



Republika Slovenija

---

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

---

Številka: 018-183/2020-39

**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 mag. Gregorja Šebenika, kot predsednika senata, ter dr. Mateje Škabar in Sama Červeka, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradnja objektov drugega tira železniške proge – odsek 2: Črni Kal – Koper*«, na podlagi zahtevkov za revizijo, ki so jih vložili (1) družba Ginex International, d.o.o., Rejčeva ulica 3, Nova Gorica, in družba China Gezhouba Group Company Limited, No. 558, Jiefang Road, Wuhan City, Hubei Province, Kitajska, slednjo po pooblastilu zastopa mag. Primož Ule (v nadaljevanju: prvi vlagatelj), (2) družba China Communications Construction Company Limited, Deshengmenwai Street 85, Xicheng District, Peking, Kitajska (v nadaljevanju: drugi vlagatelj), (3) družba China Railway Group Limited, No. 918, Building 1 Compound 128 South 4th Ring West Road, Fengtai District, Peking, Kitajska, ki jo po pooblastilu zastopa družba Odvetniki Šelih & partnerji o.p., d.o.o., Komenskega ulica 36, Ljubljana (v nadaljevanju: tretji vlagatelj), in (4) China State Construction Engineering Corporation Limited, No. 15 Sanlihe Road, Haidian District, Peking, Kitajska, ki jo po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Tivolska cesta 48, Ljubljana (v nadaljevanju: četrti vlagatelj), zoper ravnanje naročnika 2TDK, d.o.o., Železna cesta 18, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 22. 12. 2020

**o d l o č i l a :**

1. Obravnavanje zahtevkov za revizijo prvega, drugega, tretjega in četrtega vlagatelja se združi v en revizijski postopek.
2. Zahtevki za revizijo prvega, drugega, tretjega in četrtega vlagatelja se zavrnejo kot neutemeljeni.
3. Zahteve prvega, drugega, tretjega in četrtega vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrnejo.
4. Zahteve kandidata Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, Yapi Merkezi İnşaat ve Sanayi, A.Ş., Turčija, in □altin İnşaat Ticaret Ve Sanayi, A.Ş., Turčija, ter zahtevi kandidata Gorenjska gradbena družba, d.d., Slovenija, Metrostav, a.s., Češka, in CGP, d.d., Slovenija, za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrnejo.

## **O b r a z l o ž i t e v :**

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po omejenem postopku, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2019, pod št. objave JN008006/2019, in v Uradnem listu EU dne 18. 11. 2019, pod št. objave 2019/S 222-545552.

Naročnik je dne 8. 5. 2020 sprejel in na Portalu javnih naročil objavil dokument »*Odločitev o priznanju sposobnosti*« (v nadaljevanju: prva odločitev o priznanju sposobnosti), s katerim je priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila desetim kandidatom (oz. skupinam kandidatov), med drugim vsem vlagateljem, medtem ko štirim kandidatom (oz. skupinam kandidatov) sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila ni priznal.

Zoper navedeno odločitev naročnika sta bila vložena dva zahtevka za revizijo. Državna revizijska komisija je zahtevku za revizijo družbe Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, s sklepom, št. 018-85/2020-48 z dne 1. 9. 2020, delno ugodila in (med drugim) razveljavila odločitev naročnika, da prvemu, tretjemu in četrtemu vlagatelju prizna sposobnost za sodelovanje v drugi fazi javnega naročila, medtem ko je zahtevek za revizijo zavrnila (med drugim) v delu, ki se je nanašal na naročnikovo priznanje sposobnosti drugemu vlagatelju. O zahtevku za revizijo družbe Gorenjska gradbena družba, d.d., Slovenija, je Državna revizijska komisija odločila s sklepom, št. 018-85/2020-49 z dne 1. 9. 2020, in sicer je ugotovila, da je ta utemeljen v delu, ki se je nanašal na naročnikovo priznanje sposobnosti prvemu vlagatelju, v preostalem delu pa je Državna revizijska komisija zahtevek za revizijo zavrnila.

Naročnik je dne 14. 10. 2020 sprejel in na Portalu javnih naročil objavil (nov) dokument »*Odločitev o priznanju sposobnosti*«, s katerim je štirim kandidatom oz. skupinam kandidatov priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila, medtem ko desetim kandidatom oz. skupinam kandidatov sposobnosti ni priznal. Naročnik nobenemu izmed vlagateljev ni priznal sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka.

V obrazložitvi odločitve o priznanju sposobnosti je naročnik navedel, da vlagatelji, skladno z 11. členom Interventnega zakona za odpravo ovir pri izvedbi pomembnih investicij za zagon gospodarstva po epidemiji COVID-19 (Uradni list RS, št. 80/20, v nadaljevanju: IZOOPIZG), v povezavi z uporabo Sporočila Komisije – Smernice o udeležbi ponudnikov in blaga tretje države na trgu javnih naročil EU (UL C 271, z dne 13. 8. 2019; v nadaljevanju: Smernice), ne morejo sodelovati v predmetnem postopku javnega naročanja, saj Ljudska Republika Kitajska (v nadaljevanju: Kitajska) ni podpisnica Sporazuma Svetovne trgovinske organizacije o vladnih naročilih (v nadaljevanju: Sporazum GPA) in nima sklenjenega večstranskega ali dvostranskega trgovinskega sporazuma niti z Republiko Slovenijo niti z Evropsko unijo.

Naročnik je še navedel, da tretjemu vlagatelju ne prizna sposobnosti tudi iz razloga, ker ta v zahtevanem roku ni predložil vseh zahtevanih dokazil, četrtemu vlagatelju pa ne prizna sposobnosti tudi iz razloga, ker ni ravnal skladno z naročnikovim pozivom (naročnik ga je pozval na zamenjavo podizvajalca, četrti vlagatelj pa je nominiral nov (lasten) kader) in ker ni predložil vseh zahtevanih dokazil za (drugega) novo nominiranega podizvajalca.

Prvi vlagatelj je z vlogo z dne 26. 10. 2020 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve, da se mu sposobnosti ne prizna, ter povrnitev stroškov pravnega varstva. Prvi vlagatelj navaja, da IZOOPIZG (ki velja od dne 31. 5. 2020) ne more oz. ne sme vplivati na pogoje že objavljenih javnih naročil, pri katerih je rok za predložitev prijav že

potekel. Naročnik je v predhodnih postopkih pravnega varstva zavzel stališče, da razlog, ki ga sedaj navaja v izpodbijani odločitvi, ne more predstavljati razloga za nepriznanje sposobnosti prvemu vlagatelju. Takšnemu stališču naročnika je v predhodnem postopku pravnega varstva pritrdila tudi Državna revizijska komisija. Naročnik je z izpodbijanim razlogom prekludiran, saj ga, upošteva argument a contrario, omejuje prvi odstavek 16. člena ZPVPJN. Naročnik je spregledal Sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Ljudske republike Kitajske o gospodarskem sodelovanju (ki je bil ratificiran z zakonom, objavljenim v Uradnem listu RS – Mednarodne pogodbe, št. 5/07 (Uradni list RS, št. 30/07); v nadaljevanju: Sporazum o gospodarskem sodelovanju), s katerim sta se pogodbenici dogovorili za dolgoročno sodelovanje (med drugim tudi) na področju prevoza, kamor spada železniški promet, kar je predmet tega javnega naročila. Naročnik ne upošteva lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Iz odgovorov, objavljenih na Portalu javnih naročil, izhaja, da ni zakonskih preprek za sodelovanje prvega vlagatelja v predmetnem postopku javnega naročanja. Če naročnik meni, da so se pogoji in pozitivna zakonodaja po roku za oddajo prijav spremenili, mora postopek oddaje javnega naročila razveljaviti. Prijava prvega vlagatelja izpolnjuje pravne zahteve in zahteve trgovinske politike, saj v njej sodeluje slovenski gospodarski subjekt, pri skupnem nastopu pa se kapacitete partnerjev seštevajo.

Drugi vlagatelj je z vlogo z dne 26. 10. 2020 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve o priznanju sposobnosti v 5. točki izreka, v kateri naročnik drugemu vlagatelju sposobnosti ni priznal, ter povrnitev stroškov pravnega varstva. Drugi vlagatelj navaja, da je bilo o vprašanju, o katerem je naročnik odločil v 5. točki izreka izpodbijane odločitve, že pravnomočno odločeno. Prva odločitev o priznanju sposobnosti je v delu, v katerem je naročnik drugemu vlagatelju priznal sposobnost, postala formalno pravnomočna, saj sta bila oba zahtevka za revizijo, s katerima sta takratna vlagatelja izpodbijala to odločitev, zavrtna. Takratna vlagatelja sta prvotno odločitev o priznanju sposobnosti drugemu vlagatelju izpodbijala iz enakega razloga, na katerem naročnik sedaj utemeljuje zavrtnitev prijave drugega vlagatelja, zato je prvotna odločitev postala tudi materialno pravnomočna. Z izpodbijano odločitvijo naročnik ni upošteval odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-85/2020-48 in 018-85/2020-49, in se zavzema za položaj, ko bi morala Državna revizijska komisija presoјati dejanja, ki se nanašajo na isti postopek oddaje javnega naročila in o katerih sta naročnik in Državna revizijska komisija že pravnomočno odločila, kar ni dopustno. Drugi vlagatelj nadalje navaja, da je razlog za nepriznanje sposobnosti tudi neutemeljen. Smernice niso zavezujoče, takšne narave Smernic tudi ne mora spremeniti IZOOPIZG. Navedeni zakon določa le, da se Smernice uporabljajo, in ne, da so priporočila iz Smernic obvezna. Smernice ne določajo obvezne izključitve gospodarskih subjektov iz tretjih držav, pač pa določajo, da so ti subjekti lahko izključeni. Naročnik bi zato moral odločitev, da subjektom iz tretjih držav prepove sodelovanje, vključiti v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. V obravnavanem primeru pa se je naročnik (ravno nasprotno) z odgovorom na Portalu javnih naročil odpovedal možnosti izključitve prijaviteljev iz tretjih držav – izpodbijana odločitev je zato v nasprotju z določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, kar izhaja tudi iz odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-85/2020-48 in 018-85/2020-49. Naročniku sklicevanje na Sporazum GPA ne koristi, saj je v obvestilu o naročilu označil, da javnega naročila Sporazum o vladnih naročilih ne ureja. Če pa bi javno naročilo urejal Sporazum GPA, potem mora biti skladno z 11. členom Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) vsem gospodarskim subjektom iz tretjih držav zagotovljena enaka obravnava kot je zagotovljena gospodarskim subjektom iz držav članic EU. Niti Smernice niti IZOOPIZG ne posegajo v 11. člen ZJN-3. Drugi vlagatelj še navaja, da je uporaba IZOOPIZG in Smernic v nasprotju s prepovedjo povratne veljave predpisov.

Tretji vlagatelj je z vlogo z dne 26. 10. 2020 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve o priznanju sposobnosti ter povrnitev stroškov pravnega varstva. Tretji vlagatelj najprej nasprotuje stališču naročnika, da ni pravočasno predložil dokazil o nekaznovanosti, v nadaljevanju pa v zvezi z drugim razlogom za nepriznanje sposobnosti navaja, da Smernice niso obvezujoče in da vsebujejo le priporočila, pri čemer ni jasno, katera vsebina Smernic naj bi na podlagi IZOPIZG postala obvezna. Tega naročnik v izpodbijani odločitvi ni pojasnil, zato je ta v tem delu neobrazložena. Naročnik se tudi ni opredelil do dejstva, da ima Kitajska od dne 21. 2. 2020 status opazovalke Sporazuma GPA. Naročnik je na Portalu javnih naročil dopustil sodelovanje subjektom iz Kitajske. S tem, ko je naročnik svojo odločitev oprl na Smernice (ki ne prepovedujejo sodelovanja subjektov iz tretjih držav), ki so stopile v veljavo po poteku roka za oddajo prijav, je nezakonito spremenil razpisne pogoje za nekatere kandidate. Pogoji za retroaktivno uporabo IZOPIZG niso izpolnjeni. Naročnik je nepravilno ugotovil dejansko stanje glede obstoja trgovinskih sporazumov, ki je »predpogoj« za (nezakonito) uporabo 11. člena IZOPIZG. Kitajska je z EU in Slovenijo podpisala številne mednarodne sporazume o trgovinskem oz. gospodarskem sodelovanju. Tretji vlagatelj izpostavlja Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Evropsko gospodarsko skupnostjo in Ljudsko republiko Kitajsko (Uradni list Evropskih skupnosti, št. L 250/1985, z dne 19. 9. 1985; v nadaljevanju: Sporazum EGS – Kitajska), Sporazum o gospodarskem sodelovanju ter Sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Ljudske republike Kitajske o vzajemni zaščiti investicij (ki je bil ratificiran z zakonom, objavljenim v Uradnem listu RS – Mednarodne pogodbe, št. 3/94 (Uradni list RS, št. 11/94); v nadaljevanju: Sporazum o vzajemni zaščiti investicij). Iz teh sporazumov je razvidno, da sta se EU oz. Slovenija in Kitajska zavezali k krepitevi medsebojnega sodelovanja na gospodarskem in trgovinskem področju, pri čemer je v vseh sporazumih izrecno omenjeno tudi področje prevoza. Tretji vlagatelj zatrjuje še kršitev načela enakopravne obravnave zaradi različne obravnave kandidatov iz Kitajske in kandidatov iz Turčije. Izpodbijana odločitev je neobrazložena, saj ne vsebuje razlogov za različno obravnavo. Turčija ima (tako kot Kitajska) status opazovalke sporazuma GPA, vsebina sporazumov, sklenjenih med Turčijo in Slovenijo, pa v bistvenem ne odstopa od vsebine sporazumov, sklenjenih med Kitajsko in Slovenijo.

Četrti vlagatelj je z vlogo z dne 26. 10. 2020 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev naročnikove odločitve o priznanju sposobnosti ter povrnitev stroškov pravnega varstva. Četrti vlagatelj najprej nasprotuje stališču naročnika, da ni ravnal skladno s pozivom in da za naknadno nominiranega podizvajalca ni predložil vseh zahtevanih dokazil. V nadaljevanju četrti vlagatelj navaja, da niso podani pogoji, pod katerimi sme naročnik izključiti gospodarske subjekte, ki prihajajo iz držav, ki nimajo sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU. Tudi ob upoštevanju Smernic je subjektom iz Kitajske zagotovljen dostop do trga javnih naročila, saj ima Kitajska z EU in Slovenijo sklenjenih več za ta postopek relevantnih mednarodnih (trgovinskih) sporazumov. Sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Ljudske republike Kitajske o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju (ki je bil ratificiran z zakonom, objavljenim v Uradnem listu RS – Mednarodne pogodbe št. 9/93 (Uradni list RS, št. 28/93); v nadaljevanju: Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju) in Sporazum o gospodarskem sodelovanju dajeta podpisnicama (med drugim) možnosti za morebitno dolgoročno sodelovanje (tudi) na področju prevoza. Četrti vlagatelj izpostavlja tudi Sporazum EGS – Kitajska ter Sporazum o vzajemni zaščiti investicij ter dodaja, da skladno z odločbo arbitražnega tribunala (UNCITRAL) predstavlja nameravano sodelovanje v postopku javnega naročila nameravano investicijo. Naročnik krši mednarodne pogodbe, ki jih z uporabo Smernic na podlagi IZOPIZG ni mogoče izključiti, saj so mednarodne pogodbe hierarhično nad zakonom. Ob začetku postopka oddaje javnega naročila IZOPIZG ni veljal, zato ga v tem postopku ni mogoče uporabiti. Naročnik ne odloča v

skladu z objektivnimi pravili in pogoji, saj je pravni položaj četrtega vlagatelja v dveh odločitvah o priznanju sposobnosti presojal diametralno nasprotno. Iz 11. člena ZJN-3 in Smernic ne izhaja obveznost, da se gospodarske subjekte, ki prihajajo iz držav, ki nimajo sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU, izključi iz postopka. Naročnikovo ravnanje je v nasprotju z določbami lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, saj je z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil, dopustil sodelovanje gospodarskim subjektom iz Kitajske. Četrty vlagatelj naročniku očita še kršitev načela enakopravne obravnave, s tem, ko je turškim ponudnikom priznal sposobnost. Ne držijo navedbe naročnika v medijih, da naj bi imela Turčija podpisan dvostranski sporazum s Slovenijo. Slovenija ima s Turčijo sklenjene sporazume, ki so po vsebini primerljivi sporazumom, sklenjenim med Slovenijo in Kitajsko. Naročnik nima razloga, da ob primerljivem položaju ponudnikom iz ene države prizna sposobnost, ponudnikom iz druge države pa ne.

Kandidat Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, Yapi Merkezi İnşaat ve Sanayi, A.Ş., Turčija, in □zaltin İnşaat Ticaret Ve Sanayi, A.Ş., Turčija (v nadaljevanju: kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin) se je po partnerju Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, ki ga v tem postopku pravnega varstva zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji, d.o.o., Ljubljana, opredelil do revizijskih navedb, in sicer do navedb prvega vlagatelja z vlogo z 30. 10. 2020, do navedb drugega vlagatelja z vlogo z dne 3. 11. 2020, do navedb tretjega vlagatelja z vlogo z dne 3. 11. 2020 in do navedb četrtega vlagatelja z vlogo z dne 4. 11. 2020. V teh vlogah kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin navaja, da je naročnik dolžan izločiti gospodarske subjekte iz Kitajske ter da je gospodarskim subjektom iz EU dejansko zagotovljen dostop do trga javnih naročil v Turčiji (medtem ko jim dostop do kitajskega trga javnih naročil ni zagotovljen). V vseh vlogah kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin zahteva povrnitev stroškov pravnega varstva.

Kandidat Gorenjska gradbena družba, d.d., Slovenija, Metrostav a.s., Češka, in CGP, d.d., Slovenija (v nadaljevanju: kandidat GGD/Metrostav/CGP) se je po partnerju Gorenjska gradbena družba, d.d., Kranj, opredelil do navedb tretjega in četrtega vlagatelja z vlogama z dne 3. 11. 2020. Kandidat GGD/Metrostav/CGP navaja, da naročnik tudi kandidatom (1) Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin, (2) Cengiz, Turčija, in (3) Strabag AG, Ortenburgerstraße 27 a – 9800 Spittal an der Drau, Strabag AG, Podružnica Ljubljana, Slovenija, Ed Züblin AG, Nemčija, in Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Turčija, ne bi smel priznati sposobnosti, saj prihajajo iz Turčije (oz. ker v skupinah kandidatov sodelujejo gospodarski subjekti iz Turčije); s to državo pa Slovenija nima sklenjenega ustreznega sporazuma.

Naročnik je z odločitvijo z dne 11. 11. 2020 zavrnil zahtevek za revizijo prvega vlagatelja ter zahtevi prvega vlagatelja in kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik navaja, da je s prvo odločitvijo o priznanju sposobnosti dopustil sodelovanje ponudnikov iz tretjih držav, ki niso podpisnice trgovinskih sporazumov, saj ob njenem sprejemu IZOPIZG še ni veljal. Ob sprejemu nove, izpodbijane odločitve o priznanju sposobnosti je IZOPIZG stopil v veljavo, naročnik pa ga je bil dolžan upoštevati. S sprejemom IZOPIZG, in glede na njegov namen, so Smernice za naročnika poslale obvezujoče. Iz Smernic izhaja, da imajo dostop do trga na infrastrukturnem področju zgolj subjekti iz tistih tretjih držav, ki so podpisnice mednarodnih trgovinskih sporazumov. Naročnik navaja, da ZJN-3 v 11. členu ni ustrezno implementiral 43. člena Direktive 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (Uradni list EU, št. L 94/2014; v nadaljevanju: Direktiva 2014/25) – to napako je odpravil IZOPIZG s

sklicevanjem na Smernice. Evropska Komisija je v Smernicah zavzela jasno stališče, da je dostop do trga javnih naročil EU dovoljen pod pogojem vzajemnosti. Če bi naročnik dopustil sodelovanje ponudnikov iz tretjih držav, ki niso podpisnice trgovinskega sporazuma, bi ravnal v nasprotju z namenom IZOPIZG in 43. členom Direktive 2014/25. Državna revizijska komisija v predhodnih postopkih pravnega varstva ni odločila, da dejstvo, da ponudnik prihaja iz tretje države, ki nima sklenjenega ustreznega sporazuma, ne more biti razlog za izključitev. V primeru uporabe IZOPIZG gre za primer neprave retroaktivnosti, saj ta zakon ne posega v pridobljene pravice, ampak zaradi zagotovitve javne koristi v pričakovane pravice. IZOPIZG naročniku zapoveduje točno določeno ravnanje – izključitev ponudnikov iz tretjih držav, ki niso podpisnice trgovinskih sporazumov bodisi s Slovenijo bodisi z EU. Ker so določbe IZOPIZG kogentne narave, veljajo ne glede na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, posledično pa je bil naročnik dolžan upoštevati določbe IZOPIZG in ne določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik nadalje navaja, da ima Slovenija s Kitajsko sklenjen le sporazum o gospodarskem sodelovanju, nima pa sklenjenega trgovinskega sporazuma, ki bi omogočil slovenskim podjetjem dostop do trga javnih naročil Kitajske. Iz Sporazuma o gospodarskem sodelovanju ne izhaja, da lahko slovenska podjetja na Kitajskem konkurirajo za pravne posle na javnih razpisih na področju gradbeništva. Pogodbenci navedenega sporazuma zgolj dopuščata možnost morebitnega sodelovanja, poleg tega se ta možnost sodelovanja nanaša na druga področja, kot je predmet zadevnega javnega naročila – predmet javnega naročila ni prevoz oz. železniški promet. Naročnik zavrača tudi navedbe prvega vlagatelja, da je ta, upošteva, da v skupni prijavi nastopa s slovensko družbo, izpolnil »pravne zahteve«, saj se prepoved sodelovanja ponudnikov iz tretjih držav nanaša na vse gospodarske subjekte ne glede na njihovo vlogo v ponudbi.

Naročnik je z odločitvijo z dne 11. 11. 2020 zavrnil zahtevek za revizijo drugega vlagatelja in zahtevi drugega vlagatelja ter kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik navaja, da odločitev o priznanju sposobnosti nima narave sodne odločbe, ampak je akt poslovanja, ki ima zgolj funkcijo obveščanja, zato prva odločitev o priznanju sposobnosti ni postala pravnomočna. Pravnomočnost se ne more raztezati na posamezno ugotovitev glede (ne)priznanja sposobnosti posameznega kandidata. Prva odločitev o priznanju sposobnosti drugemu vlagatelju tudi ni postala materialno pravnomočna. V obravnavanem primeru tudi ne gre za odločanje o isti dejanski podlagi, saj je Državna revizijska komisija odločala o dejanskem stanju na dan sprejema prve odločitve o priznanju sposobnosti (ko IZOPIZG še ni stopil v veljavo) in ne o dejanskem stanju na dan sprejema nove, izpodbijane, odločitve o priznanju sposobnosti (ko je IZOPIZG že stopil v veljavo). Naročnik očitke o nezakonnosti njegovega ravnanja, ko drugemu vlagatelju ni priznal sposobnosti iz razloga, ker Kitajska ni podpisnica ustreznih mednarodnih sporazumov, zavrača s smiselno enakimi navedbami, kot je zavrnil očitke prvega vlagatelja, zato jih Državna revizijska komisija v izogib ponavljanju ne navaja ponovno.

Naročnik je z odločitvijo z dne 16. 11. 2020 zavrnil zahtevek za revizijo tretjega vlagatelja in zahteve tretjega vlagatelja, kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin ter kandidata GGD/Metrostav/CGP za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik najprej navaja, da je bilo vprašanje dopustnosti prijave tretjega vlagatelja, povezano z vprašanjem pravočasnosti predložitve dokazil, že obravnavano pred Državno revizijsko komisijo. Vlagatelj oz. tedanji izbrani ponudnik je v predhodnem postopku, v katerega je vstopil kot intervenient, imel položaj enotnega sospornika. Tretji vlagatelj zato ne izkazuje aktivne legitimacije, saj spremembe svojega položaja z vloženim zahtevkom za revizijo ne more doseči. V nadaljevanju naročnik zavrača revizijske navedbe, povezane z vprašanjem pravočasnosti

predložitve dokazil. Naročnik očitke o nezakonnosti njegovega ravnanja, ko tretjemu vlagatelju ni priznal sposobnosti iz razloga, ker Kitajska ni podpisnica ustreznih mednarodnih sporazumov, zavrača s smiselno enakimi navedbami, kot je zavrnil očitke prvega vlagatelja, zato jih Državna revizijska komisija v izogib ponavljanju ne navaja ponovno. V zvezi z očitki o kršitvi načela enakopravne obravnave ponudnikov naročnik opozarja na Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo (ki je bil ratificiran z zakonom, objavljenim v Uradnem listu RS – Mednarodne pogodbe, št. 17/96 (Uradni list RS, št. 62/96); v nadaljevanju: Sporazum Slovenija – Turčija). Naročnik navaja, da ta sporazum določa sodelovanje med državama na področju gradbeništva in da je gospodarskim subjektom iz Turčije (za razliko od gospodarskih subjektov iz Kitajske) dovoljen dostop do določenih programov, ki se financirajo iz EU sredstev. Naročnik tudi navaja 42 projektov, v okviru katerih je bil ponudnikom iz EU omogočen dostop do javnih naročil Turčije.

Naročnik je z odločitvijo z dne 16. 11. 2020 zavrnil zahtevek za revizijo četrtega vlagatelja in zahteve četrtega vlagatelja, kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin ter kandidata GGD/Metrostav/CGP za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik vztraja, da četrti vlagatelj ni ravnal skladno s pozivom in da ni predložil vseh zahtevanih dokazil za (drugega) novo nominiranega podizvajalca. Naročnik očitke o nezakonnosti njegovega ravnanja, ko četrtemu vlagatelju ni priznal sposobnosti iz razloga, ker Kitajska ni podpisnica ustreznih mednarodnih sporazumov, zavrača s smiselno enakimi navedbami, kot je zavrnil očitke prvega vlagatelja, očitke o kršitvi načela enakopravne obravnave pa zavrača s smiselno enakimi navedbami, kot je zavrnil očitke o kršitvi načela enakopravne tretjega vlagatelja. Državna revizijska komisija zato teh naročnikovih navedb v izogib ponavljanju ne navaja ponovno.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 16. 11. 2020 in dne 17. 11. 2020 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka. Na podlagi poziva Državne revizijske komisije je naročnik dne 10. 12. 2020 Državni revizijski komisiji posredoval še dokazilo o vročitvi sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo četrtemu vlagatelju.

Prvi vlagatelj v vlogi z dne 17. 11. 2020, s katero se je opredelil do naročnikovih navedb v odločitvi o zavrnitvi njegovega zahtevka za revizijo, vztraja pri revizijskih navedbah.

Drugi vlagatelj v vlogi z dne 26. 11. 2020, s katero se je opredelil do naročnikovih navedb v odločitvi v zavrnitvi njegovega zahtevka za revizijo, vztraja pri revizijskih navedbah.

Tretjemu vlagatelju, ki je vložil zahtevek za revizijo preko portala eRevizija, je naročnik dne 17. 11. 2020 (preko portala eRevizija) posredoval odločitev o zavrnitvi njegovega zahtevka za revizijo. Državna revizijska komisija opredelitve tretjega vlagatelja do navedb naročnika do sprejema te odločitve ni prejela.

Četrtemu vlagatelju je bila odločitev o zavrnitvi njegovega zahtevka za revizijo vročena dne 18. 11. 2020 (razvidno iz povratnice). Državna revizijska komisija opredelitve četrtega vlagatelja do navedb naročnika do sprejema te odločitve ni prejela.

Po pregledu dokumentacije ter proučitvi utemeljenosti navedb prvega vlagatelja, drugega vlagatelja, tretjega vlagatelja, četrtega vlagatelja, kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin, kandidata GGD/Metrostav/CGP in naročnika je Državna revizijska komisija odločila tako, kot je razvidno iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Skladno s prvim odstavkom 300. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), katerega določbe se na podlagi prvega odstavka 13. člena ZPVPJN uporabljajo v revizijskem postopku glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja, se lahko v primeru, kadar teče pred istim sodiščem več pravnih med istimi osebami ali več pravnih, v katerih je ista oseba nasprotnik raznih tožnikov ali raznih tožencev, vse te pravde s sklepom senata združijo za skupno obravnavanje, če se s tem pospeši obravnavanje ali zmanjšajo stroški. O vseh združenih pravnih lahko izda sodišče skupno sodbo.

Državna revizijska komisija ugotavlja, (1) da so prvi, drugi, tretji in četrti vlagatelj vložili zahtevek za revizijo v istem postopku oddaje javnega naročila, (2) da naročnik vlagateljem ni priznal sposobnosti iz istega razloga in (3) da vsi vlagatelji naročniku (med drugim) očitajo kršitve, ker jim iz tega razloga ni priznal sposobnosti. Državna revizijska komisija je zato, zaradi pospešitve obravnavanja, obravnavanje zahtevkov za revizijo združila v en revizijski postopek in sprejela skupno odločitev.

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

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da naročnik predmetno javno naročilo oddaja po omejenem postopku, ki je dvofazni postopek. V prvi fazi gospodarski subjekti na podlagi objavljenega povabila k sodelovanju oddajo prijavo za sodelovanje, v drugi fazi pa gospodarski subjekti, ki jih na podlagi ocene v prijavi predloženih informacij k temu povabi naročnik, oddajo ponudbe (gl. 41. člen ZJN-3). O navedenem je naročnik zainteresirane gospodarske subjekte tudi izrecno seznanil, saj je v točki 2.2.12 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da bo priznal sposobnost vsem kandidatom, ki bodo predložili pravočasno prijavo za sodelovanje, ki bodo v celoti izpolnjevali vse pogoje za priznanje sposobnosti, zahtevane v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, pri katerih ne bodo obstajali razlogi za izključitev in pri katerih ne bo dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija. Naročnik je še določil, da bodo kandidati, ki jim bo na podlagi prijave za sodelovanje priznana sposobnost, v drugi fazi postopka povabljeni k oddaji ponudbe.

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da je naročnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila do roka za oddajo prijav (tj. dne 17. 1. 2020) prejel 14 prijav. Naročnik je po pregledu prijav sprejel prvo odločitev o priznanju sposobnosti, ki jo je Državna revizijska komisija (na podlagi vloženi zahtevki za revizijo) delno razveljavila. Po ponovnem pregledu prijav je naročnik sprejel novo odločitev o priznanju sposobnosti, zoper katero so vloženi predmetni zahtevki za revizijo.

V zvezi z naročnikovimi navedbami, da tretji vlagatelj spremembe svojega položaja z vloženi zahtevkom za revizijo ne more (več) doseči in da posledično ne izkazuje aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo, gre pojasniti, da se skladno s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda. V obravnavanem primeru je tretji vlagatelj oddal pravočasno prijavo in s tem izpolnil prvi del pogoja za priznanje aktivne legitimacije, kot ga opredeljuje ZPVPJN. Glede nastanka škode oziroma možnosti njenega nastanka kot drugega pogoja za priznanje aktivne legitimacije pa gre ugotoviti, da tretji vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku očita kršitve pri ponovnem



pregledu njegove prijave. Če bi se revizijske navedbe o tem, da naročnik ni ravnal pravilno, ko mu ni priznal sposobnosti, izkazale za utemeljene, bi bilo potrebno zahtevku za revizijo ugoditi in naročnikovo odločitev o nepriznanju sposobnosti tretjemu vlagatelju posledično razveljaviti. Naročnik bi moral nato sprejeti novo odločitev o priznanju sposobnosti tretjemu vlagatelju, s tem pa bi tretji vlagatelj pridobil vsaj hipotetično možnost za dodelitev konkretnega javnega naročila. Ob ugotovljenem Državna revizijska komisija ugotavlja, da bi tretjemu vlagatelju zaradi zatrjevanih (domnevnih) naročnikovih kršitev lahko nastala škoda, ki bi se kazala v nepridobitvi predmetnega naročila. Tretjemu vlagatelju zato ni mogoče odreči aktivne legitimacije za vložitev predmetnega zahtevka za revizijo.

Pritrditi gre sicer smiselnim navedbam naročnika, da v kolikor tretji vlagatelj ne bi uspel izkazati naročnikovih kršitev pri tem, ko mu ni priznal sposobnosti iz razloga, ker naj ne bi pravočasno predložil zahtevanih dokazil, tretjemu vlagatelju zaradi morebitnih naročnikovih kršitev pri tem, ko mu ni priznal sposobnosti tudi iz razloga, ker Kitajska nima oz. naj ne bi imela sklenjenega ustreznega mednarodnega sporazuma, ne bi mogla nastati škoda. Vendar pa naročnik dela nepravilne zaključke, povezane z razlogom za nepriznanje sposobnosti, ki se nanaša na (domnevno) nepravočasno predložitev dokazil. Pritrditi gre sicer naročniku, da je v predhodnem postopku pravnega varstva takratni vlagatelj zahtevka za revizijo (tj. družba Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija) zatrjeval naročnikove kršitve pri pregledu prijave tretjega vlagatelja, ker naj bi naročnik sprejel nepravočasno predložena dokazila, in da je Državna revizijska komisija v tem delu ugodila (takratnemu) zahtevku za revizijo in s sklepom, št. 018-85/2020-48, naročnikovo odločitev o priznanju sposobnosti tretjemu vlagatelju razveljavila. Vendar navedeno še ne podpira naročnikovega stališča, da vsebinska obravnava tega dela predmetnega zahtevka za revizijo ni dopustna. Poudariti gre, da se je z razveljavitvijo prve odločitve o priznanju sposobnosti tretjemu vlagatelju (ki je bila rezultat prvotnega ocenjevanja in vrednotenja njegove prijave), postopek oddaje javnega naročila vrnil v ponovno ocenjevanje in preverjanje prijav, naročnik pa je bil dolžan na podlagi izvedenega preverjanja in ocenjevanja prijav sprejeti novo odločitev o priznanju sposobnosti. Naročnik je tudi sprejel novo odločitev o priznanju sposobnosti, ki je rezultat novega ocenjevanja in vrednotenja prijave tretjega vlagatelja. Zoper to novo odločitev naročnika, s katero tretjemu vlagatelju sposobnosti ni priznal, je tretji vlagatelj vložil zahtevek za revizijo. Povedano drugače, odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-85/2020-48, se nanaša na ravnanje naročnika pri sprejemu prve odločitve o priznanju sposobnosti, tretji vlagatelj pa je vložil zahtevek za revizijo zoper naročnikovo ravnanje pri sprejemu druge, nove odločitve o priznanju sposobnosti.

Naročnik se tudi neutemeljeno sklicuje na institut sosporniške intervencije iz 202. člena ZPP. Pritrditi gre naročniku, da je tretji vlagatelj (kateremu je naročnik s prvo odločitvijo o priznanju sposobnosti priznal sposobnost, posledično pa je imel v predhodnem postopku pravnega varstva položaj primerljiv izbranemu ponudniku) sodeloval v predhodnem postopku pravnega varstva. Vendar pa tretji vlagatelj v predhodni postopek pravnega varstva ni vstopil kot stranski intervenient na strani naročnika in s slednjim ni imel položaja enotnega sospornika (t.i. sosporniška intervencija – prvi odstavek 202. člena ZPP), kot to zatrjuje naročnik. Tretji vlagatelj se je zaradi načela zagotovitve kontradiktornosti imel pravico opredeliti do takratnih revizijskih navedb, vendar pa tretji vlagatelj (ki je imel v predhodnem postopku pravnega varstva položaj primerljiv izbranemu ponudniku) ni bil stranka (pred)revizijskega postopka. Stranke (pred)revizijskega postopka so določene v prvem in drugem odstavku 3. člena ZPVPJN, med katerimi pa ni izbranega ponudnika. Da izbrani ponudnik ni stranka (pred)revizijskega postopka, potrjuje tudi tretji odstavek 3. člena ZPVPJN, ki določa, da se ima pravico (pred)revizijskega postopka udeleževati tudi izbrani ponudnik – v

tem primeru ima enake pravice in dolžnosti kot stranka, če zakon ne določa drugače. Tretji vlagatelj se v predhodnem postopku pravnega varstva tudi ni mogel pridružiti naročniku kot njegov pomočnik (oz. kot stranski intervenient), ki lahko namesto njega opravlja procesna dejanja, predvidena z ZPVPJN, saj naročnik v predrevizijskem postopku nima položaja stranke, temveč ima položaj organa pravnega varstva, ki odloča o zahtevku za revizijo in ga lahko bodisi zavrne bodisi mu ugotovi in deloma ali v celoti razveljavi postopek oddaje javnega naročila. Pri odločanju o zahtevku za revizijo naročnik nastopa na podlagi zakonsko podeljenega pooblastila za odločanje o zahtevku za revizijo in ne kot enakopravna stranka. Priznanje vloge stranskega intervenienta izbranemu ponudniku bi tako lahko pripeljalo do položaja, ko bi izbrani ponudnik v primeru molka naročnika sam opravil procesno dejanje iz prvega odstavka 28. člena ZPVPJN in sam odločil o zahtevku za revizijo. Če ob upoštevanju navedenega gre tako zavrniti naročnikovo sklicevanje na institut sosporniške intervencije (202. člen ZPP) – posledično pa gre zavrniti tudi naročnikovo zavzemanje, da se zahtevka za revizijo tretjega vlagatelja ne sprejme v vsebinsko obravnavo.

Med vlagatelji in naročnikom je spor glede zakonitosti naročnikove odločitve, da vlagateljem sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka ne prizna. Državna revizijska komisija obširnih navedb kandidata GGD/Metrostav/CGP o (domnevni) nezakonitosti naročnikovega ravnanja pri tem, ko je priznal sposobnost za sodelovanje gospodarskim subjektom iz Turčije, vsebinsko ni presojala. Izpostavljene navedbe zadevni kandidat namreč navaja v vlogi, s katero se je na podlagi 27. člena ZPVPJN opredelil do revizijskih navedb. Sedanja ureditev pravnega varstva iz ZPVPJN izjasnitvi izbranega ponudnika (drugi odstavek 27. člena ZPVPJN) ne daje tudi lastnosti zahtevka za revizijo (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-240/2015). Izbrani ponudnik se ima skladno z drugim odstavkom 27. člena ZPVPJN pravico opredeliti do revizijskih navedb, ni pa ta vloga namenjena uveljavljanju novih, drugih kršitev naročnika, ki naj bi jih ta storil v postopku oddaje javnega naročila. Uveljavljanju domnevnih naročnikovih kršitev je namenjen zahtevek za revizijo, ki mora izpolnjevati vse procesne pogoje, določene v 26. oz. 31. členu ZPVPJN. Predmet zadevnega postopka pravnega varstva zato ne more biti vprašanje zakonitosti naročnikovega ravnanja pri pregledu prijav kandidatov, katerim je naročnik sposobnost za sodelovanje priznal.

Pred obravnavo revizijskih navedb vlagateljev, povezanih z (ne)utemeljenostjo razlog(ov) za nepriznanje sposobnosti, je Državna revizijska komisija presojala navedbe drugega vlagatelja, da je naročnik z izpodbijano odločitvijo posegel v pravnomočno odločitev.

Ugotoviti gre, kar med naročnikom in drugim vlagateljem tudi ni sporno, da je naročnik s prvo odločitvijo o priznanju sposobnosti drugemu vlagatelju priznal sposobnost. Kot že navedeno, zoper to odločitev sta bila vložena dva zahtevka za revizijo, v katerih sta takratna vlagatelja (med drugim) zatrjevala, da naročnik drugemu vlagatelju ne bi smel priznati sposobnosti, ker ta prihaja iz Kitajske, ki naj ne bi bila podpisnica sporazuma GPA oz. ki naj ne bi imela z EU oz. s Slovenijo sklenjenih ustreznih mednarodnih sporazumov. Državna revizijska komisija s sklepoma, št. 018-85/2020-48 in 018-85/2020-49, ni razveljavila prve odločitve o priznanju sposobnosti v delu, v katerem je naročnik drugemu vlagatelju priznal sposobnost, saj so se v predhodnem postopku pravnega varstva revizijskih očitki, povezani z naročnikovim pregledom prijave drugega vlagatelja, izkazali za neutemeljene. Je pa Državna revizijska komisija s sklepom, št. 018-85/2020-48 razveljavila prvo odločitev o priznanju sposobnosti (med drugim) v delu, ki se nanaša na odločitev o priznanju sposobnosti prvemu, tretjemu in četrtemu vlagatelju. Naročnik je sprejel novo, izpodbijano, odločitev o priznanju sposobnosti, s katero drugemu vlagatelju sposobnosti ni priznal.

Med strankama pa je sporno, ali je z zavrnitvijo zahtevkov za revizijo, vloženih zoper prvo naročnikovo odločitev o priznanju sposobnosti drugemu vlagatelju, postala prva odločitev o priznanju sposobnosti pravnomočna v delu, v katerem je naročnik drugemu vlagatelju priznal sposobnosti.

Državna revizijska komisija je o (smiselno) enakem pravnem vprašanju ob primerljivem dejanskem stanju že odločala v zadevi, št. 018-266/2014, na katero se v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo drugega vlagatelja sklicuje tudi naročnik. V zadevi št. 018-266/2014 (kjer je bil sicer uporabljen še Zakon o javnem naročanju iz leta 2006, ki pa v relevantnem delu vsebuje smiselno enake določbe kot ZJN-3) je Državna revizijska komisija pojasnila, da je postopek javnega naročanja razdeljen na več faz. Faza pregleda ponudb je zaključena šele, ko naročnik presodi pravilnost in primernost ponudb vseh sodelujočih ponudnikov, in šele zaključek faze pregleda in ocenjevanja ponudb predstavlja podlago za začetek naslednje faze postopka javnega naročanja – v navedeni zadevi je bila naslednja faza postopka javnega naročanja faza pogajanj. Odločitev naročnika o pravilnosti in primernosti ponudb sodelujočih ponudnikov postane pravnomočna šele po naročnikovi odločitvi o pravilnosti in primernosti vseh predloženih ponudb in po izčrpanem pravnem varstvu.

Izpostavljeno stališče je uporabljivo tudi v obravnavanem primeru. Kot že navedeno, naročnik oddaja javno naročilo po omejenem postopku, ki je dvofazni postopek. Z delno razveljavitvijo prve naročnikove odločitve o priznanju sposobnosti se je predmetni postopek javnega naročanja vrnil v fazo pregleda prijav, kar pomeni, da se faza pregleda predloženih prijav še ni zaključila, naročnikova odločitev, da nekaterim kandidatom prizna sposobnost, pa tudi po poteku roka, določenem v petem odstavku 25. člena ZPVPJN, še ni postala pravnomočna. Šele ko bo naročnik odločil tudi o (ne)priznanju sposobnosti tistim kandidatom, glede katerih je njegova odločitev v predhodnem postopku pravnega varstva razveljavljena in bo zoper to odločitev izčrpano pravno sredstvo, bo odločitev naročnika, katerim sodelujočim kandidatom (oz. skupinam kandidatov) bo priznal sposobnost in katerim ne, postala pravnomočna. Odločitev o priznanju sposobnosti namreč predstavlja enotno odločitev o tem, katerim kandidatom se sposobnost prizna in katerim kandidatom se sposobnosti ne prizna. Čeprav je torej naročnik prvo odločitev o priznanju sposobnosti v posameznih točkah izreka razdelil na več ločenih odločitev o statusu (torej o (ne)priznanju sposobnosti) posameznih kandidatov, ta ne predstavlja 14-ih ločenih in samostojnih odločitev o priznanju sposobnosti (posameznemu kandidatu), ki bi se osamosvojile in zaživele samostojno pravno življenje. Potrebno je namreč upoštevati, da mora naročnik pri pregledu prijav ravnati skladno z načelom enakopravne obravnave ponudnikov. To pomeni, da mora naročnik zagotoviti, da v fazi pregledovanja prijav med kandidati ni razlikovanja, zato mora naročnik gospodarske subjekte, ki so v enakih položajih enako obravnavati. Da pa lahko naročnik navedenemu sledi, mora imeti možnost svojo odločitev o (predhodni) oceni o skladnosti prijav z zahtevami naročnika in posledično odločitev o priznanju sposobnosti posameznemu kandidatu spremeniti (zoper to spremenjeno odločitev pa ima ta kandidat zagotovljeno pravno varstvo).

Delna razveljavitev prve odločitve o priznanju sposobnosti je tako preprečila nastop pravnomočnosti te odločitve tudi v delu, v katerem ni bila razveljavljena. Šele ko bo potekel rok za uveljavljanje pravnega varstva zoper zadnjo odločitev naročnika o priznanju sposobnosti posameznemu kandidatu, bo mogoče govoriti o pravnomočnosti odločitve o priznanju sposobnosti. Zato naročniku (kljub temu, da je imel ob sprejemu nove odločitve o priznanju sposobnosti možnost, da odloči le o statusu kandidatov, glede katerih je bila njegova predhodna odločitev razveljavljena) ni mogoče očitati kršitev, ko je (ponovno)

odločil o statusu vseh sodelujočih kandidatov in ko je tako z novo, izpodbijano, odločitvijo o priznanju sposobnosti ponovno odločal o (ne)priznanju sposobnosti drugemu vlagatelju.

Državna revizijska komisija pa tudi ne more pritrditi navedbam drugega vlagatelja o materialni pravnomočnosti prve odločitve o priznanju sposobnosti drugemu vlagatelju. V predhodnem postopku pravnega varstva Državna revizijska komisija ni presojala o skladnosti prijave drugega vlagatelja z naročnikovimi zahtevami in posledično tudi ni ugotovila, da ta izpolnjuje vse naročnikove zahteve in da mora naročnik drugemu vlagatelju priznati sposobnost. V postopku pravnega varstva Državna revizijska komisija namreč presoja naročnikovo ravnanje, pri čemer je na podlagi prvega odstavka 38. člena ZPVPJN omejena na očitane kršitve v zahtevku za revizijo. Poleg tega je bilo v predhodnem postopku pravnega varstva med strankami sporno, ali bi naročnik moral izključiti drugega vlagatelja iz razloga, ker ta prihaja iz države, ki naj ne bi bila podpisnica ustreznih mednarodnih sporazumov. Državna revizijska komisija je pojasnila, da naročnik takšne obveznosti nima, kar pa še ne pomeni, da naročnik gospodarskega subjekta iz države, ki ni podpisnica ustreznih mednarodnih sporazumov, ne sme izključiti. Državna revizijska komisija zato tudi ne more pritrditi stališču drugega vlagatelja, da naročnik z izpodbijano odločitvijo ni upošteval sklepov Državne revizijske komisije, št. 018-85/2020-48 in 018-85/2020-49, in da se naročnik zavzema za položaj *»ko bi Državna revizijska komisija morala presojati dejanja, ki se nanašajo na isti postopek oddaje javnega naročila in o katerih sta naročnik ali Državna revizijska komisija že pravnomočno odločila«*.

V zvezi z navedbami prvega, drugega in četrtega vlagatelja, da je izpodbijana odločitev v nasprotju z naročnikovimi predhodnimi ravnanji in da naročnik v predmetnem postopku javnega naročanja spreminja stališča, gre ponoviti, da je naročnik s prvo odločitvijo o priznanju sposobnosti vlagateljem priznal sposobnost, kar pomeni, da naročnik ob sprejemu prve odločitve razloga, ki ga sedaj navaja kot razlog za nepriznanje sposobnosti, ni štel kot razloga za nepriznanje sposobnosti. Vendar se je postopek javnega naročila z razveljavitvijo prve odločitve o priznanju sposobnosti vrnil v fazo pregledovanja prijav, kar pomeni, da lahko naročnik pri ponovnem pregledu prijav pride do drugačnih zaključkov kot pri prvotnem pregledu (prim. smis. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-4/2020). Tako lahko pride tudi do situacije, da naročnik pri prvotnem pregledu določeno prijavo oceni za skladno z zahtevami in prizna sposobnost posameznemu kandidatu, pri ponovnem pregledu pa se nato izkaže, da je ta prijava ni skladna z zahtevami, naročnik pa temu kandidatu sposobnosti ne prizna. Zato zgolj zaradi dejstva, da je naročnik pri sprejemu prve odločitve o priznanju sposobnosti in v predhodnih postopku pravnega varstva štel, da razlog, zaradi katerega z izpodbijano odločitvijo vlagateljem ni priznal sposobnosti, ne obstoji, naročniku ni mogoče očitati kršitev. Naročnik z navajanjem novih razlogov za nepriznanje sposobnosti v novi odločitvi o priznanju sposobnosti tudi ne more biti prekludiran, kot to zatrjuje prvi vlagatelj. V zvezi s sklicevanjem vlagatelja na prvi odstavek 16. člena ZPVPJN pa gre še dodati, da je ZPVPJN, kot to smiselno navaja tudi naročnik, uporabljen za vprašanja v zvezi s postopki pravnega varstva pri oddaji javnega naročila, in ne za vprašanja v zvezi z oddajo javnega naročila.

Naročnik je v izpodbijani odločitvi navedel, da prvi, drugi, tretji in četrti vlagatelj, skladno z 11. členom IZOPIZG, v povezavi s Smernicami, ne morejo sodelovati v tem postopku javnega naročanja, ker Kitajska ni niti podpisnica Sporazuma GPA niti nima s Slovenijo ali EU sklenjenega večstranskega ali dvostranskega trgovinskega sporazuma.

IZOOPIZG je začel veljati dne 31. 5. 2020, kar je po poteku roka za predložitev prijav, ki je bil določen na dan 17. 1. 2020. Prvi odstavek 11. člena IZOOPIZG določa, da se v postopkih javnega naročanja uporablja Sporočilo Komisije Smernice o udeležbi ponudnikov in blaga tretje države na trgu javnih naročil EU, torej Smernice. Pritrditi gre naročniku, da izpostavljanja določba naročnikom (pri oddaji javnih naročil, ki izpolnjuje kriterije iz II. dela tega zakona) nalaga obvezno uporabo Smernic, vendar pa ni mogoče pritrditi naročniku, da je s tem naročnikom naložena obveznost izključitve subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugih ustreznih mednarodnih sporazumov.

Iz Smernic (ki jih je sprejela Evropska komisija) izhaja, da se te (med drugim) nanašajo na razlago 25. člena Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (Uradni list EU, št. L 94/2014; v nadaljevanju: Direktiva 2014/24) in 43. člen Direktive 2014/25. Evropska komisija je pojasnila, da se je EU v več mednarodnih sporazumih (npr. Sporazumu o vladnih naročilih in dvostranskih sporazumih o prosti trgovini s poglavji o javnem naročanju) zavezala, da bo za nekatere gradnje, blago, storitve in gospodarske subjekte več tretjih držav zagotovila dostop do svojih trgov javnih naročil. Temu primerno direktive o javnem naročanju določajo, da javni naročniki zagotovijo obravnavo gradenj, blaga, storitev in gospodarskih subjektov iz držav podpisnic navedenih sporazumov, ki ni manj ugodna od obravnave gradenj, blaga, storitev in gospodarskih subjektov Unije, kadar jih zajemajo ti sporazumi. Zunaj okvira te obveznosti gospodarski subjeki iz tretjih držav, ki nimajo sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU ali katerih blago, storitve in gradnje niso zajeti v takem sporazumu, nimajo zagotovljenega dostopa do postopkov javnega naročanja v EU in so lahko izključeni.

Smernice torej pojasnjujejo, kateri gospodarski subjeki imajo pravno zagotovljen dostop do trga javnih naročil ter kateri gospodarski subjeki nimajo zagotovljenega dostopa in so zato lahko izključeni. Iz Smernic tako izhaja, da imajo (poleg gospodarskih subjektov iz držav članic EU) zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v EU le gospodarski subjeki, ki prihajajo iz držav, s katerimi je sklenjen Sporazum GPA oz. drug ustrezen mednarodni sporazum. Subjeki iz tretjih držav, ki nimajo sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU ali katerih blago, storitve in gradnje niso zajeti v takem sporazumu, nimajo zagotovljenega dostopa do postopkov javnega naročanja v EU in so »lahko« izključeni. Pritrditi gre zato navedbam drugega, tretjega in četrtega vlagatelja, da iz Smernic ne izhaja dolžnost naročnika, da izključi gospodarske subjekte iz držav, ki niso podpisnice ustreznih mednarodnih sporazumov, pač pa so ti gospodarski subjeki lahko izključeni. Navedenega ne spreminja naročnikovo sklicevanje na pojasnilo Komisije, podano v okviru Smernic, ko je ta na vprašanje *»Ali imajo vsi gospodarski subjeki z vsega sveta pravico dostopa do trga javnih naročil EU?«* pojasnila *»Ne, zagotovljen dostop do trga javnih naročil EU imajo samo subjeki, ki jih zajemajo večstranski in dvostranski trgovinski sporazumi«*. Izpostavljenega odgovora, v povezavi z vprašanjem, ni mogoče zgolj vzeti iz celotnega konteksta Smernic, pač pa ga je potrebno razumeti skupaj s celotnim besedilom Smernic. Iz Smernic izhaja, da so subjeki, ki nimajo zagotovljenega dostopa do trga javnih naročil EU lahko izključeni, zato tudi iz izpostavljenega odgovora, v povezavi z vprašanjem, izhaja (le), da nimajo vsi gospodarski subjeki z vsega sveta zagotovljenega dostopa; v kolikor pa gospodarski subjekt nima pravice dostopa do trga javnih naročil EU (oz. nima zagotovljenega dostopa), je *lahko* izključen.

Čeprav torej IZOOPIZG nalaga obvezno uporabo Smernic, pa Smernice ne nalagajo obvezne izključitve gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega

ustreznega mednarodnega sporazuma. Posledično ni mogoče pritrditi stališču naročnika, da mu IZOOPIZG, v povezavi s Smernicami, nalaga obvezno izključitev teh gospodarskih subjektov. Navedenega ne more spremeniti naročnikovo sklicevanje na namen in cilj IZOOPIZG. Naročniku gre sicer pritrditi, da je bil IZOOPIZG sprejet z namenom izboljšanje gospodarskih razmer (tudi v gradbeništvu), ki so posledica COVID-19, kar je tudi razvidno iz 2. člena IZOOPIZG, ki določa, da je namen zakona omogočiti pospešen zagon pomembnih investicij v Republiki Sloveniji v najkrajšem možnem času po koncu epidemije COVID-19, kar bo omogočilo hitrejši zagon gospodarske aktivnosti in rasti na ključnih investicijskih sektorjih slovenskega gospodarstva in s tem hitrejše okrevanje slovenskega gospodarstva. Vendar pa 11. člena IZOOPIZG (ne glede na namen tega zakona) ni mogoče razlagati na način, da določa obvezno izključitev gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma, saj določa »zgolj« obvezno uporabo Smernic, iz katerih pa ne izhaja dolžnost naročnika, da izključi gospodarske subjekte iz držav, ki niso podpisnice ustreznih mednarodnih sporazumov, pač pa izhaja, da so ti gospodarski subjekti lahko izključeni.

IZOOPIZG, v povezavi s Smernicami, torej daje možnost za izključitev gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma. Državna revizijska komisija ni presojala navedb drugega, tretjega in četrtega vlagatelja glede pravne narave Smernic, navedb tretjega vlagatelja glede (ne)jasnosti o tem, katera vsebina Smernic naj bi na podlagi IZOOPIZG postala obvezna, ter navedb (vseh) vlagateljev, da se naročnik ne more sklicevati na IZOOPIZG, v povezavi s Smernicami, ker ta zakon ob poteku roka za predložitev prijav še ni veljal (in posledično tudi ne naročnikovih navedb, da gre pri uporabi tega zakona in Smernic za dopustno nepravo retroaktivnost). Tudi če bi vlagatelji uspeli izkazati, da naročnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila ne bi smel uporabiti IZOOPIZG, bi bilo potrebno ugotoviti, da je bila možnost, ki jo naročnikom daje IZOOPIZG, v povezavi s Smernicami (tj. izključitev gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma), pravno urejena že pred sprejemom tega zakona. Že pred začetkom postopka oddaje zadevnega javnega naročila (kot tudi ob poteku roka za predložitev prijav) je namreč obstajala pravna podlaga za izključitev gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma.

ZJN-3 v 11. členu *»pogoji, povezani s Sporazumom GPA in drugimi mednarodnimi sporazumi«* določa, da mora biti pri oddaji javnega naročila, katerega predmet zajema Sporazum o vladnih nabavah, sklenjen v okviru Svetovne trgovinske organizacije ali drug obvezujoč sporazum Evropske unije ali Republike Slovenije, vsem gospodarskim subjektom iz tretjih držav zagotovljena enaka obravnava, kot je zagotovljena gospodarskim subjektom iz držav članic Evropske unije. Izpostavljena določba v slovenski pravni red prenaša 25. člen Direktive 2014/24 (Pogoji, povezani s Sporazumom GPA in drugimi mednarodnimi sporazumi), ki določa, da javni naročniki zagotovijo obravnavo gradenj, blaga, storitev in gospodarskih subjektov iz držav podpisnic navedenih sporazumov, ki ni manj ugodna od obravnave gradenj, blaga, storitev in gospodarskih subjektov Unije, kadar jih zajemajo priloge 1, 2, 4 in 5 ter splošne pripombe k Dodatku I (v zvezi z Evropsko unijo) k Sporazumu GPA ter drugi mednarodni sporazumi, ki zavezujejo Unijo, ter 43. člen Direktive 2014/25, ki določa, da naročniki v smislu člena 4(1)(a), ki so zajeti v prilogah 3, 4 in 5 ter splošnih opombah k Dodatku I (v zvezi z Evropsko unijo) k Sporazumu GPA ter drugih mednarodnih sporazumih, ki zavezujejo Unijo, zagotovijo obravnavo gradenj, blaga, storitev in gospodarskih subjektov iz držav podpisnic navedenih sporazumov, ki ni manj ugodna od obravnave gradenj, blaga, storitev in gospodarskih subjektov Unije.

Ne glede na vprašanje, ali so v obravnavanem primeru relevantne določbe Direktive 2014/24 ali določbe Direktive 2014/25 (kot to zatrjuje naročnik), gre ugotoviti, da iz obeh direktiv izhaja obveznost naročnika, da v postopku oddaje javnega naročila enako obravnava gospodarske subjekte iz držav članic EU ter gospodarske subjekte iz držav podpisnic mednarodnih sporazumov (Sporazum GPA in drugi mednarodni sporazumi), če sporazum zajema predmet javnega naročila. Po nasprotnem razlogovanju naročnik nima obveznosti enakega obravnavanja gospodarskih subjektov iz držav članic EU in gospodarskih subjektov, ki z EU ali Republiko Slovenijo nimajo sklenjenega ustreznega sporazuma. Ob upoštevanju navedenega je potrebno razlagati tudi določbo 11. člena ZJN-3, s katero sta bili izpostavljeni določbi direktiv implementirani. Pritrditi gre sicer drugemu vlagatelju, da 11. člen ZJN-3 določa, da mora naročnik v primeru, če je predmet javnega naročila zajet s Sporazumom GPA ali drugim mednarodnim sporazumom, zagotoviti enako obravnavo gospodarskih subjektov iz držav članic EU ter gospodarskih subjektov iz »tretjih držav«. Vendar pa besedne zveze »tretjih držav« ni mogoče razlagati v smislu 30. točke drugega odstavka 2. člena ZJN-3 (tretja država je država, ki ni članica Evropske unije ali države, ki ni podpisnica Sporazuma o ustanovitvi Evropskega gospodarskega prostora), torej na način, da če je predmet javnega naročila zajet s Sporazumom GPA ali drugim mednarodnim sporazumom, je naročnik dolžan vse gospodarske subjekte, ne glede na to, iz katere države prihajajo, obravnavati enako. Takšna razlaga bi povsem razvrednotila smisel in pomen Sporazuma GPA in mednarodnih sporazumov. Ob upoštevanju Direktive 2014/24 oz. Direktive 2014/25 je potrebno 11. člen ZJN-3 razlagati na način, da nalaga naročniku obveznost, da v postopku oddaje javnega naročila enako obravnava gospodarske subjekte iz držav članic EU ter (le) gospodarske subjekte iz tretjih držav podpisnic mednarodnih sporazumov (Sporazum GPA in drugi mednarodni sporazumi), če sporazum zajema predmet javnega naročila.

Naročnik ima torej, na podlagi 25. člena Direktive 2014/24 oz. 43. člena Direktive 2014/25 in 11. člena ZJN-3, možnost omejiti sodelovanje določenim gospodarskim subjektom iz tretjih držav, ki nimajo sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU ali katerih blago, storitve in gradnje niso zajeti v takem sporazumu. Zavrnti gre zato navedbe drugega vlagatelja, da naročnik nima pravne podlage za neposredno izključitev gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazum GPA in drugih mednarodnih sporazumov. Pri tem pa gre še poudariti, da ima naročnik možnost omejiti sodelovanje določenim gospodarskim subjektom, ne pa tudi dolžnosti – to pomeni, da se o morebitnih omejitvah naročnik lahko odloči sam, upošteva pri tem specifične okoliščine konkretnega naročila oz. specifične razmere na trgih javnih naročil. Državna revizijska komisija v takšno naročnikovo avtonomno odločitev ne more posegati, saj lahko v postopku pravnega varstva naročnikova ravnanja v primeru ugotovljenih kršitev le razveljavi, ne more pa namesto naročnika sprejemati odločitev v postopku oddaje javnega naročila oz. ne more naložiti naročniku, na katerega izmed možnih dopustnih načinov naj ravna.

Ugotoviti gre, da imajo drugi, tretji in četrti vlagatelj (ki so oddali samostojne prijave) sedež na Kitajskem. V prijavi prvega vlagatelja kot partnerja nastopata dva gospodarska subjekta; in sicer subjekt s sedežem na Kitajskem in subjekt s sedežem v Sloveniji. Prvi vlagatelj s sklicevanjem na dejstvo, da v njegovi prijavi nastopa tudi subjekt s sedežem v Sloveniji, ne more uspeti, saj se določba 11. člena ZJN-3 nanaša na gospodarske subjekte, ki lahko v prijavi nastopajo v različnih vlogah (samostojni ponudnik, partner, podizvajalec, drugi subjekt). To pomeni, da lahko naročnik na podlagi 11. člena ZJN-3 omeji sodelovanje tudi kandidatu, ki je oddal prijavo, v kateri (ne glede na prevzeto vlogo v prijavi) nastopa gospodarski subjekt iz tretje države, ki nima sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU.

Glede izpolnjevanja zahteve, da je gospodarski subjekt iz države članice EU ali iz države, ki je podpisnica Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma, pa ni uporabljen institut uporabe zmogljivosti drugih subjektov (ki je sicer uporabljen glede izkazovanja izpolnjevanja nekaterih pogojev za sodelovanje), saj se ta zahteva nanaša na lastnost, ki je vezana na osebo gospodarskega subjekta.

Vsi vlagatelji zatrjujejo, da se je naročnik z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila vnaprej odpovedal možnosti izključitve gospodarskih subjektov iz Kitajske oz. iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma. Naročnik je na Portalu javnih naročil na vprašanje zainteresiranega gospodarskega subjekta *»Ali lahko ponudnik, registriran na Kitajskem, odda prijavo za sodelovanje (izpolnjevanje pogojev ni ovira)?«* odgovoril *»da«* (glej vprašanje in odgovor št. 41, objavljena na Portalu javnih naročil dne 9. 12. 2019 ob 13:15 uri). Naročnik je nadalje na mnenje zainteresiranega gospodarskega subjekta, da mora naročnik, skladno s Smernicam, izključiti iz postopka javnega naročanja vsa podjetja iz držav, ki nimajo sklenjenih bilateralnih sporazumov z EU in da bi moral naročnik upoštevati recipročnost in dovoljevati sodelovanje na javnem naročilu samo podjetjem iz tistih držav, ki tudi same zagotavljajo enakopraven nastop na javnih naročilih, odgovoril, *»Vaša interpretacija je napačna. Naročnik ne omejuje in ne razlikuje ponudnikov iz EU in tretjih držav, navedeno pa ni v nasprotju niti z veljavno zakonodajo niti z Direktivami. Zahteve naročnika tako ostajajo nespremenjene«* (glej vprašanje in odgovor št. 117, objavljena na Portalu javnih naročil dne 23. 12. 2019 ob 14:37 uri).

Pritrditi gre vlagateljem, da je naročnik z izpostavljenima odgovoroma, ki štejeta kot del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (prim. prvi in drugi odstavek 67. člena ZJN-3), predvidel, da lahko subjekti iz Kitajske sodelujejo v postopku in da ne bo razlikoval med gospodarskimi subjekti iz EU in tretjih držav. Čeprav bi ugotovitev, da je izpodbijana odločitev v nasprotju z določbami predmetne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, narekovala razveljavitev odločitve o priznanju sposobnosti, v obravnavanem primeru ne gre prezreti, da je, glede na trenutno zakonodajo, naročnikova avtonomna odločitev, ali bo omogočil sodelovanje subjektom iz države, ki ni podpisnica sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma. Iz naročnikovih navedb v odločitvah o zavrnitvi zahtevkov za revizijo je razvidno, da je v postopku oddaje javnega naročila 11. člen ZJN-3 razlagal na način, da mu ta ne omogoča izključitve gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma, in da mu je šele IZOPIZG, s sklicevanjem na Smernice, omogoča izključitev teh subjektov. Iz naročnikovih navedb (in ravnanj) izhaja njegova odločitev, da subjektom iz držav, ki niso podpisnice sporazuma GPA ali drugega mednarodnega sporazuma, na podlagi katerega bi jim bil zagotovljen dostop do trga javnih naročil, ne omogoči sodelovanja v predmetnem postopku oddaje javnega naročila. Naročnika določbe ZJN-3 ne zavezujejo, da postopek oddaje javnega naročila zaključi z oddajo javnega naročila, saj lahko naročnik postopek oddaje javnega naročila zaključi brez oddaje javnega naročila oz. brez izbire najugodnejšega ponudnika, med drugim tudi iz razloga neustrezne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik, ki se je odločil, da ne omogoči sodelovanja subjektom iz držav, ki nimajo sklenjenih ustreznih mednarodnih pogodb, lahko z namenom poprave dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila odstopi od izvedbe zadevnega postopka javnega naročanja in začne z novim postopkom javnega naročanja, v katerem (bodisi vnaprej izrecno bodisi šele ob pregledu prijav oz. ponudb) ne omogoči sodelovanja subjektom iz držav, ki nimajo sklenjenih ustreznih mednarodnih pogodb. Vlagatelji si zato z ugoditvijo zahtevkom za revizijo iz razloga kršitve drugega odstavka 67. člena ZJN-3 ne bi mogli izboljšati svojega pravnega položaja, saj tudi v novem postopku javnega naročanja zadevno javno naročilo ne bi moglo



biti oddano nobenemu izmed vlagateljev, ker, kot že navedeno, se ta zahteva nanaša na lastnost, ki je vezana na osebo gospodarskega subjekta. Pravno posledico, za katero se zavzema naročnik, in sicer da onemogoči sodelovanje gospodarskih subjektov, ki prihajajo iz držav, ki niso podpisnice sporazuma GPA ali drugega (ustreznega) mednarodnega sporazuma, pa je mogoče doseči že v tem postopku.

Prvi, tretji in četrti vlagatelj v zahtevkih za revizijo nasprotujejo naročnikovemu zaključku, da država, iz katere prihajajo (tj. Kitajska), nima sklenjenega ustreznega sporazuma, ki bi gospodarskim subjektom iz te države omogočal dostop do predmetnega javnega naročila. Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda na spletno stran <https://e-gpa.wto.org/en/Agreement/Latest> ugotavlja, da s Kitajsko ni sklenjen sporazum GPA. Da bi bila Kitajska podpisnica Sporazuma GPA, vlagatelji tudi ne zatrjujejo. Iz navedb tretjega vlagatelja je razvidno, da se ta strinja z naročnikovo ugotovitvijo, da Kitajska ni podpisnica Sporazuma GPA, saj navaja, da ima ta država status opazovalke Sporazuma GPA. Status podpisnice sporazuma pa ne more biti enak statusu opazovalke sporazuma.

Prvi, tretji in četrti vlagatelj v zahtevkih za revizijo zatrjujejo, da ima Kitajska z EU oz. Slovenijo sklenjene mednarodne sporazume, ki jim omogočajo sodelovanje v predmetnem postopku oddaje javnega naročila, pri čemer se navedeni vlagatelji sklicujejo na Sporazum o gospodarskem sodelovanju, tretji in četrti vlagatelj se sklicujeta še na Sporazum EGS – Kitajska in Sporazum o vzajemni zaščiti investicij, četrti vlagatelj pa še na Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju.

V zvezi z izpostavljenimi navedbami gre najprej pojasniti, da je iz obeh direktiv, 11. člena ZJN-3 in Smernic razvidno, da za zagotovitev dostopa do trga javnih naročil ne zadošča obstoj kakršnihkoli mednarodnih sporazumov, pač pa mora biti na podlagi mednarodnega sporazuma zagotovljen dostop do trga javnih naročil, pri čemer mora sporazum zajemati (tudi) predmet konkretnega javnega naročila.

Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je razvidno, da izvedba predmetnega javnega naročila predstavlja gradnjo predorov s servisnima cevema in pripadajočo predorsko opremo. Naročnik je tudi opredelil dela, ki so predmet javnega naročila, in sicer izvedba izkopnih del za gradnjo predorov, izvedba gradbenih del za gradnjo predorov, platojev in portalov ter pripadajočih objektov, izvedba spodnjega ustroja železniške proge s potrebnimi pripadajočimi objekti izven predorov in ureditev sistema požarne vode (glej točki II.1.4 in II.2.3 obvestila o naročilu in Poglavje 1 »*Povabilo k oddaji prijave za sodelovanje*« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila). Naročnik je javno naročilo tudi opredelil s CPV kodo 45000000 »*Gradbena dela*« in CPV kodo 45200000 »*Dela na objektih ali delih objektov visoke in nizke gradnje*« (glej točki II.1.4 in II.2.3 obvestila o naročilu (glej točki II.1.2 in II.2.2 obvestila o naročilu). Glede na navedeno gre ugotoviti, da je predmet zadevnega javnega naročila izvedba gradnje.

Državna revizijska komisija pritrjuje naročniku, da iz nobenega izmed sporazumov, na katere se sklicujejo vlagatelji, ne izhaja, da bi imeli subjekti iz Kitajske zagotovljen dostop do predmetnega javnega naročila, katerega predmet je izvedba gradnje.

S Sporazumom EGS – Kitajska sta se pogodbenici dogovorili, da si v okviru medsebojnih trgovinskih odnosov priznavata obravnavanje po načelu največjih ugodnosti v vseh zadevah, ki se nanašajo na (a) carine in dajatve vseh vrst pri uvozu, izvozu, ponovnem izvozu ali tranzitu proizvodov, vključno s postopki za pobiranje takih dajatev; (b) predpise, postopke in

formalnosti v zvezi s carinjenjem, tranzitom, skladiščenjem in pretovarjanjem uvoženih ali izvoženih proizvodov, (c) neposredne ali posredne davke in druge neposredne ali posredne notranje dajatve na uvožene ali izvožene proizvode ali storitve; (d) upravne formalnosti za izdajo uvoznih ali izvoznih dovoljenj (glej 3. člen Sporazuma EGS – Kitajska). Pogodbenici sta se nadalje sporazumeli, da bosta razvijali gospodarsko sodelovanje na vseh področjih, zlasti pa na področjih industrije in rudarstva, kmetijstva, vključno z živilsko industrijo, znanosti in tehnologije, energije, prometa in zvez, varstva okolja in sodelovanja v tretjih državah (glej 10. člen Sporazuma EGS – Kitajska). Pogodbenici si za doseganje ciljev tega sporazuma prizadevata omogočiti in spodbujati skupno proizvodnjo in skupna vlaganja, skupno izrabo, prenos tehnologije, sodelovanje med finančnimi ustanovami, obiske, stike in dejavnosti za spodbujanje sodelovanja med posamezniki, delegacijami in gospodarskimi organizacijami, organizacijo seminarjev in simpozijev, svetovanje, tehnično pomoč, vključno z usposabljanjem osebja in stalno izmenjavo informacij o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju (glej 11. člen Sporazuma EGS – Kitajska).

Ob upoštevanju predstavljene vsebine Sporazuma EGS – Kitajska gre pritrđiti naročniku, da se ta sporazum ne nanaša niti na zagotovitev dostopa do trga javnih naročil niti na predmet konkretnega javnega naročila. Pritrditi gre sicer tretjemu in četrtemu vlagatelju, da se sporazum nanaša tudi na sodelovanje na področju prometa, vendar pa predmet javnega naročila ni »*promet*«, pač pa gradnja železnice. Področja »*promet in zveze*« pa ni mogoče tako široko razlagati, da ta zajema tudi gradnjo železnice, ki bo namenjena prometu.

V zvezi s sklicevanjem četrtega vlagatelja na Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju zadošča ugotovitev, da je ta sporazum prenehal veljati z dnem uveljavitve Sporazuma o gospodarskem sodelovanju, ki je začel veljati dne 29. 6. 2007 (glej Obvestilo o začetku veljavnosti Sporazuma med Vlado Republike Slovenije in Vlado Ljudske republike Kitajske o gospodarskem sodelovanju in prenehanju veljavnosti Sporazuma med Vlado Republike Slovenije in Vlado Ljudske republike Kitajske o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju, objavljeno v Uradnem listu RS, št. 71/2007). Na podlagi tega sporazuma (ki je prenehal veljati) zato ni mogoče zaključiti, da ima Kitajska s Slovenijo sklenjen mednarodni sporazum, ki prvi omogoča dostop do trga javnih naročil v Sloveniji.

S Sporazumom o gospodarskem sodelovanju sta se pogodbenici, ob upoštevanju sedanjega stanja in prihodnjih gospodarskih odnosov, strinjali, da obstajajo možnosti za morebitno dolgoročno sodelovanje, med drugim na področjih: industrija in rudarstvo, kmetijstvo, vključno s kmetijsko dejavnostjo, znanost in tehnologija, energetika, komunikacije, prevoz, varstvo okolja in sodelovanje v tretjih državah (glej 4. člen Sporazuma o gospodarskem sodelovanju). Nadalje sta se pogodbenici dogovorili, da si za uresničevanje ciljev tega sporazuma med drugim prizadevata omogočiti in spodbujati: stike in sodelovanje med vladnimi ustanovami, organizacijo sejmov, razstav in srečanj trgovinske narave, krepitev vezi med podjetji in drugimi gospodarskimi subjekti, obiske, ustvarjanje stikov in izvajanje dejavnosti za spodbujanje sodelovanja med posamezniki, delegacijami in gospodarskimi organizacijami ter spodbujanje majhnih in srednjih podjetij, da sodelujejo pri dvostranskih gospodarskih odnosih (glej 5. člen Sporazuma o gospodarskem sodelovanju).

Pritrditi gre naročniku, da se izpostavljeni sporazum ne nanaša niti na zagotovitev dostopa do trga javnih naročil niti na predmet konkretnega javnega naročila – tj. izvedba gradnje. Sporazum o gospodarskem sodelovanju se sicer nanaša tudi na sodelovanje na področju prometa, vendar pa, kot že navedeno, predmet javnega naročila ni »*promet*«, pač pa gradnja

železnice. Področja »promet« pa ni mogoče tako široko razlagati, da zajema tudi gradnjo železnice, ki bo namenjena prometu.

S Sporazumom o vzajemni zaščiti investicij sta se pogodbenici dogovorili, da bo vsaka država pogodbenica spodbujala investitorje druge države pogodbenice k investiranju na svojem ozemlju in dopuščala tako investiranje v skladu s svojimi zakoni in predpisi (glej 2. člen Sporazuma o vzajemni zaščiti investicij), pri čemer za namene tega sporazuma »investicija« pomeni vsakovrstna sredstva, ki jih investitorji ene države pogodbenice investirajo v skladu z zakoni in predpisi druge države pogodbenice na ozemlju slednje in ki obsegajo predvsem: (a) premično in nepremično lastnino ter druga lastninska upravičenja; (b) delnice v podjetjih ali druge oblike udeležbe v takih podjetjih; (c) denarne zahtevke ali zahtevke glede storitev, ki imajo ekonomsko vrednost; (d) avtorske pravice, industrijsko lastnino, know-how in tehnološke procese; (e) zakonito dodeljene koncesije skupaj s koncesijami za iskanje in izkoriščanje naravnih virov (glej 1. člen Sporazuma o vzajemni zaščiti investicij).

Pritrditi gre naročniku, da zagotovitev dostopa do trga javnih naročil ni del tega sporazuma. Kot je to razvidno že iz njegovega naslova, se ta sporazum nanaša na investicije, pri čemer niti sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila niti izvedbe gradnje ni mogoče šteti za investicijo v smislu 1. člena Sporazuma o vzajemni zaščiti investicij. V zvezi s sklicevanjem četrtega vlagatelja na odločbo arbitražnega tribunala (UNCITRAL) v zadevi Luigiterzo Bosca proti Litvi, gre še pojasniti, da je že iz navedb četrtega vlagatelja razvidno, da se ta nanaša na sporazum, sklenjen med Italijo in Litvo (in ne na sporazum sklenjen med Slovenijo in Kitajsko), zato na podlagi te odločbe ni mogoč zaključek, da nameravano sodelovanje v postopku javnega naročila predstavlja nameravano investicijo. Poleg tega se izpostavljen zadeva, kot to navaja tudi naročnik, nanaša na vprašanje prodaje deleža v gospodarski družbi in ne na postopek oddaje javnega naročila, katerega predmet je izvedba gradnje.

Glede na navedeno gre ugotoviti, da vlagatelji niso izkazali, da bi Kitajska bila podpisnica sporazuma GPA ali drugega mednarodnega sporazuma, ki bi jim omogočal sodelovanje v predmetnem postopku oddaje javnega naročila. Pravne podlage, ki bi vlagateljem zagotavljal dostop do predmetnega javnega naročila, pa ni našla niti Državna revizijska komisija.

Tretji in četrti vlagatelj naročniku očitata še kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov, in sicer zatrjujeta, da je naročnik različno obravnaval gospodarske subjekte iz Kitajske in gospodarske subjekte iz Turčije, ki naj bi bili po navedbah tretjega in četrtega vlagatelja v enakem pravnem položaju. V zvezi z navedbami tretjega vlagatelja, da naročnikova odločitev ni ustrezno obrazložena, ker ne vsebuje razlogov za razlikovanje med navedenimi gospodarskimi subjekti, gre pojasniti, da ni nujno, da bi bila naročnikova obrazložitev vseobsežna, torej takšna, da bi zajemala prav vse podrobnosti posameznih razlogov, na podlagi katerih je naročnik sprejel odločitev. Zaradi umanjkanja razlogov za različno obravnavo navedenih gospodarskih subjektov v izpodbijani odločitvi tretjemu vlagatelju ni bilo onemogočeno pravno varstvo, saj je lahko v zahtevku za revizijo zatrjeval in dokazoval, da je potrebno navedene gospodarske subjekte obravnavati enako, ker je njihov položaj primerljiv, kar je tretji vlagatelj v zahtevku za revizijo tudi zatrjeval in dokazoval.

Pritrditi gre navedbam naročnika, da je Turčija z EU podpisala pridružitveni sporazum in ima status kandidate za članstvo v EU, kot tudi navedbam, da je Turčija vključena v nekatere EU programe. Nadalje gre pritrditi naročniku, da sta se s Sporazum Slovenija – Turčija pogodbenici dogovorili za sodelovanje na področju industrije in tehnologije in kot možno področje sodelovanje opredelili tudi gradbeništvo in izvajalske dejavnosti (glej 5. člen

Sporazuma Slovenija – Turčija), kamor spada tudi izvedba predmetnega javnega naročila. Poleg tega je naročnik s sklicevanjem na 42 projektov, v okviru katerih je bil gospodarskim subjektom iz EU omogočen dostop do trga javnih naročil v Turčiji, prepričljivo izkazal obstoj dejanske vzajemnosti oz. da je gospodarskim subjektom iz EU dejansko omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije. Pri tem pa gre še poudariti, da niti tretji niti četrti vlagatelj v zahtevku za revizijo ne zatrjujeta, da gospodarskim subjektom iz EU dejansko ni omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije, kot tudi ne, da je gospodarskim subjektom iz EU dejansko omogočen dostop do trga javnih naročil Kitajske.

Ob upoštevanju izpostavljenih navedb naročnika ni mogoče pritrditi tretjemu in četrtemu vlagatelju, da so gospodarski subjekti iz Turčije v primerljivem pravnem položaju kot gospodarski subjekti iz Kitajske. Ker načelo enakopravne obravnave naročniku nalaga, da primerljivih položajev ne obravnava različno in da različnih položajev ne obravnava enako, naročniku ni mogoče očitati kršitev, ko je gospodarske subjekte iz Turčije (katerim je naročnik omogočil sodelovanje v predmetnem postopku) obravnaval drugače kot gospodarske subjekte iz Kitajske (katerim naročnik ni omogočil sodelovanja v predmetnem postopku).

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelji v okviru zahtevka za revizijo niso izkazali naročnikovih kršitev, ko jim ni omogočil sodelovanja v predmetnem postopku javnega naročanja iz razloga, ker prihajajo iz države, ki ni niti podpisnica Sporazuma GPA niti nima s Slovenijo ali EU sklenjenega večstranskega ali dvostranskega trgovinskega sporazuma.

Ker je že na podlagi navedenega potrebno ugotoviti neutemeljenost zahteve tretjega in četrtega vlagatelja za razveljavitev izpodbijane odločitve o nepriznanju sposobnosti tretjemu oz. četrtemu vlagatelju, Državna revizijska komisija v nadaljevanju preostalih revizijskih navedb, ki jih ta vlagatelja podajata v utemeljitev slednjega, ni obravnavala. Vsebinska presoja utemeljenosti v odločitvi o (ne)priznanju sposobnosti navedenega drugega razloga za nepriznanje sposobnosti tretjemu vlagatelju, ki se nanaša na pravočasnost predloženih dokazil, in vsebinska presoja utemeljenosti drugih razlogov za nepriznanje sposobnosti četrtemu vlagatelju, ki jih navaja naročnik v izpodbijani odločitvi, namreč, ob upoštevanju, da za nepriznanje sposobnosti tretjemu oz. četrtemu vlagatelju zadostuje že en razlog, ne bi mogla več vplivati na vsebinsko drugačno odločitev Državne revizijske komisije v tem postopku. V posledici navedenega je Državna revizijska komisija dokazne predloge tretjega vlagatelja, s katerimi želi ta dokazati navedbe o pravočasnosti predloženih dokazil, in dokazne predloge četrtega vlagatelja, s katerimi želi ta dokazati navedbe o naročnikovih kršitvah, ki se nanašajo na druge razloge za nepriznanje sposobnosti četrtemu vlagatelju, zavrnila kot nepotrebne.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da prvi vlagatelj, drugi vlagatelj, tretji vlagatelj in četrti vlagatelj v okviru revizijskih navedb niso uspeli izkazati naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila, ko jim iz razloga, ker prihajajo iz države, ki ni podpisnica Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma, ni priznal sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi in jih posledično ne bo povabil k oddaji ponudbe. Državna revizijska komisija je zato, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo zahtevek za revizijo prvega vlagatelja, zahtevek za revizijo drugega vlagatelja, zahtevek za revizijo tretjega vlagatelja in zahtevek za revizijo četrtega vlagatelja kot neutemeljene zavrnila.

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

Prvi, drugi, tretji in četrti vlagatelj so uveljavljali tudi povračilo stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelji z zahtevki za revizijo niso uspeli, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, zato je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, zavrnila tudi zahteve vlagateljev za povrnitev stroškov.

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

Povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, v vlogah, s katerimi sta se opredelila do navedb vlagatelja, zahtevata tudi kandidat Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin in kandidat GGD/Metrostav/CGP. Tudi če bi ob smiselni uporabi 70. člena ZPVPJN ali določb ZPP (v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN) obstaja pravna podlaga za povrnitev stroškov subjektu, ki ni izbrani ponudnik, pač pa kandidat s priznano sposobnostjo (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-33/2013, 018-119/2019, 018-182/2019), bi povrnitev stroškov morala temeljiti na ugotavljanju potrebnosti stroškov (osmi odstavek 70. člena ZPVPJN in prvi odstavek 155. člena ZPP). V takem primeru bi bilo treba ugotoviti, da priglašeni stroški niso bili potrebni, saj niti prispevek kandidata Kolektor/Yapi Merkezi/□zaltin niti prispevek kandidata GGD/Metrostav/CGP k rešitvi zadeve ni bil bistven in ni pripomogel ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 4. točke izreka tega sklepa.

V Ljubljani, 22. 12. 2020

Predsednik senata:  
mag. Gregor Šebenik  
član Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- prvi vlagatelj,
- tretji vlagatelj,
- kandidati s priznano sposobnostjo,
- info@selih.si,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vročiti (po pošti):

- Odvetniška družba Potočnik in Prebil, o.p., d.o.o., Ajdovščina 4, 1000 Ljubljana,
- Odvetniška družba Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Tivolska cesta 48, 1000 Ljubljana,
- Odvetniki Šelih & partnerji o.p., d.o.o., Komenskega ulica 36, 1000 Ljubljana.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.