

Številka: 018-018/2022-15

Datum: 24. 3. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Andraža Žvana, kot predsednika senata, ter Marka Medveda in Sama Červeka, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Železniški in predorski sistemi na drugem tiru Divača – Koper*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja GH Holding, d.o.o., Letališka cesta 27, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa odvetnica Klara Kunovar, Šmartinska cesta 53, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika 2TDK, d.o.o., Železna cesta 18, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 24. 3. 2022

odločila:

1. Obravnavanje zahtevka za revizijo z dne 18. 2. 2022 in zahtevka za revizijo z dne 4. 3. 2022 se združi v en revizijski postopek.
2. Zahtevek za revizijo z dne 18. 2. 2022 se zavrne kot neutemeljen.
3. Zahtevek za revizijo z dne 4. 3. 2022 se zavrne kot neutemeljen.
4. Zahtevi vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrneta.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 20. 12. 2021, pod št. objave JN008571/2021-E01, in v Uradnem listu EU dne 21. 12. 2021, pod št. objave 2021/S 247-654636.

Vlagatelj je pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 18. 2. 2022 vložil zahtevek za revizijo (v nadaljevanju: prvi zahtevek za revizijo), v katerem navaja, da predmet javnega naročila (med drugim) obsega prestavitve obstoječih signalnovarnostnih (v nadaljevanju: SV)

elementov v Divači, vgraditev SV postajnih naprav v Divači in Kopru, vključno s prilagoditvami obstoječega sistema ETCS, in GSM-R – ta dela lahko po navedbah vlagatelja izvedejo le izvajalci obstoječih sistemov, pri čemer vlagatelj izpostavlja subjekta Siemens in Thales. Vlagatelj navaja, da je temelj urejenega in varnega prometa brezhibno in zanesljivo delovanje železniških SV in telekomunikacijskih (v nadaljevanju: TK) sistemov in naprav (kamor sodi GSM-R), ki jih vgradi proizvajalec in preda v redno obratovanje. Za njihovo delovanje pod določenimi pogoji odgovarja proizvajalec oz. tisti, ki jih je vgradil, tudi po poteku garancijske dobe. Prepovedani so posegi v te sisteme/naprave, ki niso namenjeni tekočemu ali rednemu vzdrževanju po vnaprej predpisanem protokolu in niso izvedeni s strani proizvajalca. Pri nadgradnji sistemov/naprav nudi proizvajalec strojno in programsko opremo ter usposobljen kader, ki lahko izvede poseg brez nevarnosti za varno in zanesljivo delovanje naprav – drugačen pristop ne bi povzročil le prekinitve proizvajalčeve odgovornosti za varno in zanesljivo delovanje sistemov/naprav, temveč bi ogrozil njihovo pravilno delovanje in s tem povečal možnost za napake in železniške nesreče. Zato ima le proizvajalec SV in TK opreme izključno pravico in dolžnost poseganja v to opremo. Izvedba spornih del je vezana na pravice in dolžnosti tretjih oseb (tj. izvajalce obstoječih sistemov), zato brez njihovega sodelovanja dejansko ni mogoče poseganje v te sisteme. V utemeljitev teh navedb se vlagatelj sklicuje na dokumentacijo naročil za izvedbo zadevnih sistemov (javno naročilo »Modernizacija obstoječe železniške proge Divača - Koper, etapa B in C«, št. objave JN12066/2010, »Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper«, št. objave JN4149/2015 in »Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje«, št. objave JN368/2016), pojasnila in odgovore takratnega naročnika Ministrstva za infrastrukturo, Direkcija Republike Slovenije za infrastrukturo (v nadaljevanju: MZI DRSI), na podlagi teh javnih naročil sklenjene pogodbe (v zvezi s slednjimi vlagatelj predlaga, da jih Državna revizijska komisija pridobi na podlagi 32. in 33. člena ZPVPJN), ter izjavo naročnika MZI DRSI, dano v okviru revizijskega postopka, vodenega pod opravilno št. 018-219/2015. Vlagatelj zatrjuje, da nezakonitost tako oblikovane dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila potrjuje tudi praksa Državne revizijske komisije (npr. št. 018-219/2015-9). Ker naročnik de facto in de iure zahteva, da se ponudniki povežejo z gospodarskimi subjekti, ki so izvajali obstoječe sisteme (saj v nasprotnem primeru ne bodo mogli izvesti pogodbenih obveznosti), naročnik nedopustno posega oz. sooblikuje vlagateljevo ponudbeno vsebino, vlagatelja omejuje pri oblikovanju razmerij z gospodarskimi subjekti in nedopustno posega v možnost prostega oblikovanja ponudbene cene, s čimer naročnik krši 5., 6., 7., in 68. člen Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3). Na podlagi navedenega vlagatelj predlaga razveljavitev postopka javnega naročanja, podredno pa razveljavitev obvestila o naročilu in dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, kjer so kot predmet javnega naročila opredeljena sporna dela. V vsakem primeru vlagatelj zahteva povračilo stroškov pravnega varstva.

Naročnik je s sklepom z dne 22. 2. 2022 zavrnil prvi zahtevek za revizijo in zahtevo za povračilo stroškov pravnega varstva. Naročnik navaja, da je utemeljenost zahtevka za revizijo odvisna od vprašanj, ali je naročnik predpisal obvezno sodelovanje s podizvajalci in ali je vlagatelj to ustrezno zatrjeval in dokazal. Naročnik pojasnjuje, da obstoječa izvajalca sistemov na železniškem omrežju nista le Siemens in Thales, temveč tudi Iskra in CAF Signalling (slednja sicer ne na trasi drugega tira), kar pomeni, da omrežje ni sestavljeno le iz produktov dveh izvajalcev in da se lahko v omrežje vključujejo dodatni izvajalci, ki lahko izvajajo dela na obstoječih in novih delih omrežja – v zvezi z navedenim se naročnik sklicuje na javno naročilo za nadgradnjo SV naprav na železniški progi Zidani most – Šentilj – državna meja. Naročnik nadalje navaja, da nima pisnega zagotovila, da so sedanji izvajalci sistemov imetniki izključnih pravic, zaradi česar bi bilo mogoče modifikacijo obstoječih sistemov naročiti le pri njih. Obstoj izključnih pravic vlagatelj tudi ni dokazal, saj se zgolj sklicuje na pretekle aktivnosti MZI DRSI, ki ne morejo biti podlaga za uporabo postopka s pogajanjem brez predhodne objave, kar bi bila posledica vlagateljevega zavzemanja. Poleg tega je naročnik MZI DRSI v postopku javnega naročanja, na katerega se sklicuje vlagatelj, izrecno zahteval pridobitev ponudbe in sodelovanje s podizvajalcem Thales, česar naročnik v

predmetnem postopku ni storil. Tudi če bi za izvedbo predmeta javnega naročila hipotetično bilo potrebno sodelovanje zastopnikov proizvajalcev Siemens in Thales, vlagatelj ni dokazal, da obstaja samo en gospodarski subjekt, ki mu je Thales oz. Siemens podelil izključne pravice poseganja v te naprave. Tudi v tem hipotetičnem primeru bi lahko storitve izvedlo vsako usposobljeno podjetje, ki je sklenilo dogovor z enim in drugim proizvajalcem – teh subjektov je lahko neomejeno. Vlagatelj niti ne dokazuje, na kateri pravni podlagi naj bi obstoječi izvajalci odgovarjali za delovanje obstoječih naprav, in ne pojasni, katere sisteme so vgradili, obsega in trajanja njihove odgovornosti, v katerem delu bo izvedba del po tem naročilu posegla v obstoječe sisteme. Naročnik nadalje navaja, da ni zahteval obveznega sodelovanja ponudnikov s katerikoli gospodarskim subjektom in da sodelovanje omenjenih proizvajalcev tudi ni potrebno, saj ni zahtevana dogradnja s SV napravami obstoječih izvajalcev, ampak vgradnja kompatibilnih naprav. Naročnik išče ponudnika, ki lahko, ne glede na način izvedbe, zagotovi vse zahtevane storitve. Če predmeta ne more izvesti noben ponudnik ali če ponudniki težko sprejemajo pogodbeno obveznost vključitve v obstoječe sisteme, je to naročnikovo poslovno tveganje, da ne pridobi nobene ponudbe. Naročnik še dodaja, da če obstoječi proizvajalci naprav zaradi domnevno nepooblaščenega posega v obstoječe sisteme ne bi več jamčili za varno delovanje sistema, to ne bi povzročilo škode vlagatelju, ampak javni železniški infrastrukturi – vlagatelj za takšne trditve nima aktivne legitimacije. Razbremenitev odgovornosti je treba ločevati od izključne pravice do izvajanja del na javni železniški infrastrukturi, ki sploh ne obstoji. Noben predpis proizvajalcem obstoječih naprav ne daje pravice, da izključno oni posegajo v obstoječe omrežje, vlagatelj nasprotnega tudi ni dokazal.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 23. 2. 2022 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 25. 2. 2022, s katero se je opredelil do naročnikovih navedb, vztraja pri revizijskih navedbah in dodaja, da je izpostavil dva izvajalca, ki sta relevantna za obstoječo traso, medtem ko so izvajalci, ki jih izpostavlja naročnik, relevantni za druge dele slovenskega železniškega omrežja. Umanjkanje »pisnega zagotovila« o izključnih pravicah ne pomeni neutemeljenosti vlagateljevih navedb, pač pa pomeni, da naročnik ni opravil skrbnega pregleda pravnih podlag, ki so vezane na operativno izvedbo konkretnega pravnega posla. Naročnik je prekludiran z navedbami, da ni predpisal obveznega sodelovanja ponudnikov s katerikoli gospodarskim subjektom, da ni zahteval dogradnje s SV napravami obstoječih izvajalcev in da išče najugodnejšega ponudnika, ki mu lahko, ne glede na način izvedbe, zagotovi zahtevane storitve – te navedbe ne morejo in ne smejo biti upoštevane oz. jih je treba obravnavati kot (delno) ugoditev zahtevku za revizijo. Omenjene navedbe naročnika so tudi neutemeljene, saj se je naročnik pri pripravi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila očitno zavedel omejitve, vezanih na pravice tretjih subjektov, saj je predvidel, da bo za prilagoditev in prestavitvev naprav na novo stanje ter vgradnjo dodatnih ETCS naprav na odsekih Divača, Divača – Rodik, Rižana – Koper in Koper tovorna, sklenil posebno pogodbo z izvajalcem ERTMS/ETCS del ter da mora izvajalec preureditve obstoječih SV naprav predvideti oz. pripraviti vse potrebno za ustrezno priključitev LEU omaric proizvajalca Thales na dopolnjen SV sistem. V ponudbeni popis so vključene postavke, ki predstavljajo neposreden poseg v obstoječo programsko opremo SV in ETCS sistemov, kar pa zaradi varovanja intelektualne lastnine in odgovornosti posega v varno in zanesljivo delovanje sistema ne more storiti nihče drug kot le proizvajalec in instalater obstoječih sistemov. Pri funkcionalnem delovanju SV in TK sistemov je treba upoštevati sisteme kot celoto, kar vključuje tudi prilagoditve na ostalih zunanjih SV in TK napravah, sisteme za vodenje in nadzor vlakov na odprti progi. Le tako se zagotovi polna funkcionalnost sistemov in s tem izpolni vse obveznosti, ki jih naročnik zahteva od gospodarskih subjektov.

Državna revizijska komisija je dne 7. 3. 2022 vlagatelju in naročniku v seznanitev in opredelitev posredovala dokumentacijo, ki jo je na podlagi vlagateljevega predloga pridobila na Portalu javnih naročil in od MZI DRSI.

Naročnik v vlogi z dne 8. 3. 2022 navaja, da prejete pogodbe z ničemer ne potrjujejo revizijskih navedb.

Vlagatelj v vlogi z dne 10. 3. 2022 navaja, da MZI DRSI ni posredoval celotne dokumentacije, saj so sestavni del pogodb tudi drugi dokumenti (npr. pogodba FIDIC, pogodbeni sporazum, splošni pogoji in posebni pogoji, dodatek k ponudbi...). MZI DRSI je posredoval le manjši, nebistveni del, medtem ko bistveni del, tj. vsebinski del pogodbe, ki ureja garancije, morebitne pravice in dolžnosti strank v času garancijske dobe in po njej..., ki je ključen za vsebinsko presojo revizijskih navedb, ni bil posredovan. Poleg tega MZI DRSI ni posredoval dokumentacije v zvezi s predmetom javnega naročila za segmente, ki so bili zaradi varovanja pravic tretjih gospodarskih subjektov izločeni (in oddani po ločenih postopkih brez objave na Portalu javnih naročil), saj ni posredoval nobenih dokumentov v zvezi s sistemi SV in TK (v zvezi s katerimi je bila pogodba sklenjena neposredno s Thalesom). Ravno manjkajoči dokumenti neposredno dokazujejo utemeljenost vlagateljevih navedb. Vlagatelj še opozarja, da že posredovana dokumentacija v posameznih segmentih potrjuje utemeljenost njegovih navedb, saj npr. pogodba za projekt *»Modernizacija obstoječe železniške proge Divača - Koper, etapa B in C«* potrjuje njegove navedbe, da je bil v tem projektu izvajalec SVTK naprav Siemens. Preostali dokumenti, ki so sestavni del te pogodbe, pa bodo potrdili vlagateljeve trditve glede obstoja pravic omenjenega gospodarskega subjekta. Enako velja za izvedbo SV in TK del na projektu *»Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper«*, kjer je bila sklenjena pogodba med MZI DRSI in Thalesom neposredno. Vlagatelj predlaga, da Državna revizijska komisija na podlagi 32. in 33. člena ZPVPJN pozove MZI DRSI na manjkajočo dokumentacijo.

Vlagatelj je (pred potekom roka za predložitev ponudb) z vlogo z dne 4. 3. 2022 vložil zahtevek za revizijo (v nadaljevanju: drugi zahtevek za revizijo), v katerem navaja, da je pogoj, določen v 3.2.4. točki razpisne dokumentacije, v kateri se naročnik sklicuje na Sporočilo 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), nejasen in dvoumen ter naročniku pri pregledu ponudb omogoča njegovo arbitrarno interpretacijo, kar predstavlja kršitev temeljnih načel javnega naročanja. Naročnik je pavšalno prepisal 1. in 2.3. poglavji Smernic, ne da bi bilo jasno, ali bo ob pregledu ponudb upoštevano celotno besedilo Smernic, in torej tudi 3. poglavje Smernic ter določilo 11. člena ZJN-3. Izjema od izključitve, določena v drugem odstavku 1. točke pogoja, ni jasno določena, saj naročnik ni določil, kdaj bo štel, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji oz. katere dvo- ali večstranske mednarodne sporazume (s kakšno vsebino) bo štel za ustrezne, kot tudi ne vsebine dokazil, zato ni jasno, ali je naročnik implementiral načelo vzajemnosti in enakopravne obravnave gospodarskih subjektov – torej, da je dostop do trga javnih naročil EU dovoljen pod pogojem vzajemnosti in enakopravnosti. Navedeni elementi vplivajo na možnost sodelovanja gospodarskih subjektov s sedežem v tretjih državah in s tem na možnost priprave (dopustne) ponudbe s strani vlagatelja (v kolikor bi želel sodelovati s takšnimi subjekti), kot tudi na neprimerljivost ponudb, v katerih bodo sodelovali takšni gospodarski subjekti. Vlagatelj ne ve, ali lahko sodeluje z gospodarskim subjektom (npr. iz Turčije), saj, upošteva, da turški nacionalni predpisi ne zagotavljajo spoštovanja načela vzajemnosti in enakopravne obravnave gospodarskim subjektom iz območja EU, ni jasno, kako bi v takšnem primeru postopal naročnik, kot tudi ne, ali bo naročnik kot dopustne označil ponudbe konkurenčnih ponudnikov, ki bodo sodelovali s subjekti iz tretjih držav (npr. Turčije), kar neposredno vpliva na možnost predložitve primerljive in konkurenčne ponudbe s strani vlagatelja. Enako velja glede odsotnosti pojasnil

glede uporabe 3. poglavja Smernic, saj standard kakovosti bistveno vpliva na dopustnost ponudbe, na oblikovanje ponudbene cene in primerljivost ponudb. Naročnik je v okviru istega odgovora na Portalu javnih naročil navedel, da razumevanja vlagatelja (ki je podal enako stališče glede enakovrednosti in vzajemnosti dostopa, kot ga podaja zakonodaja in Smernice) ne more potrditi, v nadaljevanju pa, da bo ravnal skladno z veljavno zakonodajo in določbo razpisne dokumentacije. Takšen naročnikov odgovor je sam s seboj v nasprotju in povzroča še dodatno nejasnost. Naročnik na vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 18. 2. 2022 ob 13:44 uri, ni vsebinsko odgovoril, kar predstavlja kršitev četrtega odstavka 61. člena ZJN-3 in načela enakopravne obravnave ponudnikov. Na podlagi navedenega vlagatelj predlaga razveljavitev postopka javnega naročanja, podredno pa, da naročnik odgovori na vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 18. 2. 2022, in da se razveljavi obvestilo o naročilu in razpisna dokumentacija v točki 3.2.4. V vsakem primeru vlagatelj zahteva povračilo stroškov pravnega varstva.

Naročnik je s sklepom z dne 9. 3. 2022 zavrnil drugi zahtevek za revizijo in zahtevo za povračilo stroškov pravnega varstva. Naročnik uvodoma izpostavlja nepravočasnost drugega zahtevka za revizijo, v nadaljevanju pa vlagateljeve navedbe zavrača kot neutemeljene. Naročnik navaja, da niti iz veljavne zakonodaje niti iz Smernic ne izhaja naročnikova obveznost zavrnitve ponudb ponudnikov, ki prihajajo iz tretjih držav, in da lahko naročnik uporabi Smernice tudi brez njihove izrecne navedbe v razpisni dokumentaciji. Neutemeljeni so zato očitki, da bi moral naročnik še bolj definirati pogoje, pod katerimi bo uporabil Smernice. Dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ne more biti nezakonita zgolj zato, ker vsebuje prepis določil, na katere se sklicuje veljavna zakonodaja. Če naročnik ni dolžan v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila opredeliti, kako bo uporabljal Smernice, ni smiselno, da bi se glede tega moral opredeliti v okviru odgovorov na Portalu javnih naročil. Opredeljevanje do pravice sodelovanja ponudnikov iz konkretnih držav pred potekom roka za oddajo ponudb tudi ne bi smelo biti dopustno, saj lahko do trenutka oddaje ponudbe pride do sklenitve ustrezne pogodbe.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 9. 3. 2022 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 14. 3. 2022, s katero se je opredelil do naročnikovih navedb, naročniku očita kršitve določb ZPVPJN pri sprejemu odločitve o zahtevku za revizijo, in zatrjuje, da je naročnik združil odločitev o zavrženju zahtevka za revizijo in odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo, kar vpliva na vlagateljevo ustavno pravico do učinkovitega pravnega varstva. Naročnik z argumenti, s katerimi utemeljuje nepravočasnost zahtevka za revizijo, priznava kršitev 61. člena ZJN-3. Vlagatelj predlaga, da Državna revizijska komisija razveljavi naročnikovo odločitev o zahtevku za revizijo ter zadevo vrne naročniku v ponovno odločanje. Vlagatelj v nadaljevanju zatrjuje, da je (drugi) zahtevek za revizijo pravočasen in vztraja pri revizijskih navedbah.

Skladno s prvim odstavkom 300. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), katerega določbe se na podlagi prvega odstavka 13. člena ZPVPJN uporabljajo v revizijskem postopku glede vprašanj, ki jih ta zakon 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, da je vlagatelj vložil oba zahtevka za revizijo v istem postopku oddaje javnega naročila, zato je zaradi pospešitve postopka obravnavanje zahtevkov za revizijo združila v en revizijski postopek in izdala skupno odločitev.

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

Državna revizijska komisija je pri odločanju o zahtevkih za revizijo vpogledala v:

- dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila,
- na Portalu javnih naročil objavljen dosje javnega naročila JN12066/2010 za javno naročilo »Modernizacija obstoječe železniške proge Divača - Koper, etapa B in C«,
- na Portalu javnih naročil objavljen dosje javnega naročila JN4149/2015 za javno naročilo »Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper«,
- na Portalu javnih naročil objavljen dosje javnega naročila 900368/2016 za javno naročilo »Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje«,
- na Portalu javnih naročil objavljen dosje javnega naročila 007208/2016 za javno naročilo »Dobava in vgradnja prevozne elektronapajalne postaje (PENP) na postajo Hrastovlje z napajalnim kablom do elektronapajalne postaje Rižana«,
- Pogodbo o izvedbi javnega naročila za izvedbo gradnje za projekt: Modernizacija obstoječe železniške proge Divača – Koper, etapi B in C, št. 2430-12-371340, z dne 6. 9. 2012, vključno s petimi aneksi (v nadaljevanju: Pogodba za modernizacijo železniške proge Divača – Koper) – to dokumentacijo je posredoval MZI DRSI,
- Pogodbo, št. 2431-16-300041/0, z dne 8. 6. 2016, vključno z aneksi (v nadaljevanju: Pogodba za sanacijo ozkega grla Divača – Koper) – ta dokumentacija je objavljena na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN002687/2016-Pog0,
- Pogodbo št. 2431-16-300152/0, z dne 4. 4. 2017, vključno z dvema aneksoma (v nadaljevanju: Pogodba za vgradnjo PENP na postajo Hrastovlje) – to dokumentacijo je posredoval MZI DRSI.

Vlagateljevemu predlogu, da Državna revizijska komisija na podlagi 32. in 33. člena ZPVPJN pozove MZI DRSI na predložitev dodatne dokumentacije, Državna revizijska komisija ni ugodila iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Državna revizijska komisija je zavrnila vlagateljov dokazni predlog (podan v drugem zahtevku za revizijo) z vpogledom na vladno spletno stran Turčije in dokazni predlog z vpogledom v listino z izsekom turškega zakona o javnem naročanju kot nepotrebna iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

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

Državna revizijska komisija je najprej obravnavala prvi zahtevek za revizijo, v katerem vlagatelj zatrjuje, da je naročnik z vključitvijo nekaterih del v predmet javnega naročila, in sicer naslednjih del: (1) prestavitve obstoječih SV elementov v Divači, (2) vgraditev SV postajnih naprav v Divači in Kopru ter prilagoditev obstoječega sistema ETCS na omenjenih postajah in (3) ureditev GSM-R, od ponudnikov zahteva sodelovanje s točno določenimi subjekti, saj brez sodelovanja izvajalcev obstoječih sistemov, pri čemer vlagatelj primeroma izpostavlja subjekta Thales in Siemens, ni mogoče izvesti pogodbenih obveznosti.

Predmet zadevnega javnega naročila je izvedba del za izgradnjo železniških in predorskih sistemov na drugem tiru železniške proge Divača – Koper. Naročnik je predmet (okvirno) opisal v 1. poglavju dokumenta Razpisna dokumentacija, ki je del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je iz 1. poglavja dokumenta Razpisna

dokumentacija, ki je bil objavljen na Portalu javnih naročil dne 20. 12. 2021, razvidno, da so dela, ki jih v zahtevku za revizijo izpostavlja vlagatelj, vključena v javno naročilo – nasprotnega naročnik tekom postopka pravnega varstva tudi ni zatrjeval. Na podlagi vpogleda v dosje zadevnega javnega naročila Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik dne 10. 3. 2022 (tekem postopka pravnega varstva, in sicer po odstopu zahtevka za revizijo in naročnikove odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo v reševanje Državni revizijski komisiji) na Portalu javnih naročil objavil Popravek, v okviru katerega je objavil nov dokument Razpisna dokumentacija, s katerim je spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnik je med drugim spremenil vsebino predmeta javnega naročila, in sicer tako, da prestavitev SV in TK naprav v Divači, vgradnja SV progovnih in SV postajnih naprav ter vgradnja ETCS na progi, ni več predmet javnega naročila. Upošteva se navedeno gre ugotoviti, da prestavitev obstoječih SV elementov v Divači, vgraditev SV postajnih naprav v Divači in Kopru ter prilagoditev obstoječega sistema ETCS na omenjenih postajah, ni več predmet javnega naročila, medtem ko je ureditev GSM-R še vedno predmet javnega naročila.

Državna revizijska komisija ni ugotavljala vpliva spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila na predmetni postopek pravnega varstva oz. na vlagateljev položaj, saj je ureditev GSM-R tudi po spremembi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila še vedno del zadevnega javnega naročila, vlagatelj pa z istimi navedbami utemljuje tako naročnikove kršitve zaradi vključitve del, ki se nanašajo na prestavitev obstoječih SV elementov v Divači, vgraditev SV postajnih naprav ter prilagoditev sistema ETCS v Divači in Kopru, kot naročnikove kršitve zaradi vključitve del, ki se nanašajo na ureditev GSM-R. Državna revizijska komisija je zato, ne glede na spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v nadaljevanju presojala vlagateljev prvi zahtevek za revizijo.

Kot že navedeno, vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik z vključitvijo nekaterih del v predmet javnega naročila zahteva sodelovanje s točno določenimi subjekti, kar je v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja in 68. členom ZJN-3.

Eno izmed temeljnih načel javnega naročanja je načelo zagotavljanje konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3), katerega namen je odpraviti omejitve pri sodelovanju v postopkih javnega naročanja. Omenjeno načelo po svoji vsebini prepoveduje naročniku ravnanja, katerih učinek ali posledica so omejitve ponudnikov na področju oddaje javnih naročil, zaradi katerih ponudniki niso v pravno enakopravnih izhodiščnih položajih. Omenjeno načelo se uresničuje predvsem preko spoštovanja načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in načela enakopravnega obravnavanja ponudnikov (7. člen ZJN-3), v skladu s katerim mora naročnik zagotoviti, da med ponudniki na vseh stopnjah postopka javnega naročanja in glede vseh elementov ni razlikovanja. Skladno s tretjim odstavkom 5. člena ZJN-3 naročnik ne sme zahtevati od ponudnika, da pri izvedbi naročila sodeluje z določenimi podizvajalci ali da izvede kakšen drug posel, kot na primer izvoz določenega blaga ali storitev.

Državna revizijska komisija je že pojasnila (prim. odločitvi, št. 018-219/2015-9 in št. 018-032/2020-4), da naročnikova zahteva, da ponudnik pri izvedbi javnega naročila sodeluje s točno določenim subjektom, za ponudnika pomeni ne le, da ponudnik ni samostojen pri odločitvi, s katerimi gospodarskimi subjekti (če sploh) se bo povezal, ampak ponudnik tudi ne more svobodno oblikovati ponudbene cene, saj jo v delu oblikuje drug gospodarski subjekt, pri čemer ni zagotovljeno, da bo slednji vsem ponudnikom nudil enake pogoje, posledično pa ni zagotovljena enakopravna obravnava ponudnikov in tudi ne načelo zagotavljanje konkurence med ponudniki. V zadevi, št. 018-181/2013-7, je Državna revizijska komisija ugotovila, da je (takratni) naročnik zahteval, da ponudniki v ponudbeno ceno vključijo ceno za storitev (tj. storitev nadzora upravljavcev komunalnih vodov), ki je ponudniki niso mogli izvesti sami, ampak so jo lahko izvedli točni določeni upravjalci, ne da bi pri tem naročnik zagotovil ponudnikom enaka izhodišča za

določitev ponudbene cene – posledično je Državna revizijska komisija ugotovila naročnikovo kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov. V odločitvi, št. 018-219/2015-9, na katero se v prvem zahtevku za revizijo večkrat sklicuje vlagatelj, je Državna revizijska komisija na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja, da je takratni naročnik zahteval, da ponudniki za izvedbo del (ki se nanašajo na SVTK naprave) kot podizvajalca nominirajo točno določen subjekt (Thales) in da v ponudbo predložijo ponudbo tega podizvajalca, ugotovila naročnikovo kršitev načela zagotavljanja konkurence med ponudniki. Državna revizijska komisija je v zadevi, št. 018-032/2020-4, na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja, da je za izvedbo (takratnega) javnega naročila potrebno sodelovanje točno določenega subjekta in da je takratni naročnik zahteval, da ponudniki stroške sodelovanja tega subjekta vključijo v ponudbeno ceno, ugotovila naročnikovo kršitev tretjega odstavka 5. člena ZJN-3 in načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

V obravnavani zadevi je med strankama nesporno, potrjeno pa je tudi z vpogledom v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, da naročnik ni izrecno zahteval, da ponudniki v ponudbo vključijo točno določen gospodarski subjekt (ali več njih) oz. da ponudniki točno določen gospodarski subjekt imenujejo kot podizvajalca. Ponudniki, vključno z vlagateljem, lahko tako tudi brez vključitve določenih gospodarskih subjektov v ponudbo predložijo dopustno ponudbo.

Med strankama pa je sporno, ali je naročnik s tem, ko je določena dela vključil v predmet javnega naročanja, zahteval sodelovanje s točno določenimi subjekti. Odgovor na to vprašanje je odvisen od odgovora na vprašanje, ali lahko sporna dela izvedejo le izvajalci obstoječih sistemov, kar je med strankama prav tako sporno. Vlagatelj zatrjuje, da v zvezi z izvedbo spornih del obstajajo izključne pravice izvajalcev obstoječih sistemov – iz vlagateljevih navedb izhaja, da že obstajajo vzpostavljeni SV in TK sistemi, da se z izvedbo spornih del posega v obstoječe SV in TK sisteme, in da lahko v že vzpostavljene sisteme posega le izvajalec že vzpostavljenega (obstoječega) sistema. Naročnik na drugi strani zatrjuje, da za izvedbo spornih del ni potrebno sodelovanje točno določenih subjektov in da vlagatelj ni izkazal obstoja izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da med strankama ni sporno, da na zadevni železniški progi že obstajajo SV in TK sistemi ter da se z izvedbo spornih del posega v obstoječe SV in TK sisteme. Navedeno je tudi razvidno iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, saj je naročnik v okviru (naknadno umaknjene) obrazca 4b zahteval, da ponudniki podajo izjavo o zagotavljanju usposobljenih in pooblaščenih izvajalcev del s strokovnim kadrom, ki je usposobljen in pooblaščen za izvedbo posameznih vrst del, zlasti za nekatere posege v obstoječe naprave in sisteme, kot so to npr.: nadgradnja SV naprav na postaji Divača, nadgradnja SV naprav na postaji Koper tovorna, nadgradnja ETCS naprav na postaji Divača in Koper tovorna in nadgradnja GSM-R omrežja. Na tem mestu gre še pojasniti, da je naročnik na podlagi vprašanja zainteresiranega gospodarskega subjekta, da naročnik z omenjenim obrazcem zahteva, da ponudniki prenesejo ta dela na ponudnike obstoječe opreme, pojasnil, da je obrazec 4b vključil v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ker je želel ponudnika *»zgolj opomniti, da posega v obstoječe železniške sisteme. S tem nismo ponudnikov nikakor zavezali k izvedbi naročila s točno določenim izvajalcem, ampak smo jih le opozorili na posege v obstoječe sisteme, ki jih bodo morali izvesti za uspešno dokončanje del in predajo nove proge v obratovanje. V izogib napačnemu razumevanju bo naročnik predložitev obrazca 4b umaknil iz razpisnih zahtev«* (vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 12. 1. 2022 ob 9:54 uri).

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da čeprav naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni izrecno navedel, da lahko ponudniki sporna dela izvedejo sami, torej brez sodelovanja izvajalcev obstoječih sistemov, naročnik na drugi strani tudi ni izrecno zahteval, da ponudniki sporna dela izvedejo skupaj z izvajalci obstoječih sistemov (oz. da jih slednji izvedejo

sami). Upošteva je navedeno in upošteva je zgoraj citiran naročnikov odgovor, da (z naknadno umaknjenim obrazcem 4b, ki se je nanašal na sporna dela) ponudnikov ni zavezal k izvedbi naročila s točno določenim izvajalcem, Državna revizijska komisija ne more pritrditi vlagatelju, da naročnik z navedbami v odločitvi o zahtevku za revizijo, da ni zahteval sodelovanja točno določenih subjektov, »spreminja« dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Navedenega ne more spremeniti vlagateljevo obsežno citiranje vprašanj in odgovorov, objavljenih na Portalu javnih naročil. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da je naročnik preko Portala javnih naročil prejel več vprašanj zainteresiranih gospodarskih subjektov, ki so vezana na posege v obstoječe železniške sisteme, med drugim je bil naročnik pozvan na jasn odgovor (z da ali ne), ali lahko sporna dela ponudniki izvajajo brez sodelovanja in soglasja izvajalcev obstoječih sistemov (glej vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 14. 02. 2022 ob 14:46 uri), in da naročnik v okviru odgovorov ni izrecno navedel, da sodelovanje točno določenih subjektov pri izvedbi javnega naročila ni potrebno. Vendar vlagatelj v zahtevku za revizijo ni zatrjeval niti da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu nejasna niti da naročnik ni odgovoril na zastavljena vprašanja oz. da naročnik ponudnikom ni posredoval vseh informacij, relevantnih za pripravo ponudbe. Zato naročnikove navedbe, da za izvedbo javnega naročila ni potrebno sodelovanje točno določenih subjektov, tudi ne narekujejo delne ugoditve zahtevku za revizijo, kot to zatrjuje vlagatelj. Na tem mestu Državna revizijska komisija še dodaja, da če bi bilo potrebno šteti, da vlagatelj s citiranjem vprašanj in odgovorov, objavljenih na Portalu javnih naročil, naročniku očita neodgovarjanje na vprašanja zainteresiranih ponudnikov ali oblikovanje nejasne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, gre ugotoviti, da je vlagatelj takšne navedbe prvič podal šele v vlogi z dne 25. 2. 2022 (s katero se je opredelil do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo), zato so te navedbe, upošteva je šesti odstavek 29. člena ZPVPJN, prepozne, posledično jih Državna revizijska komisija vsebinsko ni obravnavala.

V obravnavani zadevi je tako, upošteva je dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in vlagateljevo trditveno podlago, odločilno, ali je pri izvedbi spornih del po naravi stvari ali zaradi pravnih omejitev potrebno sodelovanje točno določenih subjektov. Že na tem mestu gre v zvezi z navedbami vlagatelja, da se je naročnik pri pripravi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila »zavedal« omejitve, ki so povezane s pravicami tretjih subjektov, pojasniti, da četudi je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel, da bo za prilagoditev in prestavitve naprav na novo stanje ter vgradnjo dodatnih ETCS naprav na odsekih Divača, Divača – Rodik, Rižana – Koper in Koper tovorna, sklenil posebno pogodbo z izvajalcem ERTMS/ETCS del, ter da je pri preureditvi obstoječih SV naprav potrebno predvideti (oz. pripraviti) vse potrebno za ustrezno priključitev LEU omaric proizvajalca Thales na dopolnjen SV sistem, je na podlagi navedenega mogoče kvečjemu sklepati, da lahko po oceni naročnika ta dela izvedejo točno določeni subjekti, kar pa ne omogoča tudi že zaključka, da lahko tudi dela, ki jih v prvem zahtevku za revizijo izpostavlja vlagatelj, izvedejo le točno določeni subjekti.

Kot že navedeno, naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo zatrjuje, da za izvedbo spornih del ni potrebno sodelovanje točno določenih subjektov, kar utemeljuje z navedbami, da je na slovenskem železniškem omrežju več tehnologij različnih proizvajalcev in da naročnik ni zahteval nadgradnje z opremo točno določenega proizvajalca. S temi navedbami naročnik ne more uspeti, saj vlagatelj ne zatrjuje, da naročnik zahteva opremo točno določenega proizvajalca, pač pa zatrjuje, da lahko v obstoječe železniške sisteme posega samo izvajalec obstoječih sistemov. Ni tako vprašanje, katera oprema se bo v okviru izvedbe javnega naročila vgradila, pač pa je sporno, kdo bo (kompatibilno) opremo vgradil. Smiselno enako gre ugotoviti glede naročnikovega sklicevanja na javno naročilo »Nadgradnja SV naprav na železniški progi št. 30 Zidani Most-Šentilj-d.m.«, v okviru katerega je bila vgrajena tehnologija proizvajalca CAF Signalling S/L, Španija, katera do vgraditve še ni bila vgrajena na slovenskem omrežju. Poleg tega ne gre prezreti (smiselnih) vlagateljevih navedb, da so se v okviru tega javnega naročila obstoječe elektro-relejne naprave oz. analogne SV naprave odstranile iz omrežja in se

nadomestile z novimi, elektronskimi SV napravami, in da je torej izvedba omenjenega javnega naročila (po vsebini) pomenila vzpostavitev novega železniškega sistema in ne poseganja v obstoječi železniški sistem, kar je predmet konkretnega javnega naročila.

Pritrditi pa gre naročniku, da vlagatelj, ki v (prvem) zahtevku za revizijo zatrjuje, da lahko sporna dela izvedejo le izvajalci obstoječih sistemov, ker imajo slednji izključno pravico poseganja v vzpostavljene obstoječe sisteme, ni dokazal trditve o obstoju izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov. Poudariti gre, da je na vlagatelju trditveno in dokazno breme (skladno z drugim odstavkom 15. člena ZPVPJN ter 7. in 212. členom ZPP, v povezavi s 13. členom ZPVPJN), kar pomeni, da je na njemu, da v zahtevku za revizijo najprej jasno, določno in konkretizirano navede vsa dejstva, ki kažejo na nezakolitost naročnikovega ravnanja, in da predlaga dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo. Na vlagatelju torej je, da za svoje trditve o obstoju izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov predloži dokaze, s katerimi dokaže te navedbe.

Vlagatelj se je v utemeljitev navedb o obstoju izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov skliceval na postopke oddaje javnih naročil »*Modernizacija obstoječe železniške proge Divača – Koper, etapa B in C*«, št. objave na Portalu javnih naročil JN12066/2010, »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*«, št. objave na Portalu javnih naročil JN4149/2015 in »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje*«, št. objave na Portalu javnih naročil JN368/2016, ki se po navedbah vlagatelja nanašajo na izvedbo zadevnih sistemov, in na njihovi podlagi sklenjene pogodbe, vendar pa omenjena dokumentacija ne potrjuje vlagateljevih trditve o obstoju izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov.

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v dosje javnega naročila JN12066/2010 za javno naročilo »*Modernizacija obstoječe železniške proge Divača - Koper, etapa B in C*« ugotavlja, da je takratni naročnik MZI DRSI zahteval, da ponudniki pridobijo ponudbo proizvajalca Siemens, ki jo predložijo v ponudbo, ker je na postaji Divača vgrajena SV naprava tega proizvajalca in lahko le ta subjekt izvede integracijo novih naprav z obstoječo SV napravo (prim. npr. vprašanje in odgovor, objavljena na Portalu javnih naročil dne 6. 1. 2011 ob 12:52 uri). Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v dosje javnega naročila JN4149/2015 za javno naročilo »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*« ugotavlja, da je takratni naročnik MZI DRSI zahteval, da ponudniki v ponudbo vključijo subjekt Thales, ker so s SV napravo tega proizvajalca zavarovane postaja Koper tovorna, glavna pristaniška postaja in postaja Koper potniška, kakršne koli posege v obstoječo SV napravo pa lahko izvaja le proizvajalec te naprave (glej npr. vprašanja in odgovore, objavljena na Portalu javnih naročil dne 17. 7. 2015, 22. 7. 2015 in 21. 8. 2015).

Na podlagi navedenega je mogoče ugotoviti, da je takratni naročnik v preteklih postopkih oddaje javnih naročil, katerih predmet se je nanašal na iste SV naprave oz. sisteme, kot so predmet tega javnega naročila, dela, vezana na posege v obstoječe sisteme, oddajal na drugačen način kot (predmetni) naročnik, kar pa ne omogoča tudi že zaključka, da ima proizvajalec obstoječe SV naprave izključne pravice za posege v vzpostavljene sisteme. Res je sicer takratni naročnik MZI DRSI ocenjeval, da lahko posege v obstoječe SV naprave izvede le izvajalec tega sistema oz. proizvajalec obstoječih SV naprav, vendar pa predmetni naročnik na takšno oceno v tem postopku oddaje javnega naročila ni vezan. Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (prim. npr. odločitve, 018-44/2017-10, 018-61/2020-5, 018-53/2021-6), da se vsak postopek oddaje javnega naročila vodi kot zaključena in samostojna celota. Pretekli postopki predstavljajo ločene (od zadevnega postopka neodvisne) postopke oddaje javnih naročil, zato na podlagi ravnanja drugega naročnika v drugih postopkih javnega naročanja (četudi so predmet drugih javnih naročil isti železniški sistemi) ni mogoče sklepati o nezakolitosti ravnanja naročnika v tem postopku. Stališče takratnega naročnika v preteklih postopkih javnega naročila je lahko relevantno le v okviru takratnih postopkov javnega naročanja oz. je lahko relevantno le v okviru

takrat predvidenih posegov v obstoječe SV naprave, ni pa to stališče zavezujoče za naročnika v tem postopku oddaje javnega naročila oz. ne more predstavljati podlage za ugotovitev, da tudi v zvezi z razpisanimi deli obstajajo izključne pravice, ki bi ponudnikom onemogočale s tem razpisom predvidene posege v obstoječe sisteme.

Vlagatelj obstoja izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov tudi ne more izkazati s sklicevanjem na revizijski postopek, voden pod opr. št. 018-219/2015, katerega predmet je bilo ravnanje takratnega naročnika MZI DRSI v postopku javnega naročila »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*«, št. objave JN4149/2015. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da je takratni naročnik MZI DRSI v takratnem postopku zatrjeval, da zahteva vključitev subjekta Thales v ponudbo, ker je navedeni izvajalec dobavil in vgradil obstoječe naprave oz. sistema, ker ima Thales kot proizvajalec teh naprav izključne pravice in intelektualno lastnino na sistemu elektronskega zavarovanja, ker je navedeni odgovoren za odpravo napak v garancijski dobi, za vzdrževanje in posodobitev naprav po poteku garancijske dobe, in ker v primeru nepooblaščenih posegov v te naprave Thales ne jamči več za varno delovanje sistema. Vendar pa vlagatelj s sklicevanjem na argumentacijo takratnega naročnika ne more uspeti že iz razloga, ker je to stališče (drugega) naročnika lahko relevantno le v okviru takratnega postopka javnega naročanja. Poleg tega v omenjeni zadevi Državna revizijska komisija ni presojala, ali v zvezi z deli, ki se nanašajo na SVTK naprave, obstajajo izključne pravice izvajalca obstoječega sistema SVTK (oz. Thales), saj je bilo v navedeni zadevi namreč odločilno, da je takratni naročnik izrecno zahteval, da ponudniki v ponudbo kot podizvajalca vključijo subjekt Thales in da v ponudbo predložijo ponudbo Thalesa. Državna revizijska komisija je zato v odločitvi, št. 018-219/2015-9, pojasnila, da med (takratnima) strankama sporno vprašanje, ali lahko dela, ki se nanašajo na SVTK naprave, izvede le izvajalec obstoječega sistema SVTK, ni relevantno za rešitev spora, saj tudi če bi bile utemeljene navedbe takratnega naročnika (ki je zatrjeval, da lahko ta dela izvede le proizvajalec naprav), to ne bi opravičevalo naročnikove zahteve, da ponudniki za izvedbo javnega naročila nominirajo točno določenega podizvajalca. Ker torej v navedeni zadevi Državna revizijska komisija ni presojala, ali lahko poseg v obstoječi sistem izvede le izvajalec tega sistema, vlagatelj že iz tega razloga s sklicevanjem na odločitev, št. 018-219/2015-9, ne more izkazati obstoja izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov.

V zvezi z vlagateljevim sklicevanjem na javno naročilo »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje*«, št. objave JN368/2016, gre najprej pojasniti, da ga je takratni naročnik MZI DRSI razdelil na dva sklopa, sklop 1 »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*« in sklop 2 »*PENP Hrastovlje*«. V okviru omenjenega postopka javnega naročila je takratni naročnik izrecno pojasnil, da ne zahteva od ponudnikov, da pridobijo ponudbo Thalesa, da SVTK naprave niso predmet tega naročila in da bo naročnik za njihovo izvedbo sklenil posebno pogodbo (glej npr. vprašanja in odgovore, objavljene na Portalu javnih naročil dne 22. 1. 2016 in 10. 2. 2016). Vlagatelj s sklicevanjem na postopek oddaje javnega naročila, katerega predmet ni povezan s sistemom, v katerega naj bi ponudniki z izvedbo spornih del posegli, ne more izkazati trditve o obstoju izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov.

Ker je iz dosjeja omenjenega javnega naročila razvidno, da sklop 2 v okviru tega postopka ni bil oddan, je Državna revizijska komisija pozvala takratnega naročnika na pojasnilo, v okviru katerega postopka oddaje javnega naročila so bila oddana v izvedbo dela, ki so bila predmet sklopa 2 »*PENP Hrastovlje*«. Po prejemu pojasnila MZI DRSI je Državna revizijska komisija vpogledala v dosje javnega naročila 007208/2016 »*Dobava in vgradnja prevozne elektronapajalne postaje (PENP) na postajo Hrastovlje z napajalnim kablom do elektronapajalne postaje Rižana*«, pri čemer je ugotovila, da se v okviru tega postopka ni odpiralo vprašanje sodelovanja točno določenih subjektov pri njegovi izvedbi. Poleg tega se omenjeno javno naročilo nanaša na vgradnjo elektronapajalne postaje na postaji Hrastovlje z napajalnim kablom do postaje Rižana, in torej niti na SV in TK sisteme oz. naprave (med katere po navedbah vlagatelja

sodi tudi sistem GSM-R) niti na postajo Divača ali postajo Koper. Omenjeni postopek javnega naročila, katerega predmet niso bili obstoječi sistemi, v katere naj bi ponudniki z izvedbo tega javnega naročila posegli, ne more potrjevati trditev o obstoju izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov.

Kot že navedeno, vlagatelj se v utemeljitev navedb o obstoju pravic in dolžnosti izvajalcev obstoječih sistemov sklicuje tudi na pogodbe, ki so bile sklenjene na podlagi izvedenih postopkov oddaje javnih naročil »*Modernizacija obstoječe železniške proge Divača - Koper, etapa B in C*«, »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*« in »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje*«, pri čemer je vlagatelj predlagal, da jih Državna revizijska komisija pridobi sama na podlagi 32. in 33. člena ZPVPJN.

Državna revizijska komisija je takratnega naročnika MZI DRSI pozvala na predložitev pogodbe za javno naročilo »*Modernizacija obstoječe železniške proge Divača - Koper, etapa B in C*«, medtem ko ga ni pozvala na predložitev pogodbe za javno naročilo »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*«, št. objave JN4149/2015, saj je iz dosjeja tega javnega naročila razvidno, da ni bil uspešno zaključen. Naročnik je namreč v okviru Popravka, št. objave JN8179/2015, obvestil zainteresirane gospodarske subjekte, da je bil postopek oddaje v celoti razveljavljen, kar posledično pomeni, da ne obstoji pogodba, sklenjena na podlagi tega postopka. Državna revizijska komisija takratnega naročnika tudi ni pozvala na predložitev pogodbe, sklenjene na podlagi javnega naročila »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje*«, št. objave JN368/2016, saj je za sklop 1 »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*« pogodba objavljena na Portalu javnih naročil, zato pozivanje na njeno predložitev ni bilo potrebno, sklop 2 »*PENP Hrastovlje*« pa v okviru tega postopka ni bil oddan. Državna revizijska komisija pa je pozvala MZI DRSI na predložitev pogodbe za dela, ki so bila predmet sklopa 2.

Vlagatelj je v vlogi, s katero se je opredelil do posredovanih pogodb (Državna revizijska komisija mu je v opredelitev posredovala prejete pogodbe in pogodbo, objavljeno na Portalu javnih naročil) zatrjeval, da MZI DRSI ni posredoval celotnih pogodb (pogodbe FIDIC, Splošni pogoji, Posebni pogoji...) in predlagal, da Državna revizijska komisija pozove MZI DRSI na predložitev manjkajoče dokumentacije – temu predlogu vlagatelja Državna revizijska komisija ni ugodila.

Državna revizijska komisija je na podlagi vpogleda v Pogodbo za modernizacijo železniške proge Divača – Koper ugotovila, da je stranka te pogodbe (poleg takratnega naročnika) konzorcij SŽ - ŽGP Ljubljana, d.d., in GH Holding, d.d., Ljubljana. Vlagatelj je torej stranka pogodbe, ki naj bi dokazovala utemeljenost njegovih navedb, zato bi lahko vlagatelj (brez posredovanja Državne revizijske komisije) to pogodbo sam predložil (že v zahtevku za revizijo) oz. bi lahko sam predložil vso dodatno dokumentacijo, ki je del te pogodbe. Stranka mora namreč sama predložiti listino, na katero se sklicuje v dokaz svojih navedb (prim. prvi odstavek 226. člena ZPP, v povezavi s 13. členom ZPVPJN), pri čemer Državna revizijska komisija ocenjuje, da ne gre za listino, ki bi bila samo pri takratnem naročniku, sploh upošteva, da je iz 11. člena pogodbe razvidno, da je izvajalec prejel dva izvoda pogodbe. Ker se torej v obravnavanem primeru vlagatelj sklicuje na pogodbo, katere pogodbeni stranka je sam, in niti ne zatrjuje, da z omenjeno pogodbo oz. dokumenti, ki so del te pogodbe, ne razpolaga (vlagatelj dejstva, da je stranka te pogodbe, v postopku pravnega varstva ni niti razkril; omenjeno dejstvo je Državna revizijska komisija ugotovila šele po prejemu te pogodbe od takratnega naročnika MZI DRSI), vlagatelj ne more na Državno revizijsko komisijo prevaliti zbiranja dokaznega gradiva, ki je primarno na vlagatelju. Upošteva navedeno Državna revizijska komisija tudi ni pozivala MZI DRSI na dokumente, ki so sestavni del Pogodbe za modernizacijo železniške proge Divača – Koper.

Državna revizijska komisija tudi ni pozvala MZI DRSI na posredovanje dodatne dokumentacije, vezane na Pogodbo za sanacijo ozkega grla Divača – Koper in Pogodbo za PENP na postajo Hrastovlje. Ponoviti gre, da iz dosjeja javnega naročila, na katerega se nanaša prva pogodba, izhaja, da SVTK naprave niso predmet tega naročila in da bo naročnik za njihovo izvedbo sklenil posebno pogodbo, kar pomeni, da SVTK naprave tudi niso predmet Pogodbe za sanacijo ozkega grla Divača – Koper. Prav tako iz dosjeja javnega naročila, na katerega se nanaša druga pogodba, izhaja, da se predmet tega naročila ne nanaša niti na SV in TK sisteme/naprave niti na postajo Divača ali postajo Koper, kar pomeni, da SV in TK sisteme/naprave na postaji Divača oz. postaji Koper niso predmet Pogodbe za PENP na postajo Hrastovlje. Poleg tega, kot bo to pojasnjeno v nadaljevanju, je iz vlagateljevih navedb v vlogi, s katero se je opredelil do prejetih pogodb, razvidno, da tudi vlagatelj omenjeni pogodbi ne ocenjuje za relevantni, saj kot relevantne šteje dokumente v zvezi s sistemi SV in TK (npr. pogodbo, sklenjeno neposredno s Thalesom). Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da je pozivanje na dodatno dokumentacijo, vezano na omenjeni pogodbi, nepotrebno, saj bi se dodatna dokumentacija nanašala na pogodbi, ki za konkretno javno naročilo nista pravno relevantni.

Vlagatelj v vlogi z dne 10. 3. 2022 tudi zatrjuje, da je MZI DRSI dokumentacijo posredoval »izrazito selektivno«, saj v zvezi s predmetom javnega naročila »Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje«, ni posredoval dokumentov v zvezi s sistemi SV in TK, ki so bili zaradi varovanja pravic tretjih gospodarskih subjektov izločeni (oddani po ločenih postopkih brez objave na Portalu javnih naročil). Vlagatelj zatrjuje, da ravno ti, manjkajoči, dokumenti, dokazujejo njegove navedbe. Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj z izpostavljenimi navedbami širi v zahtevku za revizijo podan dokazni predlog. V zahtevku za revizijo se je vlagatelj skliceval na omenjena tri javna naročila (ki jih je konkretiziral s številko objave javnega naročila in sklicevanjem na relevantno spletno stran) ter na »na podlagi zadevnih javnih naročil sklenjene pogodbe za izvedbo« – te pogodbe je Državna revizijska komisija pridobila. Vlagatelj se v zahtevku za revizijo ni skliceval niti na »ločen postopek, brez objave na Portalu javnih naročil« in tudi ne na podlagi tega postopka sklenjeno »neposredno« pogodbo s Thalesom. V vlogi z dne 10. 3. 2022 pa se vlagatelj sklicuje na »projekt« »Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper«, s čimer vlagatelj ne meri več na konkretno javno naročilo, ampak na »projekt«, za izvedbo katerega je bilo očitno izvedenih več postopkov javnega naročanja. Vlagatelj tako šele v vlogi z dne 10. 3. 2022 prvič navede, je bila med MZI DRSI in Thalesom sklenjena »neposredna« pogodba, česar vlagatelj v zahtevku za revizijo ni zatrjeval in svojih navedb tudi ni dokazoval s sklicevanjem na to »neposredno« sklenjeno pogodbo med MZI DRSI in Thalesom. V kolikor je vlagatelju onemogočeno navajanje novih kršitev in dejstev ter predlaganje novih dokazov v vlogi po šestem odstavku 29. člena ZPVPJN, mu je še toliko bolj onemogočano navajanje novih kršitev in dejstev ter predlaganje novih dokazov v kasnejših vlogah (v tem smislu prim. tudi odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-46/2021-40). Upošteva je navedeno in upošteva je, da vlagatelj v izpostavljeni vlogi niti ne navaja niti ne dokaže, da se brez svoje krivde ni mogel že v zahtevku za revizijo sklicevati niti na postopek, na podlagi katerega je bila sklenjena pogodba s Thalesom, niti na omenjeno pogodbo, Državna revizijska komisija MZI DRSI ni pozivala na predložitev omenjene pogodbe, saj takšen vlagateljev predlog ni pravočasen.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da na podlagi vpogleda v Pogodbo za modernizacijo železniške proge Divača – Koper, Pogodbo za sanacijo ozkega grla Divača – Koper in Pogodbo za PENP na postajo Hrastovlje (slednji pogodbi se, kot že navedeno, niti ne nanašata na SVTK naprave) ni mogoče zaključiti, da bi v zvezi z izvedbo spornih del obstajale izključne pravice izvajalcev obstoječih sistemov. Omenjene pogodbe ne vsebujejo nobenih določb o avtorski pravici, pravicah intelektualne lastnine ali industrijske lastnine, kot tudi ne drugih določb, na podlagi katerih bi bilo mogoče sklepati, da imajo izvajalci obstoječih sistemov izključno pravico, da posegajo v obstoječi sistem. Pritrditi gre sicer navedbam vlagatelja, da je iz Pogodbe za modernizacijo železniške proge Divača – Koper razvidno, da je bil eden izmed podizvajalcev tudi

Siemens, d.o.o., Ljubljana, ki je prevzel dela, vezana na SVTK naprave, vendar navedeno zgolj potrjuje, da je v okviru tistega projekta Siemens, d.o.o., Ljubljana, izvedel dela, vezana na SVTK naprave, ne pa tudi, da ima navedeni subjekt izključne pravice oz. da lahko le ta subjekt posega v vzpostavljene naprave in sisteme.

Pri tem pa Državna revizijska komisija še dodaja, da četudi bi iz omenjenih pogodb izhajalo, da lahko le izvajalci obstoječih sistemov posegajo v obstoječe sisteme, bi morebiten poseg v te sisteme s strani drugih subjektov (torej ponudnikov v tem postopku) pomenilo zgolj, da je takratni naročnik kot pogodbeni stranka kršil pogodbene obveznosti. Pogodba ustvarja pravice in obveznosti le za pogodbeni stranki (prvi odstavek 125. člena Obligacijskega zakonika; Uradni list RS, št. 83/2001 s sprem.), torej za stranki, ki sta pogodbo sklenili, medtem ko se pravni učinki ne raztezajo na tretje osebe (načelo relativnosti obligacijskih razmerij). To pomeni, da če bi se takratni naročnik s pogodbo zavezal, da bo posege v vzpostavljene sisteme omogočil le izvajalcem teh sistemov, bi to zavezovalo zgolj takratnega naročnika, ne pa tudi vlagatelja, kateremu pravno ne bi bil onemogočen poseg v obstoječe sisteme in izvedba spornih del. Morebitna kršitev pogodbenih obveznosti takratnega naročnika je lahko relevantna le v razmerju do nasprotne stranke – na podlagi pogodbe, katere pogodbeni stranka ni vlagatelj, vlagatelj upošteva načelo relativnosti obligacijskih razmerij tudi nima pravice zahtevati izpolnitev pogodbe v korist ene izmed pogodbenih strank; v zvezi s Pogodbo za modernizacijo železniške proge Divača – Koper, katere stranka je vlagatelj, pa gre pojasniti, da je za morebitne spore iz nastalega obligacijsko pravnega razmerja med naročnikom in izvajalcem pristojno sodišče. Državna revizijska komisija namreč ni pristojna za obravnavo sporov iz civilnopравnih (obligacijskih) razmerij in s tem povezanih kršitev pogodbe s strani katere od pogodbenih strank.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj s sklicevanjem na postopke oddaje javnih naročil »*Modernizacija obstoječe železniške proge Divača - Koper, etapa B in C*«, »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper*«, in »*Sanacija ozkega grla na železniški progi Divača – Koper in PENP Hrastovlje*«, in z njimi povezanimi pogodbami, ni izkazal obstoja izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov oz. da je izvedba spornih del vezana na pravice in dolžnosti tretjih oseb (tj. izvajalcev obstoječih sistemov), posledično pa tudi ni izkazal, da bi lahko ponudbo v predmetnem postopku oddaje javnega naročila pripravil le s sodelovanjem točno določenih gospodarskih subjektov.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje tudi, da ima zaradi varnosti in zanesljivosti delovanja železniških sistemov in naprav le proizvajalec (oz. tisti, ki jih je vgradil) pravico in dolžnost poseganja vanje. Tudi če bi Državna revizijska komisija še lahko sledila navedbam, da je za pravilno, varno in zanesljivo delovanje železniških sistemov in naprav ključno, da vanje posegajo le pooblaščen osebe (v smislu usposobljene osebe) in da bi poseg v te naprave s strani tretje nepooblaščen (tj. neusposobljene) osebe ogrozil njihovo delovanje in s tem drastično povečal možnost za napake ter železniške nesreče, to ne omogoča zaključka, da imajo le izvajalci obstoječih sistemov »*pravico in dolžnost*«, da posegajo v omenjene sisteme. V tem delu gre pritrditi naročniku, da morebitna prekinitve proizvajalčeve odgovornosti za že vgrajene naprave ni okoliščina, ki bi lahko vplivala na pravni položaj vlagatelja oz. zaradi katere vlagatelj ne bi mogel brez sodelovanja izvesti javnega naročila, saj bi posledice proizvajalčeve razbremenitve odgovornosti za brezhibno in zanesljivo delovanje naprav nosil naročnik in ne vlagatelj. Ali bo naročnik, kljub zatrjevanim negativnim posledicam za varno in zanesljivo delovanje železniških sistemov, dopustil poseg v obstoječe sisteme tudi tretjim subjektom (in ne le izvajalcem obstoječih sistemov), pa je odločitev naročnika, ki sodi v sfero njegove odgovornosti za lastno poslovanje.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v postopku pravnega varstva ni izkazal trditve o obstoju izključnih pravic izvajalcev obstoječih sistemov za izvedbo spornih del in posledično tudi ne, da lahko sporna dela izvedejo le izvajalci obstoječih sistemov

in da naročnik z vključitvijo spornih del v predmet javnega naročila zahteva, da morajo ponudniki pri izvedbi javnega naročila obvezno sodelovati s točno določenimi gospodarskimi subjekti. Ker vlagatelj ni uspel izkazati zatrjevanega dejanskega stanja, gre zavrniti vlagateljeve očitke o naročnikovi kršitvi 68. člena ZJN-3 in temeljnih načel javnega naročanja. Ker vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila, je Državna revizijska komisija, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, vlagateljev prvi zahtevek za revizijo z dne 18. 2. 2022 kot neutemeljenega zavrnila.

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

Pred obravnavo drugega zahtevka za revizijo gre v zvezi z vlagateljevimi navedbami o naročnikovi kršitvi pravil ZPVPJN pojasniti, da Državna revizijska komisija v revizijskem postopku odloča o zahtevku za revizijo, ki je vloga, s katero vlagatelj uveljavlja kršitve zoper ravnanja naročnika v postopku javnega naročanja (v tem smislu gl. npr. prvi odstavek 5. člena ZPVPJN, drugi odstavek 15. člena ZPVPJN ter 28. in 39. člen ZPVPJN). Predmet revizijskega postopka je torej lahko le ravnanje naročnika v postopku oddaje javnega naročila, ne pa tudi ravnanje naročnika v predrevizijskem postopku. Čeprav Državna revizijska komisija na podlagi ZPVPJN lahko odloči tudi o kršitvah ZPVPJN, pa je tako odločanje pridržano za primere pritožb zoper odločitev naročnika o zavrnjenju zahtevka za revizijo in o stroških v predrevizijskem postopku (prva poved iz 50. člena ZPVPJN). Ravnanje naročnika v predrevizijskem postopku je lahko predmet pritožbenega postopka, ki je mogoč le v primerih, določenih v 50. členu ZPVPJN.

Državna revizijska komisija v revizijskem postopku torej ne odloča o tem, ali je naročnikova odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo zakonita in utemeljena, temveč odloča, ali je zahtevek za revizijo utemeljen ali ne. To izhodišče potrjuje tudi institut molka naročnika (četrti odstavek 28. člena ZPVPJN), ki sicer v obravnavanem primeru ni podan, saj čeprav naročnik ne bi odločil o zahtevku za revizijo oziroma ga vlagatelj ne bi prejel v zakonsko določenem roku, to ne bi pomenilo, da bi morala Državna revizijska komisija zahtevku za revizijo ugoditi, temveč ga mora, če so izpolnjene (postopkovne, procesne) predpostavke iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, sprejeti v (vsebinsko, meritorno) obravnavo skladno z drugim odstavkom 31. člena ZPVPJN. Upošteva se navedeno gre tako ugotoviti, da Državna revizijska komisija nima pravne podlage, da *»razveljavi odločitev o zahtevku za revizijo in zadevo (naročniku) vrne v ponovno odločanje«*, kot to predlaga vlagatelj. Navedenega ne spreminja vlagateljevo sklicevanje na prvi odstavek 354. člena ZPP, v povezavi s 13. členom ZPVPJN, saj sodišče druge stopnje v okviru pritožbe v pravnem postopku presoja odločitev prve stopnje, medtem ko se v revizijskem postopku, kot že navedeno, ne presoja odločitev naročnika o zahtevku za revizijo.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da mu je bila zaradi naročnikove kršitve pravil ZPVPJN kršena pravica do učinkovitega pravnega varstva (oz. pravica do kontradiktornosti), gre ugotoviti, da iz naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo jasno izhaja, da naročnik ni zavrgel zahtevka za revizijo, ker bi ugotovil, da niso izpolnjene (postopkovne, procesne) predpostavke iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN, pač pa ga je obravnaval po vsebini in ga zavrnil kot neutemeljenega – posledično je bil naročnik dolžan ravnati po prvem odstavku 29. člena ZPVPJN in Državni revizijski komisiji odstopiti relevantno dokumentacijo, s čimer se je začel revizijski postopek (prim. 30. člen ZPVPJN). V odločitvi o zahtevku za revizijo je naročnik najprej (pred vsebinsko obravnavo revizijskih navedb) izrazil pomisleke o njegovi pravočasnosti, vendar pa gre poudariti, da je naročnik po prejemu zahtevka za revizijo dolžan opraviti predhodni preizkus, v okviru katerega preveri obstoj procesnih pogojev, ki morajo biti izpolnjeni za vsebinsko presojo zahtevka za revizijo (prim. prvi in tretji odstavek 26. člena ZPVPJN). Čeprav naročnik, če ugotovi, da procesni pogoji iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN, niso podani, zahtevek za revizijo zavrže in ga ne sprejme v obravnavo, pa gre ponoviti, da naročnik, kljub izraženemu stališču o

nepravočasnosti zahtevka za revizijo, zahtevka za revizijo ni zavrgel, pač pa ga je vsebinsko obravnaval. Neutemeljene so zato navedbe vlagatelja, da je naročnik združil odločitev o zavrnjenju zahtevka za revizijo in odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo, posledično pa vlagatelj tudi ne more uspeti z navedbami, da bi se imel pravico, glede na vsebino odločitve o zahtevku za revizijo, v roku šestih delovnih dni opredeliti do naročnikovih navedb z dvema vlogama (ena vloga zoper zavrnjenje zahtevka za revizijo in ena vloga zoper vsebinsko odločitev o zahtevku za revizijo). Vlagatelj se je, skladno s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN, imel možnost opredeliti do navedb naročnika v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo v roku treh delovnih dni – to možnost je vlagatelj tudi izkoristil. Pri tem gre še dodati, da ne glede na to, ali naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo izpostavi (ne)obstoj procesnih pogojev, je tudi Državna revizijska komisija po prejemu zahtevka za revizijo skladno z 31. členom ZPVPJN dolžna opraviti predhodni preizkus zahtevka za revizijo oz. preveriti izpolnjevanje procesnih pogojev.

V zvezi z naročnikovimi pomisleki o pravočasnosti drugega zahtevka za revizijo gre pojasniti, da so roki za vložitev zahtevka za revizijo določeni v 25. členu ZPVPJN. Skladno s prvim odstavkom 25. člena ZPVPJN se zahtevki za revizijo, ki se nanašajo na vsebino objave, povabila k oddaji ponudbe ali razpisno dokumentacijo, vložijo v desetih delovnih dneh od dneva objave obvestila o naročilu ali prejema povabila k oddaji ponudbe. Kadar naročnik spremeni ali dopolni navedbe v objavi, povabilu k oddaji ponudbe ali v razpisni dokumentaciji, se lahko zahtevki za revizijo, ki se nanašajo na spremenjeno, dopolnjeno ali pojasnjeno vsebino objave, povabila ali razpisne dokumentacije ali z njim neposredno povezano navedbo v prvotni objavi, povabilu k oddaji ponudbe ali razpisni dokumentaciji, vložijo v desetih delovnih dneh od dneva objave obvestila o dodatnih informacijah, informacijah o nedokončanem postopku ali popravku, če se s tem obvestilom spreminjajo ali dopolnjujejo zahteve ali merila za izbiro najugodnejšega ponudnika.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da upoštevajoč prvo poved iz prvega odstavka 25. člena ZPVPJN in upoštevajoč datum objave obvestila o javnem naročilu (tj. dan 20. 12. 2021) ter dan vložitve zahtevka za revizijo (tj. dan 4. 3. 2022), zahtevki za revizijo, v katerem vlagatelj naročniku očita kršitve pri oblikovanju dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ni pravočasen. Presoditi pa je še potrebno, ali so vlagateljeve navedbe pravočasne upoštevajoč drugo poved iz prvega odstavka 25. člena ZPVPJN. V primeru spremembe ali dopolnitve dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila rok za vložitev zahtevka za revizijo šteje skladno z drugo (in ne več prvo) povedjo iz prvega odstavka 25. člena ZPVPJN, saj se zahtevki za revizijo nanašajo »na spremenjeno, dopolnjeno ali pojasnjeno« dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (prim. odločitve št. 018-058/2018, 018-064/2018, 018-094/2018, 018-210/2018, 018-209/2019).

V obravnavanem primeru gre ugotoviti, da čeprav naročnik dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki ga v drugem zahtevku za revizijo izpodbija vlagatelj, ni dopolnjeval ali spreminjal, je naročnik z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 18. 2. 2022 ob 13:19 uri, spremenil referenčne pogoje, določene v točki 3.2.3 dokumenta Razpisna dokumentacija, v okviru objave Popravka dne 21. 2. 2022 pa je objavil spremenjen oz. popravljen ponudbeni predračun. Z navedenim je naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in s tem posegel v zahteve dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila na način, ki vpliva na začetek teka roka za vložitev zahtevka za revizijo. Posledično je potrebno, skladno z drugo povedjo prvega odstavka 25. člena ZPVPJN, zahtevki za revizijo zoper vsebino dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki je vloženi v desetih delovnih dneh od objave odgovorov dne 18. 2. 2022 (oz. popravka dne 21. 2. 2022), šteti za pravočasne. Ob upoštevanju navedenega in ob upoštevanju, da je v obravnavanem primeru vlagatelj vložil zahtevki za revizijo dne 4. 3. 2022, torej pred iztekom desetih delovnih dni od objave spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagateljev drugi zahtevki za revizijo pravočasen.

Naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo zatrjuje tudi, da vlagatelj z ničemer ne dokazuje navedb, da je registriran za opravljanje dejavnosti, ki je predmet javnega naročila, vendar naročnik spregleda, da je vlagatelj v okviru prve točke drugega zahtevka za revizijo, v kateri je zatrjeval obstoj procesnih predpostavk, med drugim tudi obstoj aktivne legitimacije, predlagal vpogled v poslovni register in družbeno pogodbo vlagatelja. Da dejavnosti, ki so našteje v družbeni pogodbi, ne izkazujejo zmožnosti opravljanja dejavnosti, potrebnih za izvedbo predmeta javnega naročanja, naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo ne zatrjuje. Ključno v obravnavani zadevi pa je, da je naročnik, kljub izpostavljenim pomislekom, štel, da je vlagatelj zainteresiran za pridobitev posla, čemur pritrjuje tudi Državna revizijska komisija.

Vlagatelj v drugem zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnik nejasno določil del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v katerega je vključil Smernice.

Smernice, ki jih je sprejela Evropska komisija, se nanašajo na udeležbo ponudnikov in blaga tretjih držav na trgu javnih naročil EU. V 1. poglavju (Dostop ponudnikov in blaga iz tretje države do trga javnih naročil EU) pojasnjujejo, kateri subjekti imajo zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v EU in kateri ne, v 2. poglavju (Neobičajno nizke ponudbe) podajajo usmeritve glede prepoznavne, preiskovanja in zavrnitve neobičajno nizkih ponudb, v 3. poglavju (Standardi kakovosti – strateški pristop k javnemu naročanju) pa spodbujajo k nakupom na podlagi stroškovne učinkovitosti in vidikov, ki temeljijo na kakovosti.

Direktiva 2014/24 v 25. členu (*Pogoji, povezani s Sporazumom GPA in drugimi mednarodnimi sporazumi*) 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. Direktiva 2014/25 v 43. členu (*Pogoji, povezani s Sporazumom GPA in drugimi mednarodnimi sporazumi*) 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. Izpostavljeni določbi sta bili v slovenski pravni red preneseni z 11. členom ZJN-3 (*pogoji, povezani s Sporazumom GPA in drugimi mednarodnimi sporazumi*), ki 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.

Iz obeh direktiv in ZJN-3 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 (prim. odločitvi Državne revizijske komisije, št. 018-154/2020-11 in 018-182/2020-38). Smiselno enako gre ugotoviti tudi glede Smernic, v katerih je Evropska komisija pojasnila, da imajo (poleg gospodarskih subjektov iz držav članic EU) zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v EU le gospodarski subjekti, ki prihajajo iz držav, s katerimi je sklenjen Sporazum GPA oz. drug ustrezen mednarodni sporazum. Subjekti 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.

V postopku javnega naročanja ima torej naročnik možnost omejiti sodelovanje gospodarskim subjektom iz tretjih držav, ki nimajo sklenjenega sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU ali katerih blago, storitve in gradnje niso zajeti v takem sporazumu, 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 (prim. npr. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-113/2020-8). Navedenega ne spreminja Interventni zakon za odpravo ovir pri izvedbi pomembnih investicij za zagon gospodarstva po epidemiji COVID-19 (Uradni list RS, št. 80/20 s sprem., v nadaljevanju: IZOOPIZG), ki kot enega izmed ukrepov v zvezi z izvedbo pomembnih investicij v 11. členu določa, da se v postopkih javnega naročanja (pri oddaji javnih naročil, ki izpolnjujejo kriterije iz II. dela tega zakona) uporabljajo Smernice. Upošteva, da 11. člen IZOOPIZG določa »zgolj« obvezno uporabo Smernic (iz katerih ne izhaja dolžnost naročnika, da izključi gospodarske subjekte iz držav, ki niso podpisnice ustreznih mednarodnih sporazumov, pač pa izhaja, da so ti gospodarski subjeki lahko izključeni), tudi IZOOPIZG le daje možnost za izključitev gospodarskih subjektov iz držav, ki niso podpisnice Sporazuma GPA ali drugega ustreznega mednarodnega sporazuma (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-38).

Pritrditi gre zato naročniku, da nima obveznosti, da subjekte iz tretjih držav izključi. Naročnik tudi pravilno opozarja, da lahko uporabi Smernice tudi brez izrecne vključitve Smernic v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-113/2020-8). Vendar če naročnik (kljub temu, da to ni njegova dolžnost) v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila opredeli način uporabe Smernic v postopku javnega naročanja, potem je naročnik način uporabe Smernic dolžan določiti jasno, natančno in nedvoumno.

Naročnik je namreč v postopku javnega naročanja dolžan gospodarske subjekte obravnavati enako, brez diskriminacije in pregledno. Načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) med drugim zahteva, da so zahteve, pogoji za sodelovanje in merila za oddajo javnega naročila v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila jasno, natančno in nedvoumno določene, tako da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki natančno razumejo njihov pomen in jih lahko enako razlagajo ter da lahko naročnik dejansko preveri, ali so ponudbe izpolnjevale merila, ki veljajo za zadevno naročilo. Namen zahteve po transparentnosti je, da za vse konkurente veljajo enaki pogoji tako v času, ko pripravljajo ponudbe, kot v času, ko naročnik te ponudbe presoja, s čimer se zagotavlja spoštovanje načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3). Namen zahteve po vnaprejšnji jasni, natančni in nedvoumni določitvi pravil postopka za oddajo javnega naročila je posledično (tudi) zagotoviti neobstoj tveganja favoriziranja in preprečiti naročnikovo subjektivno oz. arbitrarno ocenjevanje in vrednotenje ponudb ter zagotoviti, da se ponudniki že vnaprej seznanijo z okoliščinami, ki bodo vplivale na oddajo javnega naročila (prim. npr. Sodbi sodišča EU, C-324/14 in C-76/16).

V nadaljevanju je zato, upošteva vlagateljevo trditveno podlago, potrebno presoditi, ali je naročnik del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v katerega je vključil Smernice, določil jasno, natančno in nedvoumno oz. tako da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki natančno razumejo njegov pomen in ga lahko enako razlagajo.

Naročnik je Smernice vključil v točko 3.2.4 dokumenta Razpisna dokumentacija, v kateri je zapisal:

3.2.4 »Primernost gospodarskega subjekta v skladu z določili Interventnega zakona za odpravo ovir pri izvedbi pomembnih investicij za zagon gospodarstva po epidemiji COVID-19«

Naročnik bo na podlagi prvega odstavka 11. člena Interventnega zakona za odpravo ovir pri izvedbi pomembnih investicij za zagon gospodarstva po epidemiji COVID-19 (IZOOPIZG) v postopku javnega naročila uporabljal Sporočilo Komisije Smernice o udeležbi ponudnikov in blaga tretje države na trgu javnih naročil EU (UL C št. 271 z dne 13. 8. 2019, str. 43; v nadaljevanju: Sporočilo Komisije) kot je navedeno v nadaljevanju.

1. Naročnik bo Sporočilo Komisije v delu dostopa ponudnikov in blaga iz tretje države do trga javnih naročil EU uporabljal na način, da bo kot nedopustne ponudbe iz postopka javnega naročila izključil ponudbe, pri katerih v katerikoli vlogi (ponudnik, vodilni partner, partner, podizvajalec in/ali subjekt, ki zagotavlja zmogljivosti ponudniku) sodeluje gospodarski subjekt s sedežem v državi, ki nima v okviru Svetovne trgovinske organizacije (STO) sklenjenega Sporazuma o vladnih naročilih (GPA).

Ne glede na prejšnji odstavek naročnik ne bo izključil ponudbe, pri kateri v katerikoli vlogi (ponudnik, vodilni partner, partner, podizvajalec in/ali subjekt, ki zagotavlja zmogljivosti ponudniku) sodeluje gospodarski subjekt s sedežem v državi, ki ima z Republiko Slovenijo sklenjen dvo ali večstranski mednarodni sporazum, ki gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v Republiki Sloveniji.

2. Če bo naročnik menil, da je ponudba ponudnika iz tretje države glede na njegove zahteve neobičajno nizka glede na cene na trgu ali v zvezi z njo obstaja dvom o možnosti izpolnitve naročila, bo od ponudnika zahteval tudi pojasnila in dokazila o obstoju oz. neobstoju subvencije tretje države ali druge oblike državno podprtega financiranja.

Skladno s točko »2.3 Zavrnitev neobičajno nizkih ponudb« Sporočila Komisije bo naročnik lahko zavrnil ponudbo brez dokazovanja, kadar kljub zbranim dokazom ne bo prepričan, da bo ponudnik iz tretje države lahko izvedel naročilo po ponujeni ceni ali strošku ter v skladu z razpisno dokumentacijo in vsemi veljavnimi pravnimi obveznostmi, ter da ni prejel kakršnekoli finančne pomoči svoje države.

POMEMBNO:

Naročnik si pridržuje pravico, da v fazi pregleda ponudnika pozove k predložitvi dokazila (kopija sporazuma), iz katerega izhaja, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji. «

Državna revizijska komisija ne more slediti navedbam vlagatelja, da je citirana določba določena nejasno in da naročnik ni jasno, natančno in nedvoumno določil načina uporabe Smernic. Naročnik je v citirani točki navedel, da bo v postopku oddaje javnega naročila uporabljal Smernice »kot je navedeno v nadaljevanju«, v nadaljevanju pa je v okviru točke 1 pojasnil, na kakšen način bo uporabil Smernice v delu dostopa ponudnikov in blaga iz tretje države do trga javnih naročil EU (torej 1. poglavje Smernic), v okviru točke 2 pa je pojasnil, na kakšen način bo uporabil Smernice v delu neobičajno nizkih ponudb (torej 2. poglavje Smernic). Ne glede na vprašanje, ali v obravnavanem primeru obstoji omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN za vsebinsko presojo navedb vlagatelja o nejasni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, ker ni jasno, ali bo naročnik uporabil 3. poglavje Smernic (Standardi kakovosti – strateški pristop k javnemu naročanju), gre ugotoviti, da upošteva, da je naročnik uvodoma navedel, da bo Smernice uporabljal »kot je navedeno v nadaljevanju«, v nadaljevanju pa je navedel zgolj uporabo 1. in 2. poglavja Smernic, ne more biti nobenega dvoma, da naročnik 3. poglavja Smernic v fazi pregleda

in ocenjevanja ponudb ne bo uporabil. Umanjkanje naročnikovega pojasnjevanja uporabe 3. poglavja Smernic tako ne pomeni, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila v tem delu nejasna, kot to zatrjuje vlagatelj, pač pa pomeni, da naročnik Smernic v tem delu ne bo uporabil.

Neutemeljene so revizijske navedbe, da je naročnik v sporni točki zgolj pavšalno prepisal »*splošni del*« 1. poglavja in 2.3 poglavja Smernic. Kot že pojasnjeno, naročnik je v okviru citirane točke dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila navedel, da bo uporabljal Smernice »*kot je navedeno v nadaljevanju*«, v nadaljevanju pa je v 1. točki pojasnil, da bo Smernice v delu dostopa ponudnikov in blaga iz tretje države do trga javnih naročil EU »*uporabil na način*«, da bo izključil ponudbe, v katerih bo (v katerikoli vlogi) sodeloval gospodarski subjekt s sedežem v državi, ki ni podpisnica GPA; ne glede na navedeno pa naročnik ne bo izključil ponudbe, v okviru katere bo (v katerikoli vlogi) sodeloval gospodarski subjekt s sedežem, ki ima z Republiko Slovenijo sklenjen dvo- ali večstranski mednarodni sporazum, ki gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v Republiki Sloveniji. Iz navedenega jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da bo naročnik Smernice (v delu dostopa ponudnikov in blaga iz tretje države do trga javnih naročil EU) uporabil na način, da bo zavrnil ponudbe, v katerih bo (v katerikoli vlogi) nastopal subjekt iz držav, ki ni podpisnica GPA ali podpisnica mednarodnega sporazuma, ki gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v Republiki Sloveniji. Pri tem gre ponoviti, da četudi naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni vključil celotnega besedila Smernic, kot to zatrjuje vlagatelj, to ne pomeni, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila nejasna, pač pa gre, upošteva, da je naročnik izrecno pojasnil, da bo uporabil Smernice, »*kot je navedeno v nadaljevanju*«, uporabil zgolj na način, kot je določen v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da je sporna določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila nejasna, ker naročnik ni zapisal, kdaj bo štel, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do javnega naročanja v Republiki Sloveniji, gre ugotoviti, da je naročnik s tem, ko je jasno, natančno in nedvoumno določil, v katerih primerih bo zavrnil ponudbe oz. katerim subjektom ne bo omogočil sodelovanja v tem postopku javnega naročanja, jasno natančno in nedvoumno določil tudi, da bo omogočil sodelovanje gospodarskim subjektom iz EU, gospodarskim subjektom iz držav podpisnic GPA in gospodarskim subjektom iz držav podpisnic mednarodnih sporazumov, ki gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v Republiki Sloveniji. Neutemeljene so navedbe vlagatelja, da naročnik ni pojasnil, katere dvo- ali večstranske mednarodne sporazume (in s kakšno vsebino) bo štel za ustrezne, saj upošteva citirano točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne more biti nobenega dvoma, da bo naročnik kot ustrezen mednarodni sporazum štel mednarodni sporazum, ki (po vsebini) gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v Republiki Sloveniji. Posledično so neutemeljene tudi navedbe vlagatelja, da naročnik ni jasno določil vsebine dokazila. Naročnik si je pridržal pravico, da pozove k predložitvi dokazila (kopija sporazuma), iz katerega izhaja, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji. Ob upoštevanju same dikcije zahteve in upoštevanju, da je dokazilo namenjeno dokazovanju izpolnjevanja zahteve, ne more biti nobenega dvoma glede zahtevane vsebine dokazila – ker naročnik kot ustrezen mednarodni sporazum šteje sporazum, ki gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v Republiki Sloveniji, je logično, da mora to tudi izhajati iz sporazuma.

Državna revizijska komisija tudi ne more slediti navedbam vlagatelja, da v konkretnem primeru ni jasno, ali se bo pri presoji dopustnosti ponudb upoštevalo določilo 11. člena ZJN-3. Ponoviti gre, da 11. člen ZJN-3 (kot tudi ne Direktivi in Smernice) naročniku ne nalaga obveznosti, da različno

obravnavajo ponudnike iz EU, držav podpisnic GPA sporazumov in drugih ustreznih sporazumov napram ponudnikom iz tretjih držav, pač pa mu nalaga obveznost, da enako obravnava subjekte iz EU in subjekte, ki prihajajo iz držav podpisnic ustreznih sporazumov. Zakaj bi se v obravnavanem primeru lahko pojavil dvom o naročnikovem spoštovanju te obveznosti, vlagatelj niti ne pojasni. V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da »so lahko ponudniki, blago ali storitve EU v slabšem položaju. Treba je uporabljati pravila EU o javnem naročanju, s katerimi se zagotovi, da se za ponudnike iz EU in tretjih držav uporabljajo enaki ali enakovredni standardi in zahteve«, povzetimi iz Smernic, gre pojasniti, da se omenjeno pojasnilo Evropske komisije nanaša na 2. in 3. poglavje Smernic (torej na neobičajno nizko ponudbo oz. z njo povezanimi pravili o državni pomoči, ter na standarde kakovosti oz. okoljske, socialne, delovne standarde) in ne na dostop ponudnikov iz tretjih držav do trga javnih naročil EU.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da iz sporne točke ni razvidno, ali je naročnik implementiral načelo vzajemnosti in enakopravne obravnave gospodarskih subjektov, torej da je dostop do trga javnih naročil EU subjektom iz tretjih držav dovoljen pod pogojem vzajemnosti in enakopravnosti, gre najprej pojasniti, da morebitno umanjkanje določene zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ne pomeni, da je ta nejasna, pač pa pomeni zgolj, da je naročnik ni vključil v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Ključno pa je, da vlagatelj v zahtevku za revizijo želi prikazati, da naročnik na podlagi 11. člena ZJN-3 in Smernic omogoči dostop do trga javnih naročil EU gospodarskim subjektom iz tretjih držav le pod pogojem vzajemnosti in enakopravnosti, kar pa ne drži. Ponoviti gre, da naročnik ni dolžan izključiti gospodarskih subjektov, ki prihajajo iz tretjih držav. Iz Smernic sicer izhaja, da si EU dejavno prizadeva, da bi bile priložnosti v zvezi z javnimi naročili odprte za evropska podjetja, zato se zavzema za vzajemno odprtje trgov javnih naročil tretjih držav, vendar pa iz Smernic in iz zakonodaje ne izhaja, da le mednarodne pogodbe, ki gospodarskim subjektom iz EU zagotavljajo vzajemen (pod enakopravnimi in enakovrednimi pogoji) dostop do trga javnih naročil v državi podpisnici sporazuma, subjektom iz tretjih držav zagotavljajo dostop do trga javnih naročil EU. Pa tudi če bi to izhajalo iz Smernic, bi lahko naročnik, ki nima obveznosti različno obravnavati subjektov iz EU in držav podpisnic mednarodnih sporazumov, Smernice uporabil na »milejši« način in omogočil dostop do trga javnih naročil tudi subjektom iz držav podpisnic sporazumov, ki ne zagotavljajo vzajemnega dostopa do trga javnih naročil.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da je naročnik citirano točko dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oblikoval nejasno, prav tako pa Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da je naročnik z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 14. 2. 2022 ob 14:40 uri, povzročil (dodatno) nejasnost. Naročnik je na vprašanje zainteresiranega gospodarskega subjekta:

»Ali pravilno razumemo, da določila drugega odstavka prve točke pogoja 3.2.4 [...] naročnikove razpisne dokumentacije, pomenijo, da bo naročnik iz nadaljnega postopka izbire izključil vse ponudbe, v katerih bodo v katerikoli vlogi [...] sodelovali gospodarski subjekt, ki imajo sedež v tretjih državah, ki ob oddaji ponudbe z Republiko Slovenijo nimajo sklenjenega veljavnega sporazuma o vzajemnem in popolnoma enakopravnem dostopu do trga javnih naročil?

Vezano na navedeno prosimo tudi za potrditev, da bo naročnik za izpolnjevanje zgoraj navedenega pogoja, kot ustrezne štel le tiste meddržavne sporazume iz katerih izhaja, da ima gospodarski subjekt pod enakopravnimi in enakovrednimi pogoji zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji in/ali da je enakovreden in enakopraven dostop zagotovljen tudi gospodarskim subjektom iz Republike Slovenije v državi podpisnici sporazuma?

Prosimo za jasne odgovore z DA ali NE. Kakršen koli drugačen odgovor bo namreč pomenil nejasnost in nezakonitost v razpisni dokumentaciji, ki je lahko predmet uspešnega uveljavljanja pravnega varstva«

odgovoril:

»Razumevanje točke 3.2.4. navajate z drugačno vsebino, kot jo je predvidel naročnik, zato je ne moremo potrditi. Naročnik bo ravnal skladno z veljavno zakonodajo in skladno z določbo, predvideno v razpisni dokumentaciji«.

Iz citiranega vprašanja izhaja, da se je zainteresirani gospodarski subjekt zavzemal, da bi naročnik kot ustrezne mednarodne pogodbe štel pogodbe, iz katerih izhaja, da ima gospodarski subjekt pod enakopravnimi in enakovrednimi pogoji zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji in/ali da je enakovreden in enakopraven dostop zagotovljen tudi gospodarskim subjektom iz Republike Slovenije v državi podpisnici sporazuma. Vendar pa, kot je to pojasnil tudi naročnik na Portalu javnih naročil, naročnik navedenega ni predvidel v sporni točki dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, pač pa je predvidel, da bo kot ustrezen sporazum štel sporazum, ki gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročanja gradnje v Republiki Sloveniji, ne da bi pri tem naročnik dostop do predmetnega javnega naročila subjektom iz tretjih držav omejeval z enakovrednim in enakopravnim dostopom gospodarskih subjektov iz Republike Slovenije v državi podpisnici mednarodnega sporazuma.

Citirani odgovor naročnika tudi ni sam s seboj v nasprotju, kot to zatrjuje vlagatelj, saj se ravnanje v skladu z veljavno zakonodajo in točko 3.2.4 dokumenta Razpisna dokumentacija medsebojno ne izključujeta. Naročnik bo na eni strani ravnal v skladu z veljavno zakonodajo – in torej enako obravnaval ponudnike iz držav članic EU ter gospodarske subjekte iz držav podpisnic mednarodnih sporazumov – na drugi strani pa bo skladno s točko 3.2.4 dokumenta Razpisna dokumentacija izključil ponudbe, v katerih bo (v katerikoli vlogi) nastopal subjekt iz držav, ki ni podpisnica GPA ali podpisnica mednarodnega sporazuma, ki gospodarskemu subjektu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v Republiki Sloveniji.

Tudi sicer gre ugotoviti, da vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da točka 3.2.4 dokumenta Razpisna dokumentacija omogoča različno razumevanje (str. 5 zahtevka za revizijo) in da omogoča (vsaj) dve različni interpretaciji (str. 7 zahtevka za revizijo), vendar vlagatelj na nobenem mestu v zahtevku za revizijo ne navede, na katere možne načine je mogoče sporno določbo razumeti. Iz vlagateljevih navedb je razvidno vlagateljevo zavzemanje, da naročnik ne bi kot ustreznih štel mednarodnih sporazumov, ki omogočajo dostop do predmetnega javnega naročila, pač pa da bi bili relevantni le tisti mednarodni sporazumi, ki zagotavljajo vzajemen in popolnoma enakopraven dostop do trga javnih naročil oz. da bi naročnik kot ustrezne štel le tiste mednarodne sporazume, ki pod enakopravnimi pogoji omogočajo gospodarskim subjektom iz Republike Slovenije dostop do trga javnih naročil v državi podpisnici. To pomeni, da se vlagatelj v bistvu zavzema, da bi naročnik določil strožje kriterije glede vprašanja, katerim gospodarskim subjektom bo omejil sodelovanje v predmetnem postopku. Vlagatelj se tako zavzema za določitev strožjih pogojev, da bi se na ta način zožil krog potencialnih ponudnikov. Škoda, ki bi lahko ponudniku nastala zato, ker naročnik ne vključi določenega (strožjega) pogoja in se zaradi tega poveča krog potencialnih ponudnikov, praviloma ne more biti relevantna z vidika ugotavljanja obstoja aktivne legitimacije (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-044/2021-9, 018-250/2017-5, 018-132/2015-6). Pri tem pa tudi ne gre spregledati dejstva, da vlagatelj v zahtevku za revizijo niti ne zatrjuje, da je sam subjekt, na katerega sporna določba vpliva oz. da je subjekt, ki bi želel v ponudbo vključiti gospodarski subjekt iz tretje države, saj vlagatelj zgolj zatrjuje, da lahko domnevno nejasna dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila vpliva na možnost priprave ponudbe s strani vlagatelja – *»v kolikor bi želel pri ponudbi sodelovati s takšnimi subjekti«*. Če pa vlagatelj niti ne ve, ali bo sam sodeloval s subjektom iz tretje države, potem se tudi ne more

odpreti vprašanje primerljivosti njegove ponudbe s ponudbo, v kateri bodo (morebiti) sodelovali subjekti iz tretjih držav.

Državna revizijska komisija je vlagateljev dokazni predlog z vpogledom na vladno spletno stran Turčije in dokazni predlog z vpogledom v listino z izsekom turškega zakona o javnem naročanju zavrnila kot nepotrebna, saj vlagatelj želi z njima dokazovati trditve, da turški nacionalni predpisi o javnem naročanju ne zagotavljajo spoštovanja načela vzajemnosti in enakopravne obravnave ponudnikov iz območja EU. Vprašanje, na kakšen način ravna konkretna (tuja) država, ni relevantno za presojo zakonitosti naročnikovega ravnanja pri oblikovanju dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Državna revizijska komisija v predmetnem postopku pravnega varstva tudi ni presojala, ali sporna določba onemogoča sodelovanje z gospodarskimi subjekti iz Turčije, saj bi takšna presoja prejudicirala naročnikovo odločitev. Iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila namreč izhaja, da bo naročnik šele po prejemu ponudb napravil presojo, ali je (konkretnemu) gospodarskemu subjektu omogočen dostop do zadevnega javnega naročila. Pri tem Državna revizijska komisija še dodaja, da če mednarodni sporazum gospodarskemu subjektu omogoča dostop do predmetnega javnega naročila, je naročnik dolžan takšen mednarodni sporazum spoštovati in ne more (ne sme) presojati, ali imajo gospodarski subjekti iz Slovenije pod enakovrednimi pogoji zagotovljen dostop do trga javnih naročil podpisnice mednarodnega sporazuma. Naročnik, tako kot vsi subjekti v Republiki Sloveniji, je dolžan spoštovati sklenjene mednarodne pogodbe, ni pa naročnik pristojen za ugotavljanje morebitnih kršitev mednarodnih pogodb.

Vlagatelj v drugem zahtevku za revizijo naročniku očita tudi kršitev četrtega odstavka 61. člena ZJN-3 (ki določa, da če naročnik pravočasno prejme zahtevo, mora vsem gospodarskim subjektom, ki sodelujejo v postopku javnega naročanja, najpozneje šest dni pred iztekom roka za oddajo ponudb zagotoviti dodatne informacije v zvezi s specifikacijami in vse dodatne dokumente), ker naj ne bi vsebinsko odgovoril na vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 18. 2. 2022 ob 13:44 uri. Naročnik je navedenega dne objavil vprašanje:

»Naročnika naprošamo za jasno in nedvoumno razlago vsebine določil pogoja 3.2.4 [...] Konkretno naj naročnik pojasni (in s tem razjasni zaznano nejasnost v razpisni dokumentaciji, ki onemogoča pridobitev primerljivih ponudb) ali sklicevanje naročnika na [...] Smernice [...] pomeni, da naročnik s pogojem pod točko 3.2.4 implementira načelo vzajemnosti in enakopravne obravnave gospodarskih subjektov, torej da je dostop do trga javnih naročil EU dovoljen pod pogojem vzajemnosti in enakopravnosti ter da posledično gospodarskim subjektom iz npr. Kitajske ali Turčije dostop do trga javnih naročil v EU ni dovoljen, v katerikoli vlogi [...], saj njihovi nacionalni predpisi (pravila o javnem naročanju) ne zagotavljajo spoštovanja načela vzajemnosti in enakopravne obravnave gospodarskim subjektom iz območja EU? Ob tem naročnika iz pravne previdnosti opozarjamo, da je sklicevanje naročnika na [...] Smernice [...] pomanjkljivo, nejasno in dvoumno ter s tem za ponudnike zavajajoče, kar bo rezultiralo v pridobitvi med seboj neprimerljivih ponudb.

Vezano na predmetni element razpisne dokumentacije in opisano problematiko je bistvenega pomena, da je na primer že iz vpogleda na uradno vladno spletno stran Turčije <http://dosyalar.kik.gov.tr/> razvidno, da turška javno naročniška zakonodaja vključuje nedvoumno določilo o privilegiranju domačih ponudnikov v smislu 15% cenovne prednosti za domače ponudnike oziroma ponudnike, ki ponujajo turške proizvode, posledično pa v tem primeru nikakor ni mogoče govoriti o enakopravnem dostopu.

V luči navedenega naročnika pozivamo, da razpisno dokumentacijo v tej točki korigira na način, da bodo določila omenjenega poglavja razpisne dokumentacije jasno in nedvoumno oblikovana in sicer na način, da bo naročnik kot ustrezne štel le tiste meddržavne sporazume iz katerih izhaja, da ima gospodarski subjekt pod enakopravnimi in enakovrednimi pogoji zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji in/ali da je enakovreden in enakopraven

dostop zagotovljen tudi gospodarskim subjektom iz Republike Slovenije v državi podpisnici sporazuma. [...]»

in odgovor:

»Naročnik ne bo spreminjal zahtev oziroma razpisne dokumentacije«.

Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (prim. odločitve, št. 018-133/2017-4, 018-20/2019-10, 018-156/2021-5) da je namen, ki ga naročnik zasleduje pri odgovarjanju na zahteve ter vprašanja, postavljena preko portala javnih naročil, v zagotavljanju dodatnih informacij, potrebnih za pripravo ponudb, in v podajanju pojasnil, ki naj odpravijo morebitne nejasnosti ter s tem zagotovijo, da bodo predložene ponudbe tudi medsebojno primerljive. V obravnavanem primeru, kot že pojasnjeno, je naročnik točko 3.2.4 dokumenta Razpisna dokumentacija oblikoval jasno, natančno in nedvoumno, zato ni mogoče slediti navedbam vlagatelja, da naročnik v okviru dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in preko Portala javnih naročil podanih odgovorov ni zagotovil vseh podatkov glede postopka javnega naročanja. Poleg tega gre glede prvega vprašanja iz citiranega vprašanja (tj. ali točka 3.2.4 dokumenta Razpisna dokumentacija implementira načelo vzajemnosti in enakopravne obravnave gospodarskih subjektov, torej da je dostop do trga javnih naročil EU dovoljen pod pogojem vzajemnosti in enakopravnosti) ugotoviti, da je naročnik že v okviru odgovora dne 14. 4. 2022 pojasnil, da takšna interpretacija iz sporne točke ne izhaja. Nadalje iz citiranega vprašanja izhaja ocena zainteresiranega gospodarskega subjekta, da je točka 3.2.4 dokumenta Razpisna dokumentacija oblikovana pomanjkljivo, nejasno in dvoumno, pri čemer iz vprašanja niti ni razvidno, v katerem delu naj bi bila ta pomanjkljiva, nejasna in dvoumna. Nasprotno, iz citiranega odgovora je razvidno, da se zainteresirani gospodarski subjekt ne strinja z oblikovano točko in predlaga naročniku, da dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila spremeni na način, da kot ustrezne mednarodne sporazume šteje le tiste mednarodne sporazume, iz katerih izhaja, da ima gospodarski subjekt pod enakopravnimi in enakovrednimi pogoji zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji in/ali da je enakovreden in enakopraven dostop zagotovljen tudi gospodarskim subjektom iz Republike Slovenije v državi podpisnici sporazuma. Upošteva se navedeno gre tudi naročnikov odgovor *»Naročnik ne bo spreminjal zahtev oziroma razpisne dokumentacije«* razumeti na način, da predlogu zainteresiranega gospodarskega subjekta ne bo ugodil in posledično ne bo spreminjal zahtev. Državna revizijska komisija ob upoštevanju dejanskih okoliščin konkretne zadeve ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da naročnik ni vsebinsko odgovoril na zastavljeno vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 18. 2. 2022 ob 13:44 uri. Upošteva se navedeno vlagateljevo sklicevanje na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-240/2016-5, ne more biti relevantno, saj se le-ta nanaša na drugačno dejansko stanje. V navedeni zadevi, za razliko od konkretne zadeve, naročnik na Portalu javnih naročil ni objavil vprašanj in posledično tudi ni odgovoril nanje. Ker v konkretnem primeru naročniku ni mogoče očitati, da ni vsebinsko odgovoril na vprašanje, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 18. 2. 2022 ob 13:44 uri, pa gre vlagateljeve očitke o naročnikovi kršitvi četrtega odstavka 61. člena ZJN-3 zavrniti kot neutemeljene.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikove kršitve temeljnih načel pri oblikovanju zahteve iz točke 3.2.4. dokumenta Razpisna dokumentacija, kot tudi ne naročnikove kršitve četrtega odstavka 61. člena ZJN-3 pri odgovoru na vprašanje, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 18. 2. 2022 ob 13:44 uri. Ker vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila, je Državna revizijska komisija, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, vlagateljev drugi zahtevek za revizijo z dne 4. 3. 2022 kot neutemeljenega zavrnila.

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

Vlagatelj uveljavlja tudi povračilo stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelj z zahtevkoma 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 zahtevi vlagatelja za povrnitev stroškov.

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:

Andraž Žvan, univ. dipl. prav.

član Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj,
- pooblaščenec vlagatelja,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.