

Številka: 018-60/2022-10

Datum: 15. 7. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Nine Velkavrh kot predsednice senata ter Andraža Žvana in Sama Červeka kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »Dobava, vzpostavitev delovanja in vzdrževanje opreme ter sistemov sekcijskega merjenja hitrosti na odsekih AC in HC v upravljanju DARS« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil Cestel cestni inženiring d.o.o., Špruha 32, Trzin, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Zupančič o.p., d.o.o., Nazorjeva ulica 6a, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Družba za avtoceste v Republiki Sloveniji d.d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik), dne 15. 7. 2022

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugodi tako, da se razveljavi:
 - pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na tehnično in strokovno sposobnost, določen v podtočki (e) točke 4.2 *Pogoji za sodelovanje* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe*, skupaj z naročnikovima odgovoroma št. 20 in 22 iz dokumenta *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* in
 - pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na ekonomski in finančni položaj, določen v podtočki (c) točke 4.2 *Pogoji za sodelovanje* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe* v delu, v katerem naročnik zahteva minimalni letni čisti prihodek vsakega od skupnih ponudnikov.

V preostalem delu se zahtevek za revizijo zavrne kot neutemeljen.

2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 4.980,22 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o naročilu je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno dne 28. 3. 2022, št. objave JN001962/2022-B01 in v Uradnem listu EU dne 29. 3. 2022, št. objave 2022/S 062-162858. Prvi popravek je bil na Portalu javnih naročil objavljen dne 26. 4. 2022, št. objave JN001962/2022-K01 in v Uradnem listu EU dne 27. 4. 2022, št. objave 2022/S 082-221099 (v nadaljevanju: *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji*), drugi popravek je bil na Portalu javnih naročil objavljen dne 25. 5. 2022, št. objave JN001962/2022-K02 in v Uradnem listu EU dne 27. 5. 2022, št. objave 2022/S 102-284322 (v nadaljevanju: *Dodatek 2 k razpisni dokumentaciji*), tretji popravek pa je bil na Portalu javnih naročil objavljen dne 24. 6. 2022, št. objave JN001962/2022-K03 in v Uradnem listu EU dne 27. 6. 2022, št. objave 2022/S 121-344130.

Vlagatelj je dne 12. 5. 2022 vložil *Zahtevek za revizijo* zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v katerem zatrjuje, da je naročnik predmet javnega naročila ter nekatere pogoje za sodelovanje določil v nasprotju z Zakonom o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015, s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), zaradi česar predlaga razveljavitev spornih delov dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila; zahteva tudi povračilo stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: *zahtevek za revizijo*).

Naročnik je dne 24. 5. 2022 sprejel in istega dne na portalu eRevizija objavil *Odločitev*, s katero je vlagateljev zahtevek za revizijo zavrnil, zavrnil pa je tudi njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: *odločitev o zahtevku za revizijo*).

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 27. 5. 2022, dne 13. 6. 2022 in dne 15. 6. 2022 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se je do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo opredelil z vlogo z dne 27. 5. 2022 ter priglasil nadaljnje stroške postopka pravnega varstva. Vztraja pri očitkih iz zahtevka za revizijo in odgovarja na navedbe naročnika.

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

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo opravila predhodni preizkus v skladu z 31. členom ZPVPJN. Ker je ugotovila, da so izpolnjeni vsi pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, je zahtevek za revizijo, na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN, sprejela v obravnavo.

1. Glede pogoja za sodelovanje, ki se nanaša na tehnično in strokovno sposobnost, določenega v podtočki (e) točke 4.2 Pogoji za sodelovanje poglavja A v dokumentu Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe

Naročnik je v podtočki (e) točke 4.2 *Pogoji za sodelovanje* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe* (v nadaljevanju: pogoj iz točke 4.2 (e)) določil:

»Ponudnik mora izkazati, da sistem sekcijskega merjenja hitrosti, ki je predmet njegove ponudbe deluje v eni od držav članic EU ali Švici in sicer na najmanj 3 (treh) odsekih in ga pri izvajanju nadzora prometa in ugotavljanju kršitev za namen sankcioniranja najmanj 6 mesecev uporablja nadzorni organ, ki je v državi članici ali v Švici pristojen za izvajanje meritev hitrosti.

Način dokazovanja:

Za dokazovanje navedenega pogoja mora ponudnik v ponudbi predložiti obrazec 4.2 (e) iz Poglavja 10 ter Potrdilo o skladnosti [...].«

V dokumentu *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* je naročnik prvi odstavek v pogoju iz točke 4.2 (e) spremenil in določil:

»Ponudnik mora izkazati, da sistem sekcijskega merjenja hitrosti, ki je predmet njegove ponudbe deluje v eni od držav članic EU ali Švici oziroma državah EGS – Norveška, Islandija in Lihtenštajn in sicer na najmanj 3 (treh) odsekih in ga pri izvajanju nadzora prometa in ugotavljanju kršitev za namen sankcioniranja najmanj 6 mesecev uporablja nadzorni organ, ki je v državi članici ali v Švici pristojen za izvajanje meritev hitrosti.«

V istem dodatku je naročnik, na vprašanje zainteresiranega ponudnika, pojasnil, da *»zahteva referenco za delujoč sistem, kot izhaja iz točke 4.2 (e) [...]«* (v nadaljevanju: odgovor št. 20) ter da mora pogoj *»izpolniti ponudnik oziroma partner v skupnem nastopu in ga ni mogoče izkazovati s podizvajalcem [...]«* (v nadaljevanju: odgovor št. 22).

V dokumentu *Dodatek 2 k razpisni dokumentaciji* je naročnik v zvezi s pojmom »država članica«, v kateri mora nadzorni organ uporabljati sistem, pojasnil, da so pod tem pojmom mišljene *»vse države članice EU in EGS«* (v nadaljevanju: odgovor št. 2).

a) zahteva glede delujočega sistema sekcijskega merjenja hitrosti iz pogoja iz točke 4.2 (e)

Vlagatelj v zahtevku za revizijo ob navajanju vsebine pogoja iz točke 4.2 (e) in naročnikovega odgovora št. 20 zatrjuje, da naročnik že tako ozek nabor možnih referenčnih poslov dodatno zamejuje na tiste referenčne sisteme, ki še vedno delujejo. Vlagatelj zato na javnem naročilu ne more sodelovati s poslovnim subjektom, ki je v preteklosti izvedel več referenčnih poslov. Meni, da zahteva po delujočem referenčnem sistemu ni potrebna za izkazovanje tehnične sposobnosti in je kot taka v nasprotju z drugim odstavkom 76. člena ZJN-3, načelom sorazmernosti iz 8. člena ZJN-3 in načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki iz 5. člena ZJN-3. S tem v zvezi izpostavlja odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-181/2021.

Dalje ob sklicevanju na b) točko osmega odstavka 77. člena ZJN-3 vlagatelj zatrjuje, da lahko gospodarski subjekt tehnično sposobnost izkazuje s seznamom najpomembnejših dobav in opravljenih storitev v zadnjih treh letih, torej z izkušnjami, ki jih je pridobil v daljšem časovnem obdobju. Da bi zadostil navedeni zakonski normi bi moral naročnik dopustiti, da ponudniki izvajanje referenčnega posla izkažejo v kateremkoli obdobju šestih mesecev, ki se je končalo znotraj treh let pred rokom za oddajo ponudb.

Vlagatelj zatrjuje, da za zahtevo po še vedno delujočem sistemu ni nobenega utemeljenega razloga, predstavil pa ga ni niti naročnik v svojem odgovoru. Predpostavka, da gospodarski subjekt, katerega vzpostavljen sistem ni več delujoč, ni usposobljen za izvedbo naročila ni utemeljena, saj gospodarski subjekti ne morejo vplivati na odločitev referenčnih naročnikov ali bodo voznike sankcionirali ali pa bodo sistem začasno/trajno ugasnili (zaradi odločitve po vodenju manj represivne politike, zaradi izboljšanja navad voznikov, zaradi administrativnih ovir pri obdelavi velikega števila prekrškov ali zaradi drugih razlogov). Navaja, da v konkretnem primeru prihaja do situacije, ko naročnik niti v Sloveniji nameščenega sistema sekcijskega merjenja hitrosti ne priznava kot ustreznega, saj naj slednji ne bi deloval zaradi ugotovitve, da avtomatizacija prekrškov pomeni veliko administrativno breme za organe pregona.

Da je naročnikova zahteva omejujoča in popolnoma nepotrebna za izkazovanje tehnične sposobnosti po zatrjevanju vlagatelja izhaja tudi iz dejstva, da je naročnik v 9. členu osnutka pogodbe določil, da mora izvajalec delujoč sistem vzpostaviti v roku 20 mesecev po sklenitvi

pogodbe, priznava pa le referenčne posle, ki delujejo najmanj od 14. 12. 2021 do 14. 6. 2022. V kolikor bo referenčni naročnik sistem nehal uporabljati dne 14. 6. 2022, referenca ne bo priznana, v kolikor bo to storil dne 15. 6. 2022 pa bo referenca dovoljena in ponudba sprejeta. V obeh primerih bi izvajalca izvedla enak obseg storitev, enako kvalitetno, sistem pa bi se uporabljal v obdobju šestih mesecev v obdobju zadnjih treh let, vendar pa eden od ponudnikov zaradi prenehanja uporabe sistema dan pred rokom za oddajo ponudb, ne bi več štel za usposobljenega, četudi bi bilo izdano referenčno potrdilo za nesporno kvalitetno izvedene storitve, plačane s strani referenčnega naročnika.

Naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo navaja, da so navedbe vlagatelja, zakaj bi bilo edino pravilno za izkazovanje tehnične sposobnosti dopustiti tudi referenčni posel, ki ni več delujoč, splošne in nedokazane. Primere, ki jih navaja vlagatelj označuje za pavšalne in hipotetične. Navaja, da v odgovorih na vprašanja ni dolžan navajati razlogov za določitev neke zahteve, v nadaljevanju pa pojasnjuje, zakaj je v konkretnem primeru pomembno, da je referenčni posel še vedno delujoč.

Naročnik navaja, da je predmet konkretnega javnega naročila kompleksen sistem, ki ga sestavljajo različne elektronske in mehanske komponente. Sistem mora delovati, saj le tak zadostuje vsem EU standardom in področni zakonodaji. Zaradi intenzivnega razvoja na področju opreme sistema (razvoj kamer in programske opreme, izboljšana kvaliteta fotografij itd.) želi z zahtevo po delujočem sistemu dobaviti sodoben sistem in ne morda takega, ki se mu življenjska doba že izteka. Sistem se bo uporabljal za ugotavljanje prekrška prehitre vožnje, zato je ključno, da je kršitev zaznana in pravilno zabeležena, da je v nadaljevanju mogoče upravičeno sankcionirati kršitelja. Pomembno je, da sistem deluje zanesljivo, učinkovito in pravilno, saj bo le tako lahko pozitivno vplival na prometno varnost.

Naročnik pričakuje, da bo z javnim naročilom pridobil ustrezno kvalificiranega izvajalca, ki bo sposoben izvesti sistem, ki bo sodoben, se že uporablja in se izkazuje kot učinkovit. Zahteva po delujočem sistemu je smotrna, povezana s predmetom naročila, glede na obseg in vsebino predmeta upravičena in skladna z naročnikovimi pričakovanji glede realizacije predmeta naročila. Zakon naročniku daje avtonomijo in samostojnost pri oblikovanju tehničnih specifikacij in pri določanju lastnih potreb. Glede na predmet javnega naročila mora biti ponudnik sposoben dokazati, da je oz. še vedno uspešno izvaja vse faze primerljivega naročila, ne le dobavo in vzpostavitev sistema, pač pa tudi vzdrževanje opreme ter zadevnih sistemov. S tem, ko ponudniki izkažejo uspešno vzdrževanje, ponudijo referenco, ki jo naročnik smatra za ustrezno. Ponudniki naj bi v svojih ponudbah dokazali, da ponujen storitev izpolnjuje zahteve glede delovanja oz. funkcionalnosti, ki jih je določil naročnik, kar je bolj preverljivo na sistemih, ki so še v uporabi.

Naročnik meni, da možnost, da se vsak sistem lahko teoretično lahko začasno/trajno ugasne ne predstavlja zadostnega razloga, da bi moral naročnik pogoje postaviti tako široko, da ne bi dopuščali prav nobenega rizika glede morebitne ukinitve delujočih sistemov. Naročniki morajo določiti zahteve in pogoje, ki predstavljajo okvir znotraj katerega se enakopravno obravnava ponudnike, v nasprotnem primeru bi se lahko v izvedbo naročila vključilo ponudnike, ki naročila ne bi mogli izpolniti na predpisan način, v skladu s pričakovanji naročnika.

Naročnik navaja, da zgolj dejstvo, da se z določeno zahtevo ponudnike razlikuje, še ne pomeni, da je takšna zahteva sama po sebi diskriminatorna ali da je kršeno načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki.

Naročnik v zaključku kot neutemeljeno zavrača sklicevanje vlagatelja na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-181/2021 in navaja, da se predmeta sklicevane zadeve (implementacija informacijskega sistema) niti po naravi stvari niti z vidika uporabe ter obsega in

širokega vpliva na javno dobro ne da primerjati s predmetom v obravnavani zadevi. Naročnik v sklicevani zadevi ni uspel utemeljiti in pojasniti razlogov, ki bi utemeljevali oženje konkurence in izkazali nujno delovanje referenčne rešitve, česar v konkretnem primeru ni mogoče ugotoviti.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika dodaja, da so navedbe naročnika splošne in nekonkretizirane. Naročnik sistemu sodobnost priznava zgolj na podlagi okoliščine, ali sistem trenutno deluje, četudi to pomeni, da je bil izveden pred 20 leti in oprema zastarela. Vlagatelj poudarja, da se z referenčnim poslom preverja izkušnje gospodarskega subjekta in ne tehnične specifikacije ponujenega sistema.

Vlagatelj torej zatrjuje, da je naročnik pogoj iz točke 4.2 (e) (referenčni pogoj) brez utemeljenih razlogov omejil na le delujoče sisteme sekcijskega merjenja hitrosti in da je z zahtevo glede vsaj šest mesecev delujočega sistema določil krajše upoštevno obdobje referenc, kot ga določa ZJN-3. Naročnik očitkom nasprotuje in navaja razloge za določitev sporne zahteve v referenčnem pogoju.

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

Glede tehnične in strokovne sposobnosti lahko naročnik zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil (druga poved desetega odstavka 76. člena ZJN-3), s seznamom najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov; zaradi zagotovitve ustrezne ravni konkurence lahko naročnik po potrebi navede, da bo upošteval dokazila o ustreznih dobavah blaga ali opravljenih storitvah izpred več kot treh let (točka b) osmega odstavka 77. člena ZJN-3).

Iz predhodno citiranih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in naročnikovega odgovora št. 20 izhaja, da mora ponudnik (med drugim) izkazati, da sistem sekcijskega merjenja hitrosti iz referenčnega posla *»deluje v eni od držav [...] in ga [...] najmanj 6 mesecev uporablja nadzorni organ [...] pristojen za izvajanje meritev hitrosti«*.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da naročnik s tako določenim referenčnim pogojem neutemeljeno razlikuje ponudnike in omejuje konkurenco med njimi, Državna revizijska komisija uvodoma pojasnjuje, kot pravilno navaja tudi naročnik, da vsako razlikovanje med ponudniki na podlagi določene naročnikove zahteve še ni v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja. ZJN-3 namreč ne prepoveduje, da bi naročnik določil zahteve, s katerimi gospodarske subjekte razlikuje oz. z njimi omejuje konkurenco, vendar pa mora imeti naročnik za tako razlikovanje utemeljene razloge. Le-te mora biti naročnik sposoben zatrjevati in dokazati v postopku pravnega varstva, zato ni relevantno, ali in v kolikšni meri jih je naročnik (že) uspel pojasniti in utemeljiti na Portalu javnih naročil v okviru odgovorov na vprašanja zainteresiranih ponudnikov. Namen, ki ga naročnik zasleduje pri odgovarjanju na vprašanja zainteresiranih ponudnikov namreč ni v njegovem utemeljevanju razlogov za oblikovanje posameznih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in torej tudi ne v pojasnjevanju ali izkazovanju razlogov za določitev sporne zahteve, pač pa v zagotavljanju dodatnih informacij, potrebnih za pripravo ponudbe (četrti odstavek 61. člena ZJN-3). Ali je naročnik uspel upravičiti razloge za določitev zatrjevane omejujoče zahteve glede delujočega sistema, ki izhaja iz referenčnega pogoja, je Državna revizijska komisija presojala v nadaljevanju.

Naročnik se pri utemeljevanju razlogov za določitev sporne zahteve glede delujočega sistema v referenčnem pogoju najprej sklicuje na kompleksnost sistema ter na potrebo po zadostitvi zahtevam standardov in pridobitvi »sodobnega« sistema, pri katerem je upoštevan »zelo intenziven« razvoj relevantne programske in tehnične opreme. Navaja, da je zanj ključno, da nabavi sistem, ki kršitve zazna in pravilno zabeleži, torej sistem, ki deluje zanesljivo, učinkovito in pravilno. Navaja, da je zahteva po delujočem sistemu skladna z njegovimi pričakovanji glede realizacije predmeta naročila in da je pri določanju potreb ter tehničnih specifikacij avtonomen in samostojen.

Iz navedb naročnika izhaja, da sporno zahtevo utemeljuje s svojimi pričakovanji dobiti »sodoben« sistem, torej sistem, ki ni programsko in tehnično zastarel in je skladen z veljavno zakonodajo. Državna revizijska komisija kot razumljivo sprejema naročnikovo pojasnilo, da želi nabaviti sodoben sistem, vendar pa pojasnjuje (kot izhaja tudi iz odločitve Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-181/2021, na katero se sklicujeta tako vlagatelj kot naročnik), da je primeren in predviden način za pridobitev predmeta naročila, v katerem so upoštevana naročnikova pričakovanja in namen, ki ga z izvedbo javnega naročila želi doseči, ta, da naročnik ustrezno opredeli predmet javnega naročila in njegove pričakovane tehnične lastnosti, to pomeni, da določi ustrezne tehnične specifikacije, na način, kot ga določa ZJN-3. Da bi naročnik v okviru tehničnih specifikacij jasno in nedvoumno opredelil, katere so tiste »sodobne« tehnične in programske rešitve oz. s tem povezane pričakovane zahteve sistema, naročnik ne zatrjuje. Pa tudi, če bi, naročnik ne pojasni, zakaj pri referenčnem sistemu, ki mora biti enak predmetu ponudbe, četudi pri referenčnem naročniku ni več v uporabi, teh lastnosti ne bi mogel preveriti oz. ne zatrjuje, da preverjanje teh lastnosti na sistemih, ki niso več v uporabi, ne bi bilo mogoče – še več, celo sam priznava, da je presoja izpolnjevanja določenih zahtev glede delovanja oz. funkcionalnosti predmeta javnega naročila na sistemih, ki so še v uporabi zgolj »bolj preverljiva«. Tudi samo dejstvo, da sistem deluje, naročniku ne zagotavlja, da mu bo ponujen »sodoben« sistem. Vlagatelj namreč utemeljeno izpostavlja, da zgolj na podlagi okoliščine, da nek sistem trenutno deluje, ni mogoče sklepati na njegovo »sodobnost«, saj bi lahko bil vzpostavljen pred več leti, uporabljena oprema pa bi lahko bila, sploh upošteva intenziven razvoj, ki ga izpostavlja naročnik, dejansko že »zastarela«.

Naročnik sporno zahtevo glede delujočega sistema dalje povezuje z usposobljenostjo ponudnika za vzdrževanje sistema, saj zatrjuje, da ponudniki s tem, ko izkažejo uspešno vzdrževanje delujoče opreme, ponudijo ustrezno referenco. Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik v pogoju iz točke 4.2 (e) ni določil, da bi morali v okviru priglasenega referenčnega posla ponudniki izkazati tudi vzdrževanje referenčnega sistema, zato ta naročnikova navedba, četudi bi bila ustrezno pojasnjena, ne bi mogla biti relevantna za presojo, ali ima naročnik za določitev zahteve glede delujočega sistema utemeljene razloge.

Naročnik nazadnje še navaja, da možnost, da se sistem začasno/trajno ugasne, ne pomeni, da bi moral referenčni pogoj določiti tako, da ne bi obsegal prav nobenega rizika morebitnega prenehanja uporabe sistema. Četudi navedeno drži, Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni pojasnil, zakaj je presojo usposobljenosti ponudnika v konkretnem primeru mogoče preverjati le v zvezi s sistemi, ki še delujejo oz. ni utemeljil zakaj šteje za usposobljenega zgolj tistega ponudnika, ki priglasil referenčni posel (sistem), ki še deluje, ne pa tudi tistega, ki priglasil referenčni posel (sistem), ki je npr. skladen z vsemi zahtevami naročnika, le deluje ne več iz razlogov, na strani referenčnega naročnika. Vlagatelj namreč utemeljeno izpostavlja, da referenčni naročniki, iz različnih razlogov (izključno) na svoji strani, lahko sprejmejo odločitev, da vzpostavljenega referenčnega sistema ne bodo uporabljali ali da ga ne bodo uporabljali več (administrativne ovire, odločitev za vodenje milejše politike sankcioniranja voznikov, izboljšanje

navad vznika itd.), na kar ponudniki (izvajalci), ki so vzpostavitev sistema uspešno izvedli, nimajo prav nobenega vpliva.

Kot še pravilno izpostavlja vlagatelj, ZJN-3 v točki b) osmega odstavka 77. člena kot upoštevno obdobje za izkazovanje tehnične sposobnosti gospodarskega subjekta določa (najmanj) zadnja tri leta, šteta od roka za predložitev ponudb, česar naročnik pri določitvi upoštevnega obdobja za izkazovanje pogoja iz točke 4.2 (e), ki ga je zamejil z zahtevo po vsaj šest mesecev delujočem referenčnem sistemu, ni upošteval.

V zaključku navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni uspel izkazati objektivnih razlogov za določitev zahteve v referenčnem pogoj, da je sistem »delujoč«, zaradi česar gre ugotoviti, da je sporno zahtevo v pogoj iz točke 4.2 (e) določil v nasprotju s 76. členom ZJN-3 ter temeljnimi načeli enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) in sorazmernosti (8. člen ZJN-3). S tem, ko je določil prekratko obdobje za izkazovanje tehnične sposobnosti je ravnal tudi v nasprotju s 77. členom ZJN-3.

b. zahteva, da lahko pogoj iz točke 4.2 (e) izkaže ponudnik oz. partner, ne pa tudi podizvajalec

Vlagatelj v zahtevku za revizijo ob navajanju besedila pogoja iz točke 4.2 (e) in naročnikovega odgovora št. 22 zatrjuje, da naročnik nima utemeljenih razlogov, da izkazovanje referenčnega posla omejuje izključno na ponudnika in partnerja v skupnem nastopu, in da ne dovoli, da bi ga izkazal podizvajalec. Zatrjuje, da naročnik dopušča, da 99,99% javnega naročila izvede podizvajalec, čeprav za to nima nobene reference, na drugi strani pa od ponudnika zahteva izpolnjevanje strogega referenčnega pogoja, četudi bi izvedel zgolj 0,01 % posla. S tako zahtevo naročnik po zatrevanju vlagatelja krši prvi odstavek 81. člena ZJN-3, ki med drugim določa, da lahko gospodarski subjekt glede pogojev v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Opozarja, da naročnik, upošteva četrti odstavek 81. člena ZJN-3 ni določil nobenih omejitev, iz katerih bi izhajalo, da določenega dela predmeta javnega naročila v izvajanje ne sme prevzeti podizvajalec in da ga mora izvesti vlagatelj sam.

Vlagatelj zatrjuje, da ni nobenega utemeljenega razloga, da se mu ne bi priznala sposobnost, če bi v izvajanje naročila vključil podizvajalca, ki bi prevzel veliko večino naročila in izkazal tudi izpolnjevanje referenčnega pogoja. Meni, da je zahteva, da mora z referencami razpolagati ponudnik, ki del dejansko potem ne rabi izvajati, v nasprotju z drugim odstavkom 76. člena ZJN-3, saj taka zahteva ni potrebna za zagotovitev, da ima ponudnik ustrezne tehnične sposobnosti za izvedbo javnega naročila.

Naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo navaja, da je pogoj, določen v točki 4.2 (e) ključen pogoj predmetnega naročila, saj mora ponudnik v ponudbi navesti, kateri sistem ponuja in točno za tak sistem predložiti tudi referenco. Dobava sistema predstavlja 60% vrednosti celotnega naročila, zato je logično, da ključno referenco za dela predloži ponudnik, ki bo ta sistem po podpisu pogodbe tudi dobavil in vzpostavil ter zagotavljal strokovno usposobljen kader, tako za vzpostavitev, kot za vzdrževanje. Neprimerno bi v konkretnem primeru bilo, da referenco izkaže podizvajalec, s katerim naročnik ni v neposrednem odnosu in do njega nima nobenih pravic, razen obveznosti neposrednega plačila. Naročnik želi, da delo opravi ponudnik, ki je zanj dejansko usposobljen. Zahteva tako de facto onemogoča, da ponudnik izvede 99,99% naročila s podizvajalcem.

Naročnik pojasnjuje, da čeprav gospodarski subjekt glede pogojev v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo lahko uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njimi, to ne pomeni, da je absolutna pravica ponudnika, da uveljavlja določilo po lastni volji in presoji. S tem, ko je naročnik določil, da mora referenco predložiti ponudnik, je krog ponudnikov omejil na ustrezno usposobljene. V kolikor ima vlagatelj interes oddati ponudbo za javno naročilo z zahtevo po referenci ponudnika, lahko v ponudbo vključi partnerja in ne podizvajalca. Ponudniki lahko zmogljivosti drugih subjektov poljubno uporabljajo, a upoštevajo zahteve iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in ZJN-3. Za naročnika je bistveno, da je gospodarski subjekt, ki je imetnik ključne reference, eden izmed partnerjev v skupini ponudnika, ki za izvedbo naročila solidarno odgovarja. Naročnik je v pogodbi natančno opredelil obveznosti izvajalca, za kršitve pa predvidel pogodbeno kazni in unovčenje finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti. Pogodba bo sklenjena za obdobje 20 mesečne vzpostavitve in 96 mesečnega vzdrževanja, take obveznosti pa ne more prevzeti ponudnik, če nima ključne reference.

Naročnik zaključuje, da ravno s sporno zahtevo ohranja sorazmernost v skladu z zahtevnostjo naročila in ne dopušča, da bi zaradi nižjih standardov trpel škodljive posledice, ki bi bile rezultat izvedbe naročila v 99,99% s podizvajalcem. Naročnik ni v pogodbenem razmerju s podizvajalcem, odgovornost za izvedbo nosi izvajalec, nanje pa so naslovljeni tudi vsi zahtevki iz naslova obveznosti po pogodbi. Naročnik se še sprašuje, kakšen smisel bi imelo imeti izvajalca, ki sam ni usposobljen za izvedbo tako obsežnega naročila v več kot 1%, če se naročnik nanj ne more obrniti nanj kot na sopogodbenika, odgovornega za izvedbo.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika dodaja, da se naročnik zgolj splošno sklicuje na visoko pomembnost projekta, brez konkretne utemeljitve, zakaj bo referenca ponudnika omogočala verjetnost kvalitetne izvedbe. Navedba je še toliko bolj nesmiselna, ker naročnik ni podal nikakršne zahteve, da mora subjekt, ki izkazuje referenco, projekt tudi izvajati. Vlagatelj izpostavlja odločitvi Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-095/(brez letnice) in 018-126/2014, v katerih je Državna revizijska komisija odločila, da naročnik, ki skupinam gospodarskih subjektov brez utemeljenega razloga onemogoča sodelovanje oz. sodelovanje omejuje le na partnerske ponudbe krši (takratni) četrti odstavek 45. člena ZJN-2 (sedanji 81. člen ZJN-3) in tretji odstavek 4. člena ZJN-2. Navedeno podpira zatrjevanje, da vlagatelj v ponudbo ni dolžan vključiti subjekta kot partnerja, ampak ga lahko vključi kot podizvajalca, če bo slednji prevzel veliko večino del in tudi izkazal referenco.

Vlagatelj torej zatrjuje, da naročnik z zahtevo, da referenčni posel izkaže ponudnik oz. partner v skupnem nastopu, neupravičeno omejuje ponudnike pri uporabi zmogljivosti drugih subjektov. Naročnik očitkom nasprotuje in utemeljuje svojo zahtevo.

Eden izmed temeljnih ciljev pravne ureditve javnega naročanja je odpiranje javnih naročil konkurenci in spodbujanje sodelovanja malih in srednjih podjetij v postopkih javnega naročanja. ZJN-3 ta cilj zasleduje z različnimi ukrepi, npr. pravili, ki se nanašajo na razdelitev predmeta naročila na sklope, ali pravili, ki omogočajo združevanje gospodarskih subjektov pri oddaji ponudb. ZJN-3 tako določa, da lahko skupine gospodarskih subjektov oddajo skupno ponudbo (prim. tretji odstavek 10. člena ZJN-3) in da lahko ponudniki (tako v primeru samostojne ponudbe kot skupne ponudbe) v okviru izvedbe javnega naročila v ponudbo vključijo podizvajalce (prim. 94. člen ZJN-3). Naročnik je sicer upravičen, da v primeru, ko v ponudbi sodeluje več gospodarskih subjektov (bodisi kot skupni ponudniki bodisi kot podizvajalci), zahteva, da ponudniki v ponudbi predstavijo, kateri del javnega naročila bo izvedel posamezni v ponudbi sodelujoči gospodarski subjekt, vendar pa je razdelitev javnega naročila v izvedbeni fazi odločitev sodelujočih gospodarskih subjektov, v katero lahko naročnik posega le v mejah ZJN-3.

Iz prvega odstavka 81. člena ZJN-3 izhaja, da lahko gospodarski subjekt v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem ter tehnično in strokovno sposobnostjo po potrebi za posamezno javno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo izvajalca storitev ali gradenj in vodstvenih delavcev podjetja ter pogojev v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami lahko gospodarski subjekt uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi gospodarski subjekt uporabiti zmogljivosti drugih subjektov, mora naročniku dokazati, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil teh subjektov v ta namen.

Iz četrtega odstavka 81. člena ZJN-3 dalje izhaja, da lahko naročnik v zvezi z javnim naročilom gradnje, storitve in blaga, ki vključuje namestitvena ali inštalacijska dela, zahteva, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam, če pa ponudbo predloži skupina gospodarskih subjektov, pa sodelujoči v tej skupini.

V točki 1 obrazložitve tega sklepa je Državna revizijska komisija že citirala vsebino pogoja iz točke 4.2 (e) (referenčnega pogoja), za katerega je naročnik določil, da ga mora izpolniti ponudnik ter povzela naročnikov odgovor št. 22 iz *Dodatka 1 k razpisni dokumentaciji*, v katerem je naročnik pojasnil, da lahko referenčni pogoj izpolni ponudnik oz. partner v skupnem nastopu in da ga ni mogoče izkazovati s podizvajalcem.

Prav tako je Državna revizijska komisija v točki 1.a obrazložitve tega sklepa že pojasnila, da lahko naročnik skladno s 76. členom ZJN-3 gospodarskim subjektom določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo tudi na tehnično in strokovno sposobnost ter da lahko glede tehnične in strokovne sposobnosti zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil, ki jih izkažejo na enega od načinov, določenih v osmem odstavku 77. člena ZJN-3.

Naročnik v zvezi z obravnavano zahtevo glede izkazovanja referenčnega pogoja zatrjuje, da je zanj bistveno, da je imetnik zahtevane reference in posledično tudi prevzemnik ključnih del (dobave sistema) ponudnik ali eden izmed partnerjev v skupini ponudnika.

Želja naročnika, da ustrezno referenco za izvedbo del izkaže tisti, ki bo ključna dela prevzel v izvedbo, je razumljiva in skladna z že večkrat zapisanim (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-179/2016, št. 018-250/2017, 018-050/2018, 018-160/2021), da lahko naročnik, na podlagi dejstva, da je subjekt (vsaj) enkrat že uspešno izvedel primerljivo naročilo, sklepa, da ima ta subjekt ustrezno znanje, opremo in izkušnje, potrebne za uspešno izvedbo javnega naročila. Referenca je namreč po svoji naravi dokazilo, da je subjekt sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj je v preteklosti primerljiva dela že uspešno opravil.

Iz predstavljenega četrtega odstavka 81. člena ZJN-3 izhaja, da je naročnik (pri določenih javnih naročilih) upravičen zahtevati, da nekatere ključne naloge oz. dela, izvede ponudnik sam oz. skupni ponudniki. Navedeno predstavlja izjemo od splošne pravice ponudnikov, da se sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov, ki izhaja iz prvega odstavka 81. člena ZJN-3, zaradi katere je naročnik (pri določenih javnih naročilih) oddajo ključnih del v podizvajanje upravičen omejiti oz. celo prepovedati. V primerih specifičnih (zahtevnejših) javnih naročil lahko namreč obstajajo okoliščine, zaradi katerih naročnik zahteva, da določne naloge opravi neposredno ponudnik sam oz. skupina gospodarskih subjektov, ki je oddala skupno ponudbo. Omejitev uporabe zmogljivosti drugih subjektov mora biti določena glede na ključne naloge oz. vsebinsko (ne količinsko) ter ne sme biti avtomatična in splošna. V vsakem konkretnem primeru mora biti omejitev objektivno

utemeljena, upravičena, sorazmerna s predmetom javnega naročanja in neupravičeno ne sme omejevati proste gospodarske pobude in odločitve ponudnikov, s kom bodo izvedli javno naročilo.

Po vpogledu v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik predvidel možnost, da ponudnik del javnega naročila odda v podizvajanje (podtočka 5.1 točke 5. *Ponudba s podizvajalci in skupna ponudba* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe*) kot tudi, da ponudbo predloži skupina dveh ali več ponudnikov (podtočka 5.2 točke 5. *Ponudba s podizvajalci in skupna ponudba* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe*). S tem v zvezi Državna revizijska komisija dalje ugotavlja, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni nikjer jasno in nedvoumno določil, da lahko ključne naloge opravi le neposredno ponudnik sam oz. skupina gospodarskih subjektov, ki je oddala skupno ponudbo, prav tako v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni navedel, katere naloge so ključne in zakaj so ključne. To pomeni, da naročnik uporabe zmogljivosti drugih subjektov na način, kot ga določa četrti odstavek 81. člena ZJN-3 ni omejil, take omejitve uporabe zmogljivosti drugih subjektov pa naročnik (v nasprotju s tem, kar izhaja iz njegovih navedb) tudi ne more določiti posredno, preko določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki ureja dokazovanje izpolnjevanja referenčnega pogoja. Ker naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila torej ni določil, da mora ključne naloge v izvedbo prevzeti ponudnik oz. partnerji v skupni ponudbi, Državna revizijska komisija ugotavlja, da posledično ne more zahtevati, da referenčni pogoj izkaže ponudnik oz. partner v skupni ponudbi, oz. drugače, ne more prepovedati, da bi ponudnik referenčni pogoj izkazal s podizvajalcem.

Navedenega ne spremeni naročnikovo pričakovanje, da bo ključna dela izvedel ponudnik, zaradi česar se mu zdi »logično«, da le-ta zanje predloži tudi referenco, saj kot že pojasnjeno, v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila za tako stališče nima ustrezne podlage, uspešen pa ne more biti niti s pavšalnim sklicevanjem na okoliščino, da med njim in podizvajalcem ni neposrednega odnosa ter na vprašanje odgovornosti za izvedbo posla. S tem v zvezi Državna revizijska komisija le še pripominja, da izbrani ponudnik, ki nastopa s podizvajalci, v razmerju do naročnika prevzame odgovornost za izvedbo celotnega javnega naročila, kar pomeni, da je v primeru vključitve podizvajalca oz. podizvajalcev v ponudbo izbrani ponudnik tisti, ki v razmerju do naročnika prevzame odgovornost tudi za izvedbo tistih del, ki jih bo prevzel podizvajalec.

Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik s tem, ko ni dopustil, da ponudniki referenčni pogoj izkažejo s podizvajalcem, ponudnike neutemeljeno omejeval pri uporabi zmogljivosti drugih subjektov, s tem pa ravnal v nasprotju z 81. členom ZJN-3.

c. omejevanje predmeta naročila na države članice EU in Švico v pogoju iz točke 4.2 (e)

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik po popravku zahteve iz točke 4.2 (e), kot izhaja iz dokumenta *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* sicer dopušča, da ponudniki izkažejo, da ponujeni sistem sekcijskega merjenja hitrosti deluje v eni od držav članic EU ali Švici oziroma državah EGS – Norveški, Islandiji in Lihtenštajnu, vendar pa hkrati še vedno zahteva, da mora omenjeni sistem pri izvajanju nadzora prometa in ugotavljanju kršitev za namen sankcioniranja uporabljati nadzorni organ, ki je v državi članici ali Švici (ne pa tudi v celotni EGS), zaradi česar je sporna zahteva še naprej omejujoča. Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik s tako oblikovanim popravkom območje priznavanja reference razširil zgolj navidezno in da ni pojasnil, zakaj referenc iz držav EGS ne bo upošteval. Vlagatelj dopušča možnost, da je do take navedbe prišlo pomotoma in da je navedba pomanjkljiva.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo odgovarja, da je vsekakor imel namen dopustiti reference in širiti ozemlje na celotni EGS glede obeh pogojev iz zahteve iz točke 4.2 (e) in da je to tudi storil, saj se besedna zveza »države članice« nanaša tako na države članice EU kot tudi na države članice EGS. Ker je obrazložil, kakšen je dejanski obseg zahteve, vlagatelj očitke zavrača kot neutemeljen.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika navaja, da je naročnik uvidel svojo napako pri oblikovanju zahteve iz točke 4.2 (e) in trditve vlagatelja dejansko pripoznava. Kljub temu dodaja, da je naročnik s popravkom v dokumentu *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* spremenil le prvi del zahteve, s pojasnjevanjem pojma »države članice« pa širi prvotno določeno besedilo tudi na države EGS. Če bi naročnik želel ravnati transparentno, bi moral prvi in drugi del sporne zahteve poenotiti.

Vlagatelj torej zatrjuje, da naročnik s tem, ko ne dopušča, da referenčni sistem pri ugotavljanju kršitev za namen sankcioniranja uporablja nadzorni organ iz držav EGS, neupravičeno omejuje ponudnike. Naročnik očitku nasprotuje.

V točki 1 obrazložitve tega sklepa je Državna revizijska komisija že citirala vsebino pogoja iz točke 4.2 (e) (referenčnega pogoja), kot je bila spremenjena s popravkom v dokumentu *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* ter povzela naročnikov odgovor št. 2, v katerem je naročnik pojasnil vsebino pojma »država članica«.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da je naročnik s popravkom v dokumentu *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* spremenil prvi del zahteve iz točke 4.2 (e) na način, da je dopustil, da ponudniki izkažejo, da ponujeni sistem sekcijskega merjenja hitrosti deluje ne zgolj v eni od držav članic EU ali Švici, pač pa tudi v državah EGS – Norveški, Islandiji in Lihtenštajnu, hkrati pa v nespremenjeni obliki ohranil besedilo drugega dela zahteve, da mora ponujeni sistem pri izvajanju nadzora prometa in ugotavljanju kršitev za namen sankcioniranja uporabljati pristojni nadzorni organ v »državi članici ali v Švici«.

Čeprav Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da zgolj iz popravka iz dokumenta *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* (jasno) res ne izhaja, da naročnik dopušča, da ponujeni sistem uporabljajo tudi pristojni nadzorni organi iz držav EGS, pa to nesporno izhaja iz naročnikovega odgovora št. 2, v katerem je pojasnil, da so pod pojmom »država članica« »mišljene vse države članice EU in EGS«. Navedeno pojasnilo je, kot vse ostale informacije iz dokumenta *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* in dokumenta *Dodatek 2 k razpisni dokumentaciji*, skladno s tretjo povedjo prvega odstavka 67. člena ZJN-3, postalo del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Z razlago spornega pojma, podano (tudi) v odločitvi o zahtevku za revizijo, pa naročnik zato ni nedopustno širil vsebine zahteve šele v postopku pravnega varstva, kot mu očita vlagatelj.

Ker gre na podlagi navedenega ugotoviti, da zahteva v vsebini, ki jo izpodbija vlagatelj, ne obstaja več oz. da gre pogoj iz točke 4.2 (e), ob upoštevanju naročnikovega odgovora št. 2, razlagati na način, za katerega se zavzema vlagatelj, Državna revizijska komisija njegove, s to zahtevo povezane očitke, zavrača kot brezpredmetne.

2. Glede spremembe pogodbe o izvedbi javnega naročila med njeno veljavnostjo in glede opredeljenosti obsega predmeta javnega naročila

Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja, da je naročnik predmetno javno naročilo razdelil na tri sklope, ki se razlikujejo glede na lokacijo izvajanja storitve ter da bo z izbranim ponudnikom pogodbo sklenil le za sklop 1, za preostala dva pa aneks, ker si je pridržal opcijo v skladu s 95. členom ZJN-3.

Zatrjuje, da ne more oddati konkurenčne ponudbe, ker je predmet javnega naročila pomanjkljivo definiran. Najprej zato, ker naročnik ni predstavil objektivnih pogojev, pod katerimi bo uporabil opcijo glede sklopa 2 in 3 in ker spremembe pogodbe ni predvidel v jasnih, natančnih in nedvoumnih določbah o reviziji. Dalje pa tudi zato, ker naročnik ne navaja vseh pogojev izvedbe javnega naročila v sklopu 2 in 3, zaradi česar ni mogoče določiti elementov, potrebnih za določitev cene. Vlagatelj pojasnjuje, da iz točke 7 projektne naloge, ki je del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja le rok za izvedbo sklopov 2 in 3, ostale modalitete posla pa so špekulativne narave in odvisne od informacij, ki jih ponudnik na formalen ali neformalen način pridobi od naročnika. Ker si naročnik pridržuje pravico naročiti storitve iz sklopa 2 in 3 kadarkoli v obdobju 96 mesečnega vzdrževanja iz sklopa 1, lahko to stori na koncu tega obdobja ali pa celo nikoli. Problematična je tudi opredelitev stroška vzdrževanja in fiksne cene za rezervne dele, saj sta odvisna od trajanja samega vzdrževanja in od količine potrebnega materiala. Vlagatelj je primoran za sklop 2 in 3 oddati povsem špekulativno ceno, ki ne bo odražala dejanske cene. Ker je od predvidevanj ponudnikov odvisno, koliko mesecev vzdrževanja bodo upoštevali pri določanju ponudbene cene, le-te ne bodo primerljive. Naročnik bo pridobil garancijo za dobro izvedbo za vseh 10% ponudbene vrednosti, tudi, če bo ponudbo sklenil le ta 1/3 pogodbene vrednosti, torej je prava pogodbena vrednost v trenutku sklenitve pogodbe in predložitve garancije, nižja. Naročnikov pridržek opcije ustvarja med ponudniki izrazito negotovost glede odločanja o verjetnosti vključitve sklopa 2 in 3, pričakovanja glede termina vključitve in glede ostalih elementov, ki vplivajo na ponudbeno ceno.

Vlagatelj še meni, da bi bilo z vidika zagotavljanja temeljnih načel javnega naročanja, zaradi izjemno dolgega obdobja možnosti vključitve opcije, bistveno bolj primerno za vsako lokacijo iz sklopa 2 in 3 izvesti novo naročilo. Vlagatelj navaja primerjavo z obnovo bolnišnic v različnih krajih, ko naročnik ne bi opredelil pogojev, pod katerimi bo naročal kasneje obnove.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo navaja, da je predmet javnega naročila določen in določljiv. Opcija ostaja zgolj glede same realizacije celotnega naročila, kar ne pomeni, da se bo prvotno določeni predmet javnega naročila razširil. Ponudniki morajo ponudbo oddati za vse sklope, zgolj realizacija sklopov 2 in 3 pa je odvisna od okoliščin, ki jih naročnik v trenutku objave javnega naročila ne more predvideti. Špekuliranje glede ponudbe cene je nesmiselno, saj morajo ponudniki podati ceno, kakršno bi podali v tem trenutku za celotno javno naročilo. Pri določitvi cene morajo ponudniki računati s celotno količino, ki jo predvideva javno naročilo, ne glede na negotovost sklenitve opcij. Na tak način je pripravljen tudi ponudbeni predračun.

Glede višine zahtevane garancije za dobro izvedbo naročnik opozarja, da se garancija ne zahteva za vse sklope, kot zatrjuje vlagatelj, pač pa le za sklop 1.

Na očitek o možnem novem, ločenem javnem naročilu za sklop 2 in 3 naročnik odgovarja, da ni dolžan prilagajati svojih tehničnih zahtev tehničnim rešitvam vlagatelja in da jih lahko avtonomno oblikuje glede na svoje dejanske potrebe in način organizacije znotraj družbe. Če bi za navedena sklopa izvedel ločeno naročilo, bi lahko bila izbrana druga sistema sekcijskega merjenja, kar bi za naročnika, ki bi moral upravljati tri različne sisteme, pomenilo več izvajalcev, različne programske rešitve, višje stroške vzdrževanja in upravljanja, usposabljanja osebja in oteženo povezljivost sistemov.

Naročnik ima namen vzpostaviti sistem na vseh treh sklopih, zato je tako naročilo tudi razpisal. Na podlagi okoliščin, ki se bodo izkazale ob uporabi sistema za sklop 1 bo presojal, ali bo izvedel tudi prestala dva. V kolikor se bo sistem, implementiran v okviru sklopa 1, izkazal za upravičenega v smislu pozitivnega vpliva na voznike, predstavlja opcija vključitve preostalih dveh sklopov varnostni mehanizem, da naročnik ni zavezan naročiti nekaj, kar po sami funkcionalnosti ne bi

dosegalo svojega namena ali pa morda niti ne bi bilo potrebno, ker bi že izvedba sklopa 1 dosegla želeni učinek, tj. izboljšanje prometne varnosti kot posledica previdnejše vožnje, manj gneč na odsekih, ipd.

Naročnik vlagateljevo primerjavo z naročanjem obnove bolnišnic zavrača kot skrajno nesmiselno.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika dodaja, da bi naročnik lahko zunanje dejavnike, na katere se sklicuje, objektiviziral in predstavil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, pa tega ni storil, zato bo odločanje o izvedbi sklopov 2 in 3 v nasprotju s 1. točko prvega odstavka 95. člena ZJN-3. V zvezi s špekulacijami opozarja, da lahko že malo nižja cena konkurenčnega podjetja v sklopu 2 in 3 odloči o zmagovalcu, potem pa slednja nista nikoli realizirana zaradi subjektivne odločitve naročnika. Zatrjuje, da je objektivnost izjemnega pomena, ker naročnik javno naročilo oddaja na podlagi merila, ki zajema ponudbeno ceno za vse tri sklope, četudi dva sploh nista predmet pogodbe. Dodaja še, da naročnikovo zatrjevanje, da se višina garancije za dobro izvedbo odmerja le od vrednosti za sklop 1, v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila nima podlage.

Državna revizijska komisija uvodoma pojasnjuje, da vlagatelj v zahtevku za revizijo v zvezi z navedbami glede garancije za dobro izvedbo del izrecno poudarja, da višine garancije, kot jo je določil naročnik, ne izpodbija, zato Državna revizijska komisija s tem povezanih navedb vlagatelja (in naročnika) meritorno ni obravnavala.

Vlagatelj pa zatrjuje, da je naročnikov pridržek glede sklenitve aneksa za sklopa 2 in 3 v nasprotju s 95. členom ZJN-3 in da predmet javnega naročila v sklopu 2 in 3 ni dovolj opredeljen, da bi lahko oblikoval ponudbeno ceno. Naročnik očitka zavrača.

V zvezi z očitkom vlagatelja glede pridržanih opcij po 95. členom ZJN-3 Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je naročnik je v točki 1.2 *Roki izvajanja in dokončanja del* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe* določil, da je predmetno javno naročilo razdeljeno na tri sklope, in sicer:

»Sklop 1 na naslednjih lokacijah:

- A. AC A1 smer Ljubljana, območje trojanskih predorov, omejitev hitrosti na 100 km/h
- B. AC A1 smer Maribor, območje trojanskih predorov, omejitev hitrosti na 100 km/h
- C. AC A2, smer Novo mesto na območju višnjegorskega klanca, omejitev hitrosti na 100 km/h:
- J.- Mobilni sistem sekcijskega merjenja hitrosti (začasne prometne ureditve):

Sklop 2 na naslednjih lokacijah:

- D. AC A1, smer Maribor, na območju Celja, omejitev hitrosti 130 km/h:
- F. AC A5, smer Murska Sobota, med priključkoma Sveti Jurij ob Ščavnici in Vučja vas, omejitev hitrosti 110 km/h,
- I. AC A1, smer Koper, med priključkoma Unec in Razdrto, omejitev 130 km/h:

Sklop 3 na naslednjih lokacijah:

- E. AC A1, smer Maribor, med priključkom Slovenske Konjice in priključkom Slovenska Bistrica, omejitev 130 km/h:
- G. AC A2, smer Kranj, med priključkoma Lj-Brod in Vodice, omejitev hitrosti 130 km/h,
- H. AC A1, smer Ljubljana, med priključkoma Vrhnika in Logatec, omejitev 130 km/h«.

Dalje je določil, da si pridržuje pravico, da »na podlagi prvega odstavka 95. člena ZJN-3 spremeni veljavnost pogodbe, ker je sprememba predvidena že v prvotni dokumentaciji postopka o oddaji javnega naročila« ter da bo »z izbranim izvajalcem sklenil pogodbo za Sklop 1, za Sklop 2 in

Sklop 3, pa bo naročnik sklenil aneks, ker je sprememba že predvidena na podlagi prvega odstavka 95. člena ZJN-3«.

V dokumentu *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* je naročnik na poziv zainteresiranega ponudnika, naj naročnik definira pogoje, pod katerimi bo izvedeno naročilo storitev iz sklopa 2 in 3 odgovoril, da je »za sklenitev aneksa za sklop 2 oziroma 3 pustil opcijo v skladu s 95. členom ZJN-3« (v nadaljevanju: odgovor št. 19).

ZJN-3 v 1. točki prvega odstavka 95. člena določa, da se v skladu s tem zakonom lahko pogodba o izvedbi javnega naročila in okvirni sporazum spremenita brez novega postopka javnega naročanja (med drugim) v primeru, če je sprememba, ne glede na njeno denarno vrednost, predvidena v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v jasnih, natančnih in nedvoumnih določbah o reviziji, ki lahko vključujejo določbe o reviziji cen, ali opcijah. V takih določbah morajo biti navedeni obseg in vrsta možnih sprememb ali opcij ter pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo, ne smejo pa biti predvidene spremembe ali opcije, ki bi spremenile splošno naravo pogodbe o izvedbi javnega naročila ali okvirnega sporazuma.

Omenjena določba, kršitev katere vlagatelj očita naročniku, ureja dopustne spremembe pogodbe o izvedbi javnega naročila med njeno veljavnostjo brez izvedbe novega postopka oddaje javnega naročila. ZPVPJN nudi pravno varstvo tistemu ponudniku, ki zaradi zatrjevanih kršitev ne more sodelovati v konkretnem postopku oddaje javnega naročila oz. mu je sodelovanje oteženo, kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj pa so povezane z bodočimi hipotetičnimi naročnikovimi ravnanji, torej gre za hipotetične kršitve naročnika, do katerih bi v prihodnosti lahko prišlo. Ker do kršitve 95. člena ZJN-3 lahko po naravi stvari pride šele po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila oz. okvirnega sporazuma, torej med njeno veljavnostjo, Državna revizijska komisija ugotavlja, da v obravnavanem primeru, ko naročnik šele izbira ponudnika, ki mu bo oddal javno naročilo in z njim pogodbe še ni sklenil, tudi do kršitve 95. člena ZJN-3 še ni moglo priti. Pri tem Državna revizijska komisija vseeno pripominja, da v primeru, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila morebitnih sprememb pogodbe o izvedbi javnega naročila res ni predvidel v jasnih, natančnih in nedvoumnih določbah, kot to zatrjuje vlagatelj, potem naročnik, po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila, za njeno spremembo v prvem odstavku 95. člena ZJN-3 ne bo imel podlage.

V zvezi z očitki vlagatelja, da predmet javnega naročila v sklopu 2 in 3 ni dovolj opredeljen, da bi lahko oblikoval ponudbeno ceno in da zato prejete ponudbe ne bodo primerljive, Državna revizijska komisija najprej izpostavlja, da je potreba naročnika po določeni storitvi, blagu ali gradnji ena od osnovnih predpostavk, ki mora biti izpolnjena, da naročnik prične s postopkom oddaje javnega naročila, hkrati pa je vodilo naročnika pri pripravi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila mora naročnik predmet javnega naročila opisati jasno, nedvoumno in tako, da imajo vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki zadostne informacije za pripravo dopustne ponudbe. Na podlagi opisa predmeta javnega naročila, katerega način in obseg je odvisen predvsem od lastnosti predmeta in njegove kompleksnosti, se potencialni ponudniki seznanijo s potrebami naročnika in ocenijo, ali zahtevan predmet javnega naročila lahko ponudijo. Čeprav je pri opisu predmeta javnega naročila in njegovih pričakovanih tehničnih lastnostih naročnik načeloma samostojen, mora izhajati iz temeljnih načel javnega naročanja, zlasti načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načela zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3). Državna revizijska komisija še dodaja, da ZJN-3 naročniku ne nalaga, da pripravi vseobsegajočo dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in da vsak ponudnik s sprejemom odločitve sodelovati v postopku oddaje javnega naročila nase prevzema določena tveganja.

Kot izhaja iz podtočke 1.1. *Opis del* točke 1. *Obseg ponudbenih del* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe*, je naročnik predmet javnega naročila v vseh treh razpisanih sklopih podrobno opisal v poglavju 3 *Posebni pogoji pogodbe*, poglavju 4 *Tehnični pogoji za izvedbo del*, poglavju 6 *Predračun* in poglavju 9 *Projektna naloga* dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Vlagatelj zatrjuje, da so (razen roka za izvedbo), ostale modalitete posla v sklopu 2 in 3 špekulativne narave, konkretizirano pa izpostavlja le problematiko opredelitve obdobja vzdrževanja za sklop 2 in 3, saj ni jasno, kdaj in če bosta realizirana.

Državna revizijska komisija po vpogledu v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ugotavlja, da je naročnik v točki 7 *Izvedba del po sklopih* v dokumentu *Projektna naloga* opredelil obdobje za vzpostavitev delujočega sistema za vsakega od treh sklopov (20 mesecev po podpisu pogodbe za sklop 1 oz. 12 mesecev po podpisu aneksa za sklop 2 oz. sklop 3). V podtočki 9.1 *Vzdrževanje sistema* točke 9. *Tehnične specifikacije za vzdrževanje SMH* v dokumentu *Projektna naloga* je določil, da bo izvajalec vzdrževanje izvajal 96 mesecev po prevzemu sistema sekcijskega merjenja za sklop 1, ne glede na to, kdaj se prične z vzdrževanjem sklopa 2 in 3, pa se vzdrževanje v vseh treh sklopih zaključi s potekom roka za vzdrževanje sklopa 1. V poglavju 6 *Predračun* je predvidel obseg rednega vzdrževanja za posamezen sklop v mesečnih pavšalih, in sicer za v sklopu 1 96 enot, v sklopu 2 84 enot in v sklopu 3 72 enot.

Kot je Državna revizijska komisija že zapisala (npr. v odločitvi v zadevi št. 018-469/2006, 018-198/2018), je naloga naročnika zagotoviti, da imajo vsi ponudniki enak izhodiščni položaj, ki je podlaga za ocenjevanje in odločitve o prevzemu tveganj ter da so vsem ponudnikom na voljo tiste informacije in toliko informacij, kot je potrebno, da na njihovi podlagi (enako informirani) ponudniki lahko oblikujejo ponudbeno ceno. Avtonomna pravica vsakega ponudnika je, da ponudbeno ceno nato oblikuje v skladu s svojimi poslovnimi odločitvami na način, da doseže tržno konkurenčno ponudbeno ceno, ki zagotavlja kakovostno izvedbo predmeta javnega naročila. Ponudnik, kot samostojen subjekt na trgu, ima možnost, da v ponudbeno ceno vključi vsa tveganja, tudi tista, ki presegajo njegova (običajna) predvidevanja in s tako ceno konkurira z drugimi ponudniki na javnem naročilu.

Iz predhodno povzete vsebine dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da je naročnik, četudi si je pridržal opcijo, da dela iz sklopa 2 in 3 naroči kasneje, predvidel tako obdobje za vzpostavitev sistema iz vsakega od sklopov kot tudi konkretno (maksimalno) obdobje vzdrževanja sistema v posameznem sklopu v obliki mesečnega pavšala (tj. za sklop 2 84 enot in za sklop 3 72 enot), zato gre od vlagatelja, ki je strokovnjak na področju ponujenega predmeta javnega naročila, pričakovati, da bo upošteval razpoložljive podatke (opisane zahteve in tehnične specifikacije v zvezi z vzpostavitvijo delovanja in vzdrževanjem opreme ter sistemov sekcijskega merjenja hitrosti iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jih ne problematizira, predvideno obdobje za vzpostavitev sistemov, obseg trajanja njihovega vzdrževanja) in upoštevajoč lastne procese izvajanja del ter znanje in izkušnje zmožen oceniti potreben obseg del oz. tveganja, povezana z vzdrževanjem sistema in zagotavljanjem rezervnih delov v zadevnem obdobju, jih ustrezno finančno ovrednotiti in oblikovati ponudbeno ceno. V kolikor bo vlagatelj ugotovil, da vseh tveganj v ponudbeni ceni ne more zajeti ali da bi z oblikovanjem določene ponudbene cene nase prevzel preveliko breme, je na njem odločitev, ali bo na javnem naročilu s predložitvijo ponudbe sploh sodeloval.

Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku ni mogoče očitati, da je pomanjkljivo opredelil predmet javnega naročila v zvezi s sklopom 2 in 3, posledično pa tudi ne, da je s tem povezano kršil načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3).

3. Glede pogoja za sodelovanje, ki se nanaša na ekonomski in finančni položaj, določenega v podtočki (c) točke 4.2 Pogoji za sodelovanje poglavja A v dokumentu Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe

Vlagatelj v zahtevku za revizijo ob navajanju besedila pogoja iz točke 4.2 (c) zatrjuje, da je zahteva naročnika po prihodkih vsakega partnerja v skupni ponudbi v višini 500.000,00 EUR letno nezakonita in v nasprotju s 76. členom ZJN-3. Zahteva vlagatelja omejuje pri opredelitvi vloge svojih poslovnih partnerjev, ki bi prevzeli manjši delež naročila, poleg tega pa zmanjšuje možnosti naročnika pri uveljavljanju zahtevkov iz naslova solidarne odgovornosti dodatnih partnerjev v ponudbi. Ob sklicevanju na Direktivo 2014/24/EU zatrjuje, da sporna zahteva bistveno omejuje dostop do malih in srednjih podjetij v postopkih oddaje javnih naročil. Če skupina gospodarskih subjektov skladno s tretjim odstavkom 81. člena ZJN-3 lahko uporabi zmogljivosti sodelujočih v skupini, ni dopustno, da naročnik s sporno zahtevo to možnost omejuje. Naročnik namreč ne dopušča, da bi se partner, s prihodki pod 500.000,00 EUR skliceval na finančno sposobnost vlagatelja, kar je v nasprotju z 81. členom ZJN-3 in načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki (6. člen ZJN-3).

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo navaja, da tretji odstavek 81. člena ZJN-3 daje naročniku možnost, da zahteva, da so gospodarski subjekti in sodelujoči skupaj odgovorni za izvedbo javnega naročila, ne zapoveduje pa, na kakšen način bo naročnik, upošteva temeljna načela javnega naročanja, oblikoval svoje zahteve in v kakšnem obsegu. Dalje navaja, da je glede na določbo 81. člena ZJN-3 v domeni vlagatelja, ali bo nek subjekt vključil kot partnerja ali kot podizvajalca, v odvisnosti od tega, katere pogoje za izpolnjuje. Naročniku je pomembno, da pridobi izvajalca, ki je finančno stabilen in sposoben izvesti naročila v skladu z zahtevami iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Sporna zahteva je povsem legitimna in smotrna, saj naročniku zagotavlja, da bo izvajalec z ustrezno finančno osnovo sposoben zagotoviti pogodbene obveznosti ter zadnje tudi dejansko solidarno odgovarjati, kar je glede na trenutne svetovne gospodarske razmere, ki se odražajo kot posledice pandemije COVID in vojne v Ukrajini, še posebej pomembno. Ker je predmet javnega naročila zahteven sistem, ki bo vplival na širšo množico ljudi, pogodba pa se sklepa za obdobje desetih let, želi naročnik pridobiti usposobljenega in zanesljivega izvajalca, ki ga na podlagi zahtev glede njegovih veščin, učinkovitosti, izkušenj in finančne stabilnosti lahko oceni kot takega.

Naročnik še poudarja, da je zahteva po letnem čistem prihodku od prodaje partnerja v višini najmanj 500.000,00 EUR bistveno nižja od maksimalne dovoljene, ki jo predvideva ZJN-3 v šestem odstavku 76. člena.

V zvezi z navedbami vlagatelja glede omejevanja dostopa malih in srednjih podjetij naročnik opozarja, da vlagatelj ni upravičen branitelj javnega interesa, zato Državna revizijska komisija njegovih očitkov ni dolžna meritorno obravnavati.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika dodaja, da naročnik nima diskrecijske pravice odločati, ali 81. člen ZJN-3 velja ali ne in poudarja, da ponudnik lahko uporabi zmogljivosti drugega subjekta ne glede na pravno naravo razmerja z njim, torej ne glede na to, ali je partner ali podizvajalec. Naročnik bi torej moral dopustiti, da vlagatelj uporabi zmogljivosti partnerja ali drugega podizvajalca in ne, da mora izključno partner izkazati prihodke. Meni, da naročnik ne upošteva, da so prevzete pogodbene obveznosti partnerja lahko izjemno majhne in bi lahko že z bistveno nižjimi letnimi prihodki enostavno zagotavljal izvajanje svojih obveznosti.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da med vlagateljem in naročnikom ni sporna naročnikova zahteva, da mora ponudnik dosegati povprečni čisti prihodek od prodaje v višini 1.500.000,00 EUR, pač pa njegova nadaljnja, s tem povezana zahteva glede minimalnih letnih

čistih prihodkih posameznega partnerja v višini 500.000,00 EUR. Vlagatelj zatrjuje, da naročnik s slednjo neupravičeno omejuje ponudnike pri uporabi zmogljivosti drugih subjektov. Naročnik očitkom nasprotuje in utemeljuje svojo zahtevo.

Kot že zapisano v točki 1.a obrazložitve tega sklepa, lahko naročnik v postopku oddaje javnega naročila postavi pogoje za sodelovanje z namenom ugotavljanja sposobnosti ponudnikov za izvedbo javnega naročila.

Na podlagi petega odstavka 76. člena ZJN-3 lahko naročnik določi zahteve glede ekonomskega in finančnega položaja, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne ekonomske in finančne zmogljivosti za izvedbo javnega naročila. Naročnik lahko v ta namen zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti določen najnižji letni promet, vključno z določenim najnižjim prometom na področju, zajetem v javnem naročilu. Naročnik lahko poleg tega zahteva, da mu gospodarski subjekti predložijo informacije o svojih letnih računovodskih izkazih, ki izkazujejo na primer razmerje med sredstvi in obveznostmi. Iz šestega odstavka 76. člena ZJN-3 izhaja, da če naročnik zahteva najnižji letni promet, ki ga morajo imeti gospodarski subjekti, ta ne sme presegati dvakratne ocenjene vrednosti javnega naročila (razen v zakonsko dovoljenih primerih).

ZJN-3 v prvem odstavku 81. člena določa, da lahko gospodarski subjekt 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. Iz tretjega odstavka istega člena dalje izhaja, da če gospodarski subjekt uporabi zmogljivosti drugih subjektov glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem, lahko naročnik zahteva, da so gospodarski subjekt in navedeni subjekti skupaj odgovorni za izvedbo javnega naročila. Pod enakimi pogoji lahko skupina gospodarskih subjektov uporabi zmogljivosti sodelujočih v tej skupini ali drugih subjektov.

Naročnik je v podtočki (c) točke 4.2 *Pogoji za sodelovanje* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe* (v nadaljevanju: pogoj iz točke 4.2 (c)) določil:

»Ponudnik ima povprečni čisti prihodek od prodaje v letih 2018, 2019 in 2020 v višini najmanj 1.500.000,00 EUR.

V primeru predložitve skupne ponudbe, ki jo predloži skupina dveh ali več ponudnikov kot partnerjev, se upošteva letni čisti prihodek od prodaje vseh partnerjev, pri čemer mora vsak partner imeti letni čisti prihodek od prodaje v letih 2018, 2019 in 2020 v višini najmanj 500.000,00 EUR.

[...]

Zainteresirani ponudniki so naročnika preko Portala javnih naročil pozivali k znižanju zahteve glede prometa posameznega partnerja, a njihovim pozivom naročnik ni sledil (odgovora št. 10 in 24 v dokumentu *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* in odgovor št. 1 v dokumentu *Dodatek 2 k razpisni dokumentaciji*).

Dalje je naročnik v podtočki (b) točke 5.2 točke 5. *Ponudba s podizvajalci in skupna ponudba* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe* določil, da mora skupina ponudnikov prevzeti neomejeno solidarno odgovornost vseh partnerjev v ponudbi do naročnika za izvedbo pogodbenih del.

Državna revizijska komisija je v obrazložitvi tega sklepa že pojasnila, da ZJN-3 ne prepoveduje, da bi naročnik določil zahteve, s katerimi gospodarske subjekte razlikuje oz. z njimi omejuje

konkurenco, pač pa prepoveduje določitev takih zahtev, če zanje naročnik nima objektivno utemeljenih razlogov. Ali je naročnik uspel upravičiti razloge za določitev zatrjevano omejujoče zahteve glede minimalnih letnih čistih prihodkov partnerja, ki izhaja iz spornega pogoja, je Državna revizijska komisija presojala v nadaljevanju.

Naročnik v zvezi z obravnavno zahtevo po minimalnih letnih čistih prihodkih partnerjev zatrjuje, da je zanj pomembno, da pridobi izvajalca, ki je finančno stabilen in sposoben izvesti naročilo v skladu z zahtevami iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in za pogodbene obveznosti tudi solidarno odgovarjati. Ta razlog je po presoji Državne revizijske komisije povsem pavšalen in nekonkretiziran, saj naročnik npr. ne pojasni, zakaj šteje, da je skupina ponudnikov, v kateri vsak od partnerjev v relevantnih letih dosega zahtevani minimalni letni čisti promet bolj ekonomsko in finančno sposobna od skupine, v kateri partnerji sicer skupaj dosegajo zahtevan pogoj glede letnega čistega prihodka od prodaje v višini najmanj 1.500.000,00 EUR, vendar pa vsi ne dosegajo tudi minimalnega praga 500.000,00 EUR. Poleg tega bodo morali, glede na predhodno izpostavljene določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v obeh navedenih primerih skupin ponudnikov skupni ponudniki v razmerju do naročnika prevzeti neomejeno solidarno odgovornost za izvedbo posla, kar pomeni, da bo vsak od njih naročniku odgovarjal za celotno obveznost, ne glede na (siceršnjo) višino letnih čistih prihodkov v preteklih letih in ne glede na to, kolikšen delež javnega naročila bo prevzel v izvedbo. Nepojasnjeno in neutemeljeno je nadalje po presoji Državne revizijske komisije tudi naročnikovo zatrjevanje, da s sporno zahtevo zagotavlja, da bo kljub nestanovitnim razmeram na trgu dobil finančno stabilnega ponudnika. Ugotoviti namreč gre, da naročnik povprečne letne prihodke posameznega partnerja preverja za leta 2018, 2019 in 2020, ti podatki pa naročniku prav zaradi razmer, ki se odražajo kot posledice pandemije COVID in vojne v Ukrajini v zadnjem času, nujno ne zagotavljajo, da bo pridobil finančno stabilnega partnerja.

V zaključku navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni uspel izkazati objektivnih razlogov za določitev zahteve v pogoju iz točke 4.2 (c) glede minimalnih letnih čistih prihodkov posameznega partnerja, zaradi česar gre ugotoviti, da ponudnike brez utemeljenega razloga omejuje pri uporabi zmogljivosti drugih subjektov in s tem ravna v nasprotju z 81. členom ZJN-3.

4. Zaključek

Na podlagi vsega zgoraj navedenega je Državna revizijska komisija zahtevku za revizijo na podlagi 2. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN ugodila tako, da je delno razveljavila postopek javnega naročanja na način, da je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila razveljavila:

- pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na tehnično in strokovno sposobnost, določen v podtočki (e) točke 4.2 *Pogoji za sodelovanje* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe*, skupaj z naročnikovima odgovoroma št. 20 in 22 iz dokumenta *Dodatek 1 k razpisni dokumentaciji* in
- pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na ekonomski in finančni položaj, določen v podtočki (c) točke 4.2 *Pogoji za sodelovanje* poglavja A v dokumentu *Navodila ponudniku za izdelavo ponudbe* v delu, v katerem naročnik zahteva minimalni letni čisti prihodek vsakega od skupnih ponudnikov.

V preostalem delu je Državna revizijska komisija na podlagi 1. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevke za revizijo zavrnila.

V skladu s tretjim odstavkom 39. člena ZPVPJN daje Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka v delu, ki je bil razveljavljen. Ker je Državna revizijska

komisija razveljavila posamezne dele dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, naročnika napotuje, naj v primeru, da bo s postopkom oddaje zadevnega javnega naročila nadaljeval, dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije ustrezno spremeni, spremembe objavi skladno z ZJN-3 in določi nov rok za predložitev ponudb ter njihovo odpiranje.

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

Vlagatelj uveljavlja povračilo 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 (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015, s sprem.; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 4.000,00 EUR,
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 3.000 točk (prva točka tar. št. 40 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22 % DDV znaša 2.196,00 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk in 1 % od presežka nad 1.000 točk) v višini 40 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 29,28 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroškov odvetniških storitev za opredelitev do navedb naročnika (in s tem povezanih izdatkov po 11. členu OT ter DDV), saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe vlagatelja v omenjeni vlogi niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Vlagatelju bi tako pripadali stroški v višini 6.225,28 EUR. Ker pa je vlagatelj z zahtevkom za revizijo le delno uspel, je Državna revizijska komisija odločila, da se vlagatelju, v skladu z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na postavljeni zahtevek ocenjuje na 4/5, prizna 4.980,22 EUR potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva (drugi odstavek 154. člen Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

Naročnik je vlagatelju dolžan povrniti stroške pravnega varstva v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

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

Pravni pouk:

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednica senata:

Nina Velkavrh, univ. dipl. prav.,

članica Državne revizijske komisije



Vročiti (prek portala eRevizija):

- pooblaščenec vlagatelja,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve.