



Republika Slovenija

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

Številka: 018-182/2020-26

S K L E P

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Sama Červeka, kot predsednika senata, ter Tadeje Pušnar in mag. Gregorja Šebenika kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradnja objektov drugega tira železniške proge – odsek 1: Divača – Črni Kal*«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki sta ga skupaj vložili družba Euro-Asfalt, d.o.o., Sarajevo, Rajlovac BB, Sarajevo, Bosna in Hercegovina, ter družba İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret, A.Ş., Merkez Mah. Şilahşör Cad. Hilton Otel Apt. No:42/1 Şişli – Istanbul, Turčija, slednjo po pooblastilu zastopa odvetnica Nataša Štelcer, Vita Kraigerja 3, Maribor (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika 2TDK, d.o.o., Železna cesta 18, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 27. 11. 2020

o d l o č i l a :

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

O b r a z l o ž i t e v :

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

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

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

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

kandidatom oz. skupinam kandidatov, med drugim vlagatelju, sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi oddaje javnega naročila naročnik ni priznal.

V obrazložitvi odločitve o priznanju sposobnosti je naročnik v zvezi z vlagateljevo prijavo najprej citiral del odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-84/2020-51, nato pa zaključil, da bi vlagatelj moral, skladno s pozivom naročnika, predložiti pooblastilo za pridobitev podatkov iz kazenske evidence ali dokazilo o nekaznovanosti za osebo B. V. – ker vlagatelj tega ni storil, se na podlagi petega odstavka 89. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) in izpostavljenega sklepa Državne revizijske komisije vlagatelju ne prizna sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila.

Vlagatelj je z vlogo z dne 26. 10. 2020 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev naročnikove odločitve o priznanju sposobnosti v 6. točki izreka, v kateri naročnik vlagatelju sposobnosti ni priznal, ter povrnitev stroškov pravnega varstva. Vlagatelj navaja, da je predložil vso potrebno in zahtevano dokumentacijo. Iz naročnikovega poziva ne izhaja, da bi bil pozvan na predložitev dokazil o nekaznovanosti za podizvajalca na drug datum, kot na datum izteka roka za oddajo prijave, saj ga je naročnik pozval na predložitev dokazil o neobstoju razlogov za izključitev skladno s prvim odstavkom 75. člena ZJN-3, pri čemer je bilo dodano, da bo naročnik kot ustrezna štel dokazila o nekaznovanosti, ki so bila izdana v obdobju od dne 20. 10. 2019 do dne 17. 3. 2020. Vlagatelj je torej moral predložiti dokazila za osebe, ki so bile v smislu prvega odstavka 75. člena ZJN-3 relevantne na dan oddaje ponudbe/prijave. Naročnik v pozivu ni niti napisal, na kateri presečni datum oz. na kateri dan, morajo potrdila izkazovati neobstoje izključitvenih razlogov, niti ni poimensko zahteval predložitve dokazila za osebo B. V. Naročnik (in pred njim Državna revizijska komisija) enačita vprašanje, na kateri datum se mora oz. sme presojati obstoj izključitvenih razlogov, in vprašanje, katera dokazila sme naročnik upoštevati za presojo izključitvenih razlogov. Odgovor na prvo vprašanje je jasen, in sicer na dan izteka roka za oddajo ponudb. Glede odgovora na drugo vprašanje pa vlagatelj navaja, da sme naročnik upoštevati dokazila, izdana v obdobju od dne 20. 10. 2019 do dne 17. 3. 2020, kar pa ne vpliva na dejstvo, da se ta dokazila ne smejo nanašati na osebe, ki na dan izteka roka za oddajo ponudb še niso bile imenovane. Naročnik tako za osebo B. V. ni smel zahtevati predložitve ustreznega dokazila, saj ta ni bila navedena v ESPD obrazcu, ker dne 17. 1. 2020 ni bila zakoniti zastopnik. Čeprav iz prakse Državne revizijske komisije izhaja, da je pri presoji tega izključitvenega razloga, skladno z določili ZJN-3, relevantno stanje na dan poteka roka za predložitev prijave, je naročnik sprejel drugačno stališče in zahteva izkazovanje neobstoja razlogov za izključitev tudi za osebo, ki v ESPD obrazcu ni navedena, ker na dan oddaje prijave ni bila član upravnega odbora. Tudi v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila naročnik ni določil, da smejo kandidati izkazati neobstoje izključitvenih razlogov na poljubni datum, temveč zgolj, da sme biti potrdilo o nekaznovanosti izdano v obdobju od dne 20. 10. 2019 do dne 17. 3. 2020. Naročnik je torej določil, kateri datum na potrdilu bo zanj sprejemljiv, ni pa spremenil presečnega datuma oz. datuma, na katerega naj se obstoj razlogov za izključitev dokazuje – ta je ostal nespremenjen. Določbe ZJN-3, ki se nanašajo na izkazovanje izključitvenih razlogov, so jasne in ne dopuščajo spreminjanje pogojev oz. zahtev. Če pa naročnik ocenjuje, da je zaradi nezmožnosti zagotavljanja dokazil o nekaznovanosti potrebno spremeniti prakso, bi morala že Državna revizijska komisija ustrezno utemeljiti, zakaj istovrstne dejanske stanove obravnava bistveno drugače. Spreminjanje zakonitih zastopnikov po datumu oddaje prijave je v nasprotju s temeljnimi pravili javnega naročanja, saj bi to omogočalo, da bi nekateri ponudniki določene pogoje in/ali izključitvene razloge izpolnili šele naknadno, torej po poteku roka za predložitev ponudb. Vlagatelj še dodaja, da četudi bi

bil teoretično dolžan predložiti dokazilo na osebo B. V., bi ga naročnik moral pozvati na zamenjavo podizvajalca, česar pa naročnik ni storil, posledično pa je kršil drugi odstavek 81. člena ZJN-3.

Naročnik je v vloženem zahtevku za revizijo obvestil kandidate s priznano sposobnostjo in jih seznanil s pravico do izjasnitve o navedbah v zahtevku za revizijo. Iz spisovne dokumentacije izhaja, da se nobeden od kandidatov v zakonsko določenem roku, niti kasneje, ni opredelil do revizijskih navedb.

Naročnik je z odločitvijo z dne 13. 11. 2020 zavrnil zahtevek za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik navaja, da je v predhodnem revizijskem postopku vlagatelj nastopal kot stranski udeleženec, ki je skladno s 27. členom ZPVPJN podal izjasnitev do navedb takratnega vlagatelja glede istega pravnega vprašanja, tj. vprašanja dopustnosti vlagateljeve ponudbe. Vlagatelj je v predhodnem postopku imel položaj enotnega sospornika, saj se lahko spor o dopustnosti vlagateljeve ponudbe v revizijskem postopku za naročnika in vlagatelja reši le na enak način. Posledično odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-84/2020-51, učinkuje tudi zoper vlagatelja. Vlagatelj zahtevka za revizijo po vsebini predstavlja pritožbo zoper navedeno odločitev Državne revizijske komisije, ki pa je ZPVPJN ne predvideva. Ker naročnik pri ponovnem pregledu vlagateljeve ponudbe ni ugotovil drugačnih dejstev od tistih, ki so bila predmet predhodnega zahtevka za revizijo in na podlagi katerih je odločala Državna revizijska komisija, in ker vlagatelj tudi ne zatrjuje drugačnih dejstev, vlagatelj ne izkazuje aktivne legitimacije, saj spremembe svojega položaja z vloženim zahtevkom za revizijo ne more doseči. V nadaljevanju naročnik zavrača navedbe vlagatelja, da ni določil presečnega datuma in da je nepravilno ugotovil, da vlagatelj ni sledil pozivu naročnika. Zahteva po upoštevanju širšega obdobja za dokazovanje nekaznovanosti je izhajala iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, prav tako je bila poudarjena v pozivu. Vlagateljovo sklicevanje na prakso Državne revizijske komisije ni utemeljeno, saj takratni naročniki niso določili presečnega datuma ali obdobja izkazovanja nekaznovanosti. Ker je naročnik to obdobje v zadevnem primeru določil, so neutemeljene navedbe vlagatelja, da bi moral naročnik upoštevati stanje zakonitih zastopnikov na dan roka za oddajo ponudb. Naročnik je v obravnavanem primeru določil specialno pravilo, ki mu mora slediti. Sam vpis osebe v obrazec ESPD še ne pogojuje, ali se nekaznovanost za to osebo preverja ali ne, saj je lahko relevantno samo obdobje oz. presečni datum, določen v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Ker vlagatelj na podlagi naročnikovega poziva ni predložil zahtevane dokumentacije za vse osebe, za katere ga je naročnik pozval, je nastopila pravna posledica, določena v pozivu, in sicer izločitev vlagateljeve prijave. Naročnik poudarja, da vlagatelja ni izločil, ker bi pri podizvajalcu obstajali razlogi za izključitev, ampak ker zaradi nepredložitve dokazil ni mogel preveriti obstoja izključitvenega razloga, posledično pa vlagatelja ni mogel pozvati na zamenjavo podizvajalca na podlagi 81. člena ZJN-3. Naročnik še navaja, da je bil pri ponovni presoji vlagateljeve ponudbe dolžan slediti navodilom Državne revizijske komisije iz odločitve, št. 018-84/2020-51.

Naročnik je Državni revizijski komisiji z vlogo z dne 16. 11. 2020 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 17. 11. 2020, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah in dodaja, da se naročnik pri ponovnem sprejemu odločitve o priznanju sposobnosti ne more zgolj sklicevati na navodila Državne revizijske komisije, saj ga zavezuje le izrek. Naročnik je dolžan o vlagateljevi prijavi ponovno odločiti. Tudi v predrevizijskem

postopku naročnik ne more zgolj prenašati oz. povzemati navedb Državne revizijske komisije, ampak mora odločati o zahtevku za revizijo. Naročnik ni odločal o trditvah in vsebinskih navedbah vlagatelja, temveč je sledil obrazložitvi Državne revizijske komisije, ki pa zanj ni upoštevna, še manj zavezujoča. Ker se naročnik ni opredelil do vprašanja, na kateri datum se mora oz. sme presojati obstoj izključitvenih razlogov, kot tudi ne do vprašanja, katera dokazila sme naročnik za presojo obstoja izključitvenih razlogov upoštevati, naročnik ni odločal o očitanih kršitvah.

Po pregledu dokumentacije ter proučitvi utemeljenosti navedb vlagatelja in naročnika je Državna revizijska komisija odločila tako, kot je razvidno iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

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

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da je naročnik v predmetnem postopku oddaje javnega naročila do roka za oddajo prijav (tj. dne 17. 1. 2020) prejel 15 prijav. Naročnik je po pregledu prijav sprejel odločitev o priznanju sposobnosti, s katero je vlagatelju priznal sposobnost za sodelovanje v drugi fazi. Zoper to odločitev je družba Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija (ki je oddala skupno prijavo z družbama Yapi Merkezi İnşaat ve Sanayi, A.Ş., Turčija, in □altin İnşaat Ticaret Ve Sanayi, A.Ş., Turčija) vložila zahtevek za revizijo, v katerem je (med drugim) zatrjevala naročnikove kršitve pri pregledu prijave sedanjega vlagatelja, v delu, ki se nanaša na izkazovanje (ne)obstoja izključitvenega razloga. Ker so se v takratnem postopku pravnega varstva revizijske navedbe takratnega vlagatelja izkazale za utemeljene, je Državna revizijska komisija (v tem delu) ugodila (takratnemu) zahtevku za revizijo in s sklepom, št. 018-84/2020-51 z dne 1. 9. 2020, naročnikovo odločitev o priznanju sposobnosti sedanjemu vlagatelju razveljavila. Po prejemu izpostavljene odločitve Državne revizijske komisije je naročnik sprejel novo odločitev o priznanju sposobnosti, s katero vlagatelju sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila ni priznal. Zoper to odločitev naročnika je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo.

V zvezi z naročnikovimi navedbami, da vlagatelj spremembe svojega položaja z vloženim 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 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 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 iz razloga, ker naj ne bi predložil dokazil o nekaznovanosti za vse relevantne osebe, izkazale za utemeljene, bi bilo potrebno zahtevku za revizijo ugoditi in naročnikovo odločitev o nepriznanju sposobnosti vlagatelju posledično razveljaviti. Naročnik bi moral nato sprejeti novo odločitev o zaključku postopka oddaje javnega naročila, s tem pa bi vlagatelj pridobil vsaj hipotetično možnost za dodelitev konkretnega javnega naročila. Ob ugotovljenem Državna revizijska komisija ugotavlja, da bi vlagatelju zaradi zatrjevanih (domnevnih) naročnikovih kršitev lahko nastala škoda, ki bi se kazala v nepridobitvi predmetnega naročila. Vlagatelju zato ni mogoče odreči aktivne legitimacije za vložitev predmetnega zahtevka za revizijo.

Navedenega ne more spremeniti naročnikovo sklicevanje na (predhodni) postopek pravnega varstva, ki ga je Državna revizijska komisija vodila pod opr. št. 018-84/2020. V navedenem postopku je Državna revizijska komisija odločala o zakonitosti naročnikove odločitve, kot je izhajala iz takratne odločitve o priznanju sposobnosti, in v mejah takratnega zahtevka za revizijo. Državna revizijska komisija je s sklepom, št. 018-84/2020-51, takratnemu vlagatelju zahtevka za revizijo ugodila in razveljavila takratno odločitev o priznanju sposobnosti vlagatelju. S tem se je postopek 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. Zoper novo odločitev naročnika lahko ponudniki uveljavljajo pravno varstvo z vložitvijo zahtevka za revizijo iz vseh razlogov, saj se lahko zahteva za pravno varstvo vloži v vseh stopnjah postopka oddaje javnega naročila zoper vsako ravnanje naročnika (prvi odstavek 5. člena ZPVPJN). V obravnavanem primeru, ko je odločitev o priznanju sposobnosti vlagatelju (ki je bila rezultat prvotnega ocenjevanja in vrednotenja prijave) razveljavljena in je naročnik sprejel novo odločitev o priznanju sposobnosti (ki je rezultat novega ocenjevanja in vrednotenja ponudb), lahko vlagatelj novo odločitev o oddaji naročila izpodbija zaradi (domnevnih) kršitev naročnika, ki naj bi jih ta storil pri sprejemu nove odločitve o priznanju sposobnosti.

V zvezi s (smiselnimi) navedbami naročnika, da vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje enako dejansko stanje, ki je bil predmet presoje v predhodnem postopku pravnega varstva, gre ponoviti, da se odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-84/2020-51, nanaša na ravnanje naročnika pri sprejemu prve odločitve o priznanju sposobnosti, vlagatelj pa je vložil zahtevek za revizijo zoper naročnikovo ravnanje pri sprejemu druge, nove odločitve o priznanju sposobnosti. Poleg tega, Državna revizijska komisija odloča v mejah (vsakokratnega) zahtevka za revizijo (prvi odstavek 38. člena ZPVPJN), kar pomeni, da je bila izpostavljena odločitev Državne revizijske komisije sprejeta na podlagi takrat ugotovljenega dejanskega stanja. Sedanji vlagatelj pa lahko v predmetnem postopku pravnega varstva navaja tudi nove trditve o dejstvih, ki so pravno odločilna oziroma pravno relevantna za presojo naročnikovega ravnanja, ki v okviru prvotnega pravnega varstva niso bile upoštevane. Posledično je vprašanje, ali je naročnik ugotovil druga, drugačna dejstva od tistih, ki so že bila predmet obravnavanja, in ali vlagatelj zatrjuje druga, drugačna dejstva od tistih, ki so že bila predmet obravnavanja, predmet vsebinske presoje zahtevka za revizijo in ne vprašanje obstoja procesnih pogojev.

Neutemeljeno je naročnikovo sklicevanje na institut enotnega sosporništva (196. člen Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), ki se, skladno s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN v predrevizijskem in revizijskem postopku uporablja

glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja) in institut stranske intervencije (199. – 202. člen ZPP). V predhodnem postopku pravnega varstva je imel vlagatelj položaj izbranega ponudnika in je zaradi načela zagotovitve kontradiktornosti imel pravico opredeliti se do takratnih revizijskih navedb, vendar pa vlagatelj ni bil stranka (pred)revizijskega postopka (prim. drugi odstavek 3. člena ZPVPJN), zato v predhodnem postopku ni mogel imeti položaja enotnega sospornika. Prav tako vlagatelj ni mogel imeti položaja stranskega intervenienta. Izbrani ponudnik se v predrevizijskem postopku ne more pridružiti naročniku kot njegov pomočnik, 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. Pri odločanju o zahtevku za revizijo naročnik nastopa na podlagi zakonsko podeljenega pooblastila za odločanje o zahtevku za revizijo in ne kot enakopravna stranka. Naročnik položaj stranke pridobi šele v revizijskem postopku pred Državno revizijsko komisijo, medtem ko sprva (v predrevizijskem postopku) nastopa v vlogi nosilca zakonskega pooblastila. Navedeno pomeni, da izbrani ponudnik ne more biti stranski intervenient oz. pomočnik naročnika v revizijskem postopku oz. da institut stranske intervencije v revizijskem postopku ni smiselno uporabljiv (prim. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-409/2006, 018-29/2011, 018-53/2016).

Že na tem mestu gre pritrditi navedbam vlagatelja, da naročnik na podlagi odločitve Državne revizijske komisije št. 018-84/2020-51 z dne 1. 9. 2020, ni bil dolžan avtomatično zavrniti vlagateljeve prijave, pač pa je bil dolžan vlagateljevo prijavo še enkrat pregledati. Ne le, da ima namreč Državna revizijska komisija v postopku pravnega varstva zgolj kasatorična pooblastila in lahko naročnikova ravnanja v primeru ugotovljenih kršitev zgolj razveljavi, medtem ko je odločitev o zaključku postopka še vedno v pristojnosti naročnika, pa pravnomočen postane zgolj izrek odločitve, medtem ko razlogi dejanske in pravne narave, ki so navedeni v obrazložitvi odločitve, ne postanejo pravnomočni. Vendar navedeno ne preprečuje naročniku, da pri ponovnem pregledu prijav oz. pri sprejemu nove odločitve o priznanju sposobnosti sledi (dejanskim in/ali pravnim) ugotovitvam Državne revizijske komisije iz predhodnega postopka pravnega varstva, ki izhajajo iz obrazložitve odločitve. Izrek odločitve je namreč odraz oz. posledica njene obrazložitve. Zato tudi dejstvo, da je naročnik v obravnavani zadevi sledil ugotovitvam Državne revizijske komisije, ki v zvezi z vlagateljevo prijavo izhajajo iz sklepa, št. 018-84/2020-51, ne more že pripeljati do razveljavitve izpodbijane odločitve o (ne)priznanju sposobnosti. V zvezi z navedbami vlagatelja v vlogi z dne 17. 11. 2020, da se naročnik do nekaterih revizijskih navedb ni opredelil (pač pa je zgolj citiral dele odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-84/2020-51), pa gre pojasniti, da Državna revizijska komisija v revizijskem postopku odloča o zahtevku za revizijo oz. presoja naročnikovo ravnanje v postopku oddaje javnega naročila (prim. prvi odstavek 39. člena ZPVPJN) in ne naročnikovega ravnanja v predrevizijskem postopku. Poleg tega pa umanjkanje naročnikove opredelitve do nekaterih revizijskih navedb kaže na naročnikovo oceno, da v okviru zahtevka za revizijo niso bile navedene (dejanske ali pravne) okoliščine, ki bi narekovale drugačno odločitev o priznanju sposobnosti.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju ni mogoče odreči aktivne legitimacije, prav tako zahtevek za revizijo izpolnjuje tudi druge pogoje iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN. Pri tem pa Državna revizijska komisija še dodaja, da sta na naslovni strani predmetnega zahtevka za revizijo kot vlagatelj navedena dva gospodarska subjekta (tj. družba Euro-Asfalt, d.o.o., Bosna in Hercegovina, ter družba İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret, A.Ş., Turčija), ki sta v postopku oddaje javnega naročila oddala skupno prijavo. Zahtevek za revizijo je bil vložen po pooblaščenki – odvetnici, ki je podpisala zahtevek za revizijo in je k zahtevku za revizijo predložila pooblastilo, ki ji ga je 26. 10. 2020 podelil le gospodarski

subjekt İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret, A.Ş., Turčija. Gospodarski subjekt Euro-Asfalt, d.o.o., Bosna in Hercegovina, zahtevka za revizijo ni podpisal, iz spisovne dokumentacije pa ni razvidno, da bi ta družba pooblastila odvetnico za vložitev zahtevka za revizijo, ali da bi ta družba pooblastila partnerja İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret, A.Ş., Turčija, za vložitev zahtevka za revizijo ter za prenos pooblastila na drugo osebo (gl. 96. člen ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN). Ker je skladno s tretjim odstavkom 14. člena ZPVPJN, vsaka oseba, ki nastopa v skupni ponudbi, upravičena sama vložiti zahtevek za revizijo, Državna revizijska komisija ni pozivala na predložitev ustreznega pooblastila za družbo Euro-Asfalt, d.o.o., Bosna in Hercegovina (oz. na podpis s strani zakonitega zastopnika), saj za sprejem predmetnega zahtevka za revizijo v vsebinsko obravnavo upošteva tretji odstavek 14. člena ZPVPJN zadošča, da je pooblastilo pooblaščenki podelil vsaj en gospodarski subjekt iz skupne prijave, tj. İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticaret, A.Ş., Turčija.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija vsebinsko presojala revizijske navedbe. Med strankama je sporno, ali je naročnik ravnal v skladu z določbami ZJN-3 in dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ko vlagatelju ni priznal sposobnosti in ga posledično ne bo povabil k sodelovanju v drugi fazi postopka oz. k oddaji ponudbe. Iz odločitve o priznanju sposobnosti izhaja, da naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti, ker vlagatelj na podlagi naročnikovega poziva ni predložil zahtevanih dokazil o nekaznovanosti za osebo B. V., ponoven poziv na predložitev teh dokazil pa bi bil v nasprotju z določbami ZJN-3.

Državna revizijska komisija je zavrnila vlagateljev dokazni predlog za zaslišanje »*direktorjev partnerjev in podizvajalca CP Ptuj, d.d.*«. Ne le, da vlagatelj izpostavljenega dokaznega predloga ni ustrezno substanciral, saj ni pojasnil, kaj naj bi »*direktorji*« izpovedali (v trditvah jih niti ne omenja), kot tudi ni pojasnil, katera pravno odločilna dejstva naj bi se s pomočjo tega dokaza ugotovila, pa je izvedba tega dokaznega predloga tudi nepotrebna. Med strankama so, kot bo to razvidno v nadaljevanju, sporna pravna vprašanja, medtem ko je dejansko stanje, relevantno za odločitev o zahtevku za revizijo, med strankama nesporno, potrjeno pa je tudi z izvedenimi listinskimi dokazi.

Med strankama je nesporno, potrjeno pa je tudi z vpogledom v odstopljeno dokumentacijo:

- v vlagateljevi prijavi kot podizvajalec nastopa gospodarski subjekt CP Ptuj, d.d., Ptuj,
- vlagatelj v prijavo ni predložil dokazil o nekaznovanosti za člane upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa tega gospodarskega subjekta in oseb, ki imajo pooblastilo za njegovo zastopanje ali odločanje ali nadzor v njem,
- naročnik je vlagatelja s pozivom z dopisom »*Poziv na pojasnilo in dopolnitev prijave ter na predložitev dokazil*« z dne 4. 2. 2020 pozval na predložitev dokazil o neobstoju izključitvenih razlogov za podizvajalca CP Ptuj, d.d., Ptuj,
- vlagatelj ni predložil dokazila o neobstoju izključitvenega razloga za osebo B. V., ki je dne 26. 1. 2020, tj. po poteku roka za oddajo ponudb, postala zakoniti zastopnik gospodarskega subjekta CP Ptuj, d.d., Ptuj.

Med strankama pa je sporno, ali je bil vlagatelj za osebo B. V., ki je šele po poteku roka za prejem prijav, postala zakoniti zastopnik podizvajalca, dolžan predložiti potrdilo o nekaznovanosti. Med strankama je tako sporno, ali je bil vlagatelj (na podlagi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in naročnikovega poziva) dolžan za osebo B. V. izkazati neobstoj izključitvenega razloga, določenega v prvem odstavku 75. člena ZJN-3.

Pritrditi gre vlagatelju, da je Državna revizijska komisija že v več odločitvah (npr. odločitvi 018-135/2018, 018-170/2018) zavzela stališče, da je pri presoji obstoja izključitvenega

razloga iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3, ob upoštevanju načela enakopravne obravnave gospodarskih subjektov in ob upoštevanju, da mora ponudnik oziroma ponudba pogoje in zahteve vsebinsko izpolnjevati v trenutku poteka roka za predložitev ponudb, ključno, da na dan roka, ki je določen za oddajo ponudb, relevantnim osebam ni bila izrečena pravnomočna sodba, ki ima elemente kaznivih dejanj iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3. Za presojo obstoja izpostavljenega izključitvenega razloga je tako skladno z ZJN-3 relevantno stanje na dan poteka roka za predložitev prijav oz. ponudb.

Vendar pa Državna revizijska komisija ne more slediti vlagatelju, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni spremenil presečnega datuma, kot izhaja iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3, oz. datuma, na katerega bo preverjal obstoj tega izključitvenega razloga. Ugotoviti gre, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila povzel izključitveni razlog, določen v prvem odstavku 75. člena ZJN-3, in sicer je v točki 3.1.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da lahko v predmetnem postopku oddaje javnega naročila sodelujejo le gospodarski subjekti, za katere (med drugim) ne obstaja naslednji razlog za izključitev:

»Gospodarskemu subjektu ali osebi, ki je članica upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa tega gospodarskega subjekta ali ki ima pooblastila za njegovo zastopanje ali odločanje ali nadzor v njem, je bila izrečena pravnomočna sodba, ki ima elemente kaznivih dejanj, ki so opredeljena v prvem odstavku 75. člena ZJN-3«.

Naročnik je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da bo kot ustrezna dokazila o neobstoju tega izključitvenega razloga štel dokazila, ki bodo izdana v obdobju od dne 20. 10. 2019 do dne 17. 3. 2020 (glej točko 3.1.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in vprašanja ter odgovore, objavljena na Portalu javnih naročil dne 13. 12. 2019 ob 10:25 uri, dne 24. 12. 2019 ob 15:12 uri in dne 26. 12. 2019 ob 11:55 uri).

Kot je Državna revizijska komisija že pojasnila v odločitvi, št. 018-84/2020-51, je naročnik s tem, ko je zahteval predložitev dokazil, ki so izdana v točno določenem časovnem obdobju, spremenil presečni dan, relevanten v okviru prvega odstavka 75. člena ZJN-3. Navedeno je naročnik tudi pojasnil na Portalu javnih naročil, ko je navedel, da je *»zanj ustrezno izkazovanje izpolnjevanja pogoja na zahtevano obdobje (in ne na določen presečni dan)«* (glej vprašanje in odgovor št. 146, objavljena na Portalu javnih naročil dne 24. 12. 2019 ob 15:12 uri). S tem, ko naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni zahteval, da bi se dokazila nanašala na točno določen dan (tj. na dan izteka roka za predložitev prijav), ampak je zahteval, da so izdana v določenem časovnem obdobju, in ob upoštevanju, da uradne evidence načeloma omogočajo preveritev obstoja nekaznovanosti na dan izdaje dokazila, je naročnik z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila določil drugačen presečni dan (kot izhaja iz določb ZJN-3), in sicer je kot *»presečni dan«* določil katerikoli dan v obdobju od dne 20. 10. 2019 do dne 17. 3. 2020.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da naročnik ne more spremeniti presečnega datuma, relevantnega v okviru prvega odstavka 75. člena ZJN-3, gre pojasniti, da so takšne navedbe, glede na stopnjo postopka (tj. po poteku roka za prejem prijav) in glede na četrti odstavek 25. člena ZPVPJN, prepozne. V zvezi s smiselnimi navedbami, da naročnik ne sme zahtevati (vlagatelj pa ne predložiti) dokazil o nekaznovanosti za osebo, ki v trenutku poteka roka za oddajo prijave ni bila ena izmed oseb, opredeljenih v prvem odstavku 75. člena ZJN-3, pa gre opozoriti še na osmi odstavek 75. člena ZJN-3, ki določa, da naročnik iz postopka javnega naročanja kadar koli v postopku izključi gospodarski subjekt, če se izkaže, da je pred ali med postopkom javnega naročanja ta subjekt glede na storjena ali neizvedena dejanja v enem od

položajev iz prvega, drugega ali četrtega odstavka tega člena. Navedena pravna podlaga torej naročniku omogoča preverjanje nekaznovanosti tudi izven presečnega datuma, opredeljenega v prvem odstavku 75. člena ZJN-3.

Pritrditi gre vlagatelju, da so, ker je skladno z ZJN-3 v okviru tega izključitvenega razloga relevanten dan, ki je določen za predložitev prijav, pri presoji obstoja tega izključitvenega razloga relevantne osebe, ki so bile na ta dan članice upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa gospodarskega subjekta ali ki so na ta dan imele pooblastilo za njegovo zastopanje ali odločanje ali nadzor v njem. Vendar pa upošteva, da je naročnik v obravnavanem primeru spremenil »presečni dan«, in je kot »presečni dan« določil obdobje od dne 20. 10. 2019 do dne 17. 3. 2020, so posledično v obravnavani zadevi pri obstoju tega izključitvenega razloga relevantne osebe, ki so v tem obdobju bile članice upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa gospodarskega subjekta ali ki so v tem obdobju imele pooblastilo za njegovo zastopanje ali odločanje ali nadzor v njem. Zato gre zavrniti vlagateljeve navedbe, da, glede na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, za presojo obstoja izključitvenega razloga, določenega v točki 3.1.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, oseba B. V, ki je šele dne 26. 1. 2020 – torej v obdobju od dne 20. 10. 2019 do dne 17. 3. 2020 – postala zakoniti zastopnik podizvajalca CP Ptuj, d.d., Ptuj, ni relevantna.

Kot že navedeno, vlagatelj v prijavi dokazil o nekaznovanosti za osebe, opredeljene v prvem odstavku 75. člena ZJN-3, za gospodarski subjekt CP Ptuj, d.d., Ptuj, ni predložil – teh dokazil vlagatelj, glede na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, tudi ni bil dolžan predložiti (že) v prijavo. Naročnik je zato na vlagatelja naslovil dopis »*Poziv na pojasnilo in dopolnitev prijave ter na predložitev dokazil*« z dne 4. 2. 2020, in ga skladno z 89. členom ZJN-3 (med drugim) pozval, da za gospodarski subjekt CP Ptuj, d.d., Ptuj, predloži:

»Dokazila o neobstoju razlogov za izključitev:

Pooblastilo za pridobitev podatkov iz kazenske evidence (Priloga 3) ali dokazilo (izpis iz ustreznega registra, kakršen je sodni register, če tega registra ni, pa enakovreden dokument, ki ga izda pristojni sodni ali upravni organ), da gospodarskemu subjektu ali osebi, ki je članica upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa tega gospodarskega subjekta ali ki ima pooblastila za njegovo zastopanje ali odločanje ali nadzor v njem, ni bila izrečena pravnomočna sodba, ki ima elemente kaznivih dejanj, ki so opredeljena v prvem odstavku 75. člena ZJN-3.

Naročnik bo kot ustrezna štel dokazila o nekaznovanosti, ki so bila izdana v obdobju od 20. 10. 2019 – 17. 3. 2020«.

Naročnik je v dopisu vlagatelju določil rok za predložitev zahtevanih dokazil, in sicer do dne 21. 2. 2020 do 10:00 ure in pri tem izrecno navedel, da »*v skladu z določili Zakona o javnem naročanju se ponudba/prijava izloči, če ponudnik v določenem roku ne predloži zahtevanih pojasnil oziroma dokazil*«.

Državna revizijska komisija ne more slediti navedbam vlagatelja, da je naročnik s spornim pozivom zahteval predložitev dokazil o nekaznovanosti le za osebe, ki so bile na dan izteka roka za oddajo prijav članice upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa tega gospodarskega subjekta ali ki so imele pooblastila za njegovo zastopanje ali odločanje ali nadzor v njem. Takšna zahteva naročnika iz spornega poziva ne izhaja, pač pa iz spornega poziva izhaja, da je bil vlagatelj dolžan predložiti dokazila za vse osebe, ki so ključne za presojo obstoja izključitvenega razloga, določenega v točki 3.1.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, torej tudi za osebo B. V. Navedenega ne more spremeniti dejstvo, da

naročnik vlagatelja ni izrecno pozval na predložitev dokazila za osebo B. V., saj so gospodarskim subjektom znani njihovi zastopniki in pooblaščenici, zato naročniku v pozivu tudi ni potrebno izrecno, poimensko, navesti oseb, za katere je potrebna predložitev dokazil. V zvezi z navedbami vlagatelja, da naročnik v spornem pozivu ni izrecno opredelil relevantnega obdobja, pa gre dodati, da ne le, da je bil vlagatelj seznanjen z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, posledično pa naročniku v pozivu na predložitev dokazil o izpolnjevanju zahtev iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila tudi ni potrebno navesti vseh podrobnosti, pa v obravnavanem primeru tudi ne gre spregledati, da je naročnik v spornem pozivu izrecno poudaril, v katerem obdobju morajo biti izdana potrdila. Čeprav sporni poziv temelji na drugem odstavku 89. člena ZJN-3, in se torej nanaša na preverjanje podatkov v prijavi, pa zgolj dejstvo, da v ESPD obrazcu, ki se nahaja v prijavi vlagatelja, oseba B. V. ni vpisana (ker že po naravi stvari ni mogla biti vpisana, saj je ESPD obrazec potrebno predložiti do poteka roka za prejem prijav), to še ne omogoča sklepanja, da naročnik, upoštevaje, da je spremenil presečni datum, ni upravičen in dolžan preveriti obstoja izključitvenega razloga tudi za osebe, ki so šele po poteku roka za prejem ponudb postale osebe, relevantne v smislu prvega odstavka 75. člena ZJN-3.

Ker je bil na podlagi dopisa »Poziv na pojasnilo in dopolnitev prijave ter na predložitev dokazil« z dne 4. 2. 2020 vlagatelj pozvan, da za vse relevantne osebe predloži dokazilo o nekaznovanosti, in ker je ena izmed relevantnih oseb tudi oseba B. V., ki je dne 26. 1. 2020 (torej pred 17. 3. 2020) postala zakoniti zastopnik gospodarskega subjekta CP Ptuj, d.d., Ptuj, in ker vlagatelj za to osebo (nesporno) ni predložil dokazila o nekaznovanosti, Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da je ravnal skladno s pozivom naročnika in da je predložil vso potrebno in zahtevano dokumentacijo. Posledično gre revizijske navedbe o naročnikovem nepravilnem zaključku, da vlagatelj ni ravnal skladno s pozivom naročnika, zavriniti kot neutemeljene.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo še zatrjuje, da (če bi bil dolžan predložiti tudi dokazilo o nekaznovanosti za osebo B. V.), bi ga naročnik moral skladno z drugim odstavkom 81. člena ZJN-3 pozvati na zamenjavo podizvajalca. Pritrditi gre naročniku, da v obravnavanem primeru drugi odstavek 81. člena ZJN-3 (ki določa, da mora naročnik od gospodarskega subjekta zahtevati zamenjavo subjekta, ki ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali v zvezi s katerim obstajajo obvezni razlogi za izključitev), ni uporabljen. Kot to navaja tudi naročnik, se izpostavljena določba nanaša na situacije, ko pri drugem subjektu (kot je subjekt CP Ptuj, d.d., Ptuj) obstojijo izključitveni razlogi. V obravnavanem primeru pa naročnik zaradi umanjkanja predložitve dokazil ni mogel zaključiti, da pri podizvajalcu CP Ptuj, d.d., Ptuj, obstoji izključitveni razlog, posledično pa dejanski stan iz 81. člena ZJN-3 ni izpolnjen. Kot je pojasnila Državna revizijska komisija v sklepu, št. 018-84/2020-51 z dne 1. 9. 2020, kljub temu, da se manjkajoče dokazilo o nekaznovanosti nanaša na zakonitega zastopnika podizvajalca, v določbah ZJN-3 ne obstoji pravna podlaga, da bi naročnik vlagatelja ponovno pozval na predložitev dokazila o nekaznovanosti za osebo B. V. Ker vlagatelj na podlagi naročnikovega poziva ni predložil nikakršne dokumentacije, povezane z osebo B. V., vlagatelj ni ravnal skladno z naročnikovim pozivom z dne 4. 2. 2020, zato je nastopila pravna posledica, ki jo je naročnik predvidel v izpostavljenemu pozivu – zavrnitev vlagateljeve prijave.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v zahtevku za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev pri zaključku, da vlagatelj, s tem ko ni predložil dokazila o nekaznovanosti za osebo B. V., ni ravnal skladno z naročnikovim pozivom, kot tudi ne pri zaključku, da je posledično nastopila pravna posledica, predvidena v pozivu –

zavrnitev vlagateljeve prijave. Naročniku zato ni mogoče očitati kršitev, ko vlagatelju ni priznal sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka in ga posledično ne bo povabil k oddaji ponudbe. Državna revizijska komisija je zato na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo vlagatelja kot neutemeljenega zavrnila.

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

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

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

V Ljubljani, 27. 11. 2020

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

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj,
- cpg@kolektor.com,
- erkut.karagoz@ym.com.tr,
- etokgonul@ozaltin.com.tr,
- tender@cengiz.com.tr,
- info@ggd.si,
- vaclav.pavlovsky@metrostav.cz,
- komerciala@cgp.si,
- pr@strabag.com,
- info@zueblin.de,
- ebas@gulermak.com.tr,
- natasa@stelcer.si,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.