa ga s partnerjem RIKO, d.o.o., vlagatelj z navedbo, da se kandidat v zvezi s pogojem iz točke 14.11 sklicuje na kapacitete podizvajalca HNG d.o.o. (gl. obrazec »Izjava 2 – Izjava o razpolaganju z ustreznimi kapacitetami za izvedbo del« iz prijave kandidata), ki ne izpolnjuje pogoja iz točke 14.8, ne more uspeti. Slediti navedbam vlagatelja bi namreč pomenilo, da bi moral podizvajalec HNG d.o.o. ta pogoj izpolnjevati kljub temu, da je bil v zvezi z izpolnjevanjem slednjega zamenjan s partnerjem RIKO, d.o.o., za kar pa ni najti podlage v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

Ob upoštevanju vsega navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju ni uspelo utemeljiti oziroma izkazati, da je naročnik kršil določila ZJN-3, dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in lastnega poziva, ko je kandidatu Nivo Eko/Hidrotehnik/Riko na podlagi njegovega odgovora na poziv naročnika priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila. V posledici navedenega je Državna revizijska komisija vlagateljev zahtevek za revizijo v skladu s prvo alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN kot neutemeljenega zavrnila.

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

Vlagatelj je zahtevku za revizijo ter v vlogi z dne 24. 2. 2021 uveljavljal tudi povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku, vključno s takso (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Ker vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel ne v predrevizijskem ne v revizijskem postopku, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, je Državna revizijska komisija v skladu z določbo tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN njegovo zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva zavrnila.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 2. 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, dne 12. 4. 2021

Predsednica senata:
Dr. Mateja Škabar,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (prek portala e-Revizija):

- pooblaščenki vlagatelja,
- skupinama kandidatov s priznano sposobnostjo (Nivo Eko d.o.o, Kolektor Koling d.o.o.),
- naročniku,
- MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve.