

Številka: 018-082/2022-12

Datum: 12. 9. 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 dr. Mateje Škabar, kot predsednice senata, ter Andraža Žvana in Marka Medveda, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Izgradnja hitre ceste od priključka Velenje jug do priključka Slovenj Gradec jug, na 3. razvojni osi sever; sklop C – Škale, sklop E – Velunja*«, na podlagi zahtevka za revizijo družbe Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret, A. Ş., Altunizade Kisikli Cad. 37, Carigrad, Republika Turčija, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Potočnik in Prebil, o.p., d.o.o., Ajdovščina 4, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika DARS, d.d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik), dne 12. 9. 2022

### odločila:

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

### Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga je naročnik razdelil na dva sklopa, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 25. 10. 2021, pod št. objave JN007299/2021, in v Uradnem listu EU dne 26. 10. 2021, pod št. objave 2021/S 208-543232. Naročnik zadevno javno naročilo oddaja po omejenem postopku; rok za oddajo prijav pa je potekel dne 15. 2. 2022.

Naročnik je dne 15. 6. 2022 sprejel Odločitev o priznanju sposobnosti (objava na Portalu javnih naročil dne 16. 6. 2022), s katero je odločil, katerim kandidatom se v posameznih sklopih prizna sposobnost za sodelovanje v drugi fazi postopka in katerim kandidatom se sposobnosti ne prizna. Naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka v nobenem sklopu.

V zvezi z vlagateljevo prijavo je naročnik v odločitvi o priznanju sposobnosti navedel, da je vlagatelj v zvezi z zahtevo iz točke 3.2 j) Navodil ponudnikom za oddajo prijave za sodelovanje (v nadaljevanju: Navodila), ki so del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, predložil izpolnjeno Izjavo 3, v kateri se je skliceval na Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo (v nadaljevanju tudi: Sporazum Slovenija – Turčija). Iz omenjenega sporazuma ne izhaja, da bi bil gospodarskim subjektom s sedežem v Republiki Sloveniji (v nadaljevanju: Slovenija) omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v Republiki Turčiji (v nadaljevanju: Turčija), saj iz njega ni razvidno, da je v Turčiji odprt dostop do trga javnih naročil gradenj gospodarskim subjektom s sedežem v Sloveniji, pod enakopravnimi pogoji, in da v Turčiji gospodarskih subjektov iz Slovenije ne obravnavajo neenakopravno. Upošteva se navedeno in upošteva se 63. člen »turškega zakona o javnih naročilih«, objavljen na spletni strani [www.lawsturkey.com/law/public-procurement-law-4734](http://www.lawsturkey.com/law/public-procurement-law-4734), je naročnik vlagatelja pozval, da nedvoumno izkaže izpolnjevanje zahteve iz točke 3.2 j) Navodil ter na predložitev dokazil, da je Turčija sprejela ukrepe za odpravo domačih preferencialov in drugih diskriminatornih praks, kot izhajajo iz 63. člena »zakona o javnih naročilih«. V nadaljevanju naročnik pojasnjuje vsebino vlagateljevega pojasnila in ugotavlja, da vlagatelj ni sledil pozivu, da izkaže, da so v Turčiji sprejeti ukrepi za odpravo domačih preferencialov in drugih diskriminatornih praks in da je v Turčiji odprt dostop do trga javnih naročil gospodarskim subjektom s sedežem v Sloveniji, pod enakimi pogoji in da v Turčiji gospodarskih subjektov s sedežem v Sloveniji ne obravnavajo neenakopravno. Naročnik zato vlagatelju ni priznal sposobnosti za sodelovanje v drugi fazi postopka oddaje javnega naročila niti v sklopu »C – Škale« niti v sklopu »E – Velunja«.

Vlagatelj je z vlogo z dne 28. 6. 2022 pravočasno vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve o priznanju sposobnosti v delu, v katerem naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti, ter povrnitev stroškov pravnega varstva. Vlagatelj zatrjuje, da je izpodbijana odločitev nezakonita iz treh razlogov.

1. Naročnik je s pozivom od vlagatelja neutemeljeno zahteval dokazovanje prava, poleg tega je naročnik z njim prekorajil pravice, ki si jih je pridržal v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Ker je vlagatelj v prijavo priložil edino zahtevano dokazilo, tj. Izjava 3, naročnik ni imel podlage za poziv na dodatna dokazila, vlagateljeva izključitev zaradi domnevno neustrezne izpolnitve poziva pa posledično ni zakonita. Določba dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, s katero bi si naročnik pridržal pravico pozivanja na dopolnitev oz. predložitev dokazil, bi bila nična in se naročnik nanjo ne bi mogel sklicevati. Naročnik je od vlagatelja zahteval dokazovanje prava, čeprav bi ga moral naročnik poznati oz. bi ga lahko naročnik »preveril sam«. Vlagatelju in naročniku je vsebina turškega prava dostopna na enak način. Naročnik bi lahko vlagatelja izključil, če pogoj vzajemnosti ne bi bil izpolnjen, ne pa, če ga vlagatelj ne bi uspel »dokazati« - neizpolnjenost te zahteve bi moral naročnik ugotavljati in dokazovati sam. Izpodbijana odločitev, s katero je naročnik izključil vlagatelja zaradi domnevne neizpolnitve nezakonitega poziva oz. nedokazanosti okoliščine, ki je vlagatelj ni bil dolžan dokazovati, je zato nezakonita.
2. Naročnik je od vlagatelja zahteval dokaz o negativnem dejstvu, saj je zahteval, da vlagatelj dokaže, da slovenski subjekti v Turčiji niso diskriminirani, da niso neenakopravno obravnavani oz. da jim ni onemogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil. Na ta dejstva, v zvezi s katerimi ne obstaja uradna evidenca ali potrdilo, je mogoče sklepati po nasprotnem razlogovanju - če ne obstaja primer o dejanski diskriminaciji nekega gospodarskega subjekta, je treba zaključiti, da takšna diskriminacija ne obstaja in je pogoj vzajemnosti izpolnjen. To dejstvo je mogoče zgolj zatrjevati, kar je vlagatelj storil z Izjavo 3, neobstoja tega dejstva pa mora dokazati tisti, ki to dejstvo zanika – torej naročnik. Da bi lahko naročnik vlagatelja izključil zaradi neizpolnjevanja zahteve iz točke 3.2 j) Navodil, bi moral dokazati, da so slovenski subjekti v turških postopkih javnega naročanja obravnavani manj ugodno, česar pa naročnik ni zmož, saj v izpodbijani odločitvi ni navedel niti enega primera neenakopravne obravnave slovenskih ponudnikov v Turčiji. Naročnik je zmož le neuraden prevod zastarelega besedila

turškega zakona o javnih naročilih, št. 4734, ki je bil že 75-krat spremenjen, s čimer pa naročnik ni dokazal, da vzajemnost med državama ne bi bila podana, tj. da v Turčiji slovenskim ponudnikom ni omogočen vzajemen dostop do javnih naročil oz. so obravnavani neenakopravno turškim ponudnikom. Ker sta navedba in dokaz o tem dejstvu v izpodbijani odločitvi izostala, je ta tudi neobrazložena in s tem nezakonita. Glede na naravo zahteve je mogoče zaključiti, da takšen primer ne obstaja in da je negativno dejstvo, ki ga je vlagatelj zatrjeval v Izjavi 3, dokazano (oz. ni ovrženo), sporni pogoj pa je izpolnjen.

3. Naročnikov očitok o domnevnem neobstoju vzajemnosti dostopa do trga javnih naročil je zmoten in neutemeljen tudi po vsebini. Državna revizijska komisija je v sklepu, št. 018-183/2020-39, pravnomočno odločila, da je podana vzajemnost med Slovenijo in Turčijo oz. je potrdila obstoj vzajemnosti, tj. da je gospodarskim subjektom iz EU in Slovenije dejansko omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije. Naročnik ni izkazal, da bi se od sprejema te odločitve kakorkoli spremenilo na način, da takšna vzajemnost ne bi več obstajala. Zato ni mogoč drugačen zaključek, kot da pogoj vzajemnosti še vedno obstaja. Naročnik si je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila pridržal pravico, da zahteva kopijo sporazuma – takšen sporazum predstavljata Sporazum Slovenija – Turčija in Sporazum o prosti trgovini, ki sta oba javno objavljena in bi ju lahko naročnik preveril sam. Naročnik za poziv na predložitev dokazil, da je Turčija sprejela ukrepe za odpravo domačih preferencialov in drugih diskriminatorskih praks, ni imel podlage v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Ker pa je naročnik prav z neizpolnitvijo tega dela poziva (in ne z nepredložitvijo »kopije sporazuma«) utemeljil vlagateljevo izključitev, je izpodbijana odločitev nezakonita. Iz obeh sporazumov, ki ju je naročnik prezrl, izhaja, da je gospodarskim subjektom s sedežem v Sloveniji omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v Turčiji. S Sporazumom Slovenija – Turčija sta se pogodbenici dogovorili za sodelovanje na področju industrije in tehnologije, in kot možno področje sodelovanja opredelili tudi gradbeništvo, kamor spada tudi izvedba predmetnega javnega naročila. S Sporazumom o prosti trgovini sta se pogodbenici dogovorili za liberalizacijo (tj. odprtje) medsebojnih trgov javnih naročil. Ker ima mednarodna pogodba v hierarhiji pravnih aktov višji položaj od nacionalnih zakonov, turški zakon (ki zgolj daje možnost, da so domači ponudniki obravnavani ugodneje od tujih) ne bi mogel prevladati nad Sporazumom o prosti trgovini in se ne bi mogel nanašati na slovenske ponudnike – slednjim je ne glede na zakon o javnih naročilih, št. 4734 zagotovljen enakopraven dostop do trga javnih naročil Turčije. Da je pogoj vzajemnosti izpolnjen, izhaja tudi iz ravnanj zadevnega naročnika v postopku javnega naročanja, št. objave JN007789/2020, v katerem je vlagatelj predložil enako izjavo kot v tem postopku, naročnik pa ga ni pozival na dopolnitev in njegove prijave ni izključil zaradi neizpolnjevanja enakega pogoja vzajemnosti. Turški ponudniki imajo zagotovljen dostop do slovenskega trga javnih naročil in ni ovir z vidika vzajemnosti, saj vlagatelj izvaja javno naročilo gradnje druge cevi predora Karavanke, turški ponudnik pa sodeluje kot član konzorcija pri izvedbi gradnje drugega tira železniške proge Divača – Koper.

Naročnik je dne 8. 7. 2022 sprejel odločitev, s katero je zavrnil zahtevek za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov. Naročnik povzema ugotovitve v zvezi z vlagateljevo prijavo iz odločitve o priznanju sposobnosti in pojasnjuje, da je dolžan kritično presojeti predloženo dokumentacijo in po potrebi zahtevati njeno dopolnitev ali pojasnilo. Pravico do poziva na popravek prijave si je naročnik tudi pridržal v točki 22 Navodil. Naročnikov poziv je bil upravičen, saj je vlagatelj v prijavi (z Izjavo 3) zatrjeval nekaj, kar iz dokumentacije, na katero se je skliceval (tj. Sporazum Slovenija – Turčija), ne izhaja. Vlagatelj je imel možnost dopolnitve oz. pojasnitve prijave, vendar vlagatelj tudi po dopolnitvi prijave ni uspel izkazati, kar je izrecno potrdil v Izjavi 3. Naročnik je namreč po ponovnem pregledu celotne dokumentacije ugotovil, da iz nje ni razvidno, da je odprt dostop do trga javnih naročil gradenj v tretji državi (v Turčiji) za gospodarske subjekte s sedežem v Sloveniji, pod enakopravnimi pogoji in da v tretji državi gospodarskih subjektov s sedežem v Sloveniji ne obravnavajo neenakopravno, kar gre v skladu s točko 3.2. j). Navodil šteti za veljaven sporazum o vzajemnem dostopu do trga javnih naročil gradenj. Ne glede na vlagateljevo teorijo dokazovanja

negativnega dejstva in poznavanja prava, ki naj bi bila dolžnost naročnika, bi bila navedba ustrezne pravne podlage za vlagatelja dokazovanje pozitivnega dejstva in najbolj enostavno dokazilo, da izpolnjuje vse pogoje za priznanje sposobnosti. Očitek vlagatelja, da bi moral naročnik poznati njegovo nacionalno pravo, je neumesten. Državna revizijska komisija je v odločitvi, št. 018-018/2020 (pravilno št. 018-018/2022, op. Državne revizijske komisije) priznala možnost, da naročnik od ponudnika zahteva dokazovanje obstoja sporazuma oz. drugih dokazil, iz katerih bi izhajalo izpolnjevanje pogoja vzajemnosti. Naročnik s pozivom ni zahteval dokazovanja negativnega dejstva, pač pa je vlagatelju omogočil, da s predložitvijo dokazil dokaže obstoj sporazuma, iz katerega izhaja izpolnjevanje pogoja vzajemnosti (pozitivno dejstvo), torej je dokazno breme na vlagatelju. Naročnik je pri pregledu vlagateljeve prijave in po vpogledu na spletno stran, na kateri je naveden zakon št. 4734, ugotovil nasprotno, kot je izjavil vlagatelj v Izjavi 3. Naročnik je v pozivu konkretno navedel določilo zakona, iz katerega izhaja ta ugotovitev, in dokazal, da imajo turški subjekti v postopkih javnih naročil na zakonski podlagi prednost pred tujimi (slovenskimi) ponudniki. Vlagatelj navedb, da je bil omenjeni zakon 75-krat spremenjen, ne dokaže. Odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-183/2020-39, je bila sprejeta na podlagi drugačnega dejanskega stanja, saj takratni naročnik pogoja vzajemnosti ni vključil v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, poleg tega je treba izpolnjevanje pogoja vzajemnosti presojati upoštevaje točko 3.2 j) Navodil. Vlagatelj se tudi ne more sklicevati na postopek javnega naročanja JN007789/2020, v katerem ni bil določen enak pogoj vzajemnosti kot v predmetnem postopku javnega naročanja, poleg tega je bila v tistem postopku vlagateljeva prijava izločena iz razloga neizpolnjevanja drugih zahtev, naročnik pa se do izpolnjevanja pogoja vzajemnosti sploh ni opredelil. Naročnik pojasnjuje, da v preteklih postopkih javnega naročanja ni vključil pogoja vzajemnosti in da so se razmere na trgu v zadnjih dveh letih, predvsem zaradi pandemije Covid-19 spremenile, v posledici česar je bila sprejeta interventna zakonodaja, na podlagi katere je naročnik oblikoval nova določila v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 11. 7. 2022 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 13. 7. 2022, s katero se je opredelil do naročnikovih navedb, vztraja pri revizijskih navedbah in dodaja, da sporna zahteva sestoji iz dveh delov – iz obstoja veljavnega sporazuma o vzajemnem dostopu do trga javnih naročil gradenj (pozivno dejstvo) in iz neobstoja neenakopravne obravnave (negativno dejstvo). Vlagatelj je tako v prijavi kot v zahtevku za revizijo izkazal obstoj sporazuma o vzajemnem dostopu do trga javnih naročil, ne more pa dokazati negativnega dejstva. Neutemeljene so naročnikove navedbe glede različne formulacije pogoja vzajemnosti v različnih postopkih javnega naročanja, saj gre za enako zahtevo vzajemnega dostopa do trga javnih naročil brez neenakopravne obravnave. Vlagatelj se je na podlagi sklepa Državne revizijske komisije, št. 018-183/2020-39, in upoštevaje, da je besedilo Izjave 3 enako ugotovitvam Državne revizijske komisije iz tega sklepa, upravičeno zanesel, da zahtevo izpolnjuje. V omenjenem sklepu je Državna revizijska komisija ugotovila tako formalno (obstoj sporazuma) kot dejansko vzajemnost (da slovenski ponudniki v tretji državi niso obravnavani neenakopravno), kar je celotna vsebina sporne zahteve v tem postopku. Vlagatelj nadalje navaja, da je sporna zahteva sama s seboj v nasprotju in da glede na nekonsistentnost zahteve ni jasno, kakšen sporazum od ponudnikov zahteva naročnik, kateri sporazum zahteva, itd., zaradi česar je vlagatelju treba priznati izpolnjevanje sporne zahteve tudi na podlagi pravila, da nejasnih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni mogoče razlagati v škodo ponudnikov. Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) predvideva sporazume o »*odprtju trga javnih naročil*« na splošno, medtem ko naročnik nerazumno zahteva dokazila o posebnih sporazumih, ki se nanašajo na trg javnih naročil gradenj, in dodatno dokazovanje, da slovenski ponudniki niso neenakopravno obravnavani. Do turškega trga imajo

dostop tudi slovenska podjetja, npr. podjetje Iskra, v nadaljevanju pa vlagatelj navaja 42 projektov, v okviru katerih je bil gospodarskim subjektom iz EU omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije. Vlagatelj tudi navaja, da Evropska unija na institucionalni in programski ravni v svoje projekte vključuje Turčijo, zato ne more biti nobenega dvoma o obstoju pravne in dejanske vzajemnosti enakopravnega dostopa do medsebojnih trgov javnih naročil, še zlasti, ker naročnik dejanske neenakopravne obravnave ni uspel dokazati niti na enem dejanskem (konkretnem) primeru.

Državna revizijska komisija je z dopisom, št. 018-082/2022-4, z dne 28. 7. 2022, glede vprašanja o (pravno) zagotovljenem dostopu gospodarskih subjektov iz Turčije do trga javnih naročil EU oz. Slovenije zaprosila za pojasnila Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo (v nadaljevanju: MGRT), Ministrstvo za zunanje zadeve (v nadaljevanju: MZZ) ter Ministrstvo za pravosodje. Prejeta pojasnila ministrstev je Državna revizijska komisija posredovala vlagatelju in naročniku v opredelitev.

Naročnik v nedatirani vlogi, posredovani dne 22. 8. 2022, navaja, da opredelitev do navedb ni potrebna, saj prejeti mnenji MGRT in MZZ pritrjujejo njegovim navedbam v odločitvi v predmetnem javnem naročilu.

Vlagatelj v vlogi z dne 22. 8. 2022 navaja, da sta politični stališči MGRT in MZZ napačni, saj je jasno, da obstaja vzajemnost med državama. Ministrstva so politični organ, ki niso pristojna dajati zavezujoče razlage prava, sodišča in drugi državni organi pa jih niso dolžni upoštevati. Zato njihovih interpretacij o vsebini mednarodnih sporazumov ni mogoče obravnavati kot upoštevni, še manj kot pravilnih. Ni jasno, na kakšni podlagi bi vzajemnost leta 2020 obstajala, leta 2022 pa bi izginila. Na pravno vprašanje, ki ga je zastavila Državna revizijska komisija, sta navedeni ministrstvi odgovorili politično, politična volja pa se spreminja. Vlagatelj se je zanesel na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-183/2020, ko je oddal prijavo. V pravni državi ne more biti sprejemljivo, da bi bila v enakih (ali vsaj bistveno podobnih) pravno relevantnih okoliščinah pravna odločitev zaradi politične interpretacije istih okoliščin s strani MGRT in MZZ drugačna. Prosto in brez posledic se tudi ne more spreminjati praksa istega naročnika, ko isto zahtevo v dveh različnih postopkih tolmači diametralno nasprotno. Vprašanje obstoja vzajemnosti ni vprašanje za organe, ki se z javnimi naročili ne ukvarjajo in na tem področju nimajo pristojnosti. Če se vzajemnost v praksi dejansko izvršuje (in očitno jo izvršujejo tako turški kot tudi slovenski akterji na področju javnih naročil – naročnik, izvajalci in Državna revizijska komisija v zadevi 018-183/2020), ni stvar nepristojnih ministrstev, da brez kakršnegakoli vpogleda v te prakse dajejo drugačna stališča. Nelogična je navedba ministrstev, da naj Sporazum Slovenija – Turčija ne bi vključeval področja javnih naročil, saj je konkretno naročilo del sporazuma, ker sporazum vključuje področje gradbeništva. Ministrstvi ne pojasnita, iz kje naj bi izhajalo, da gre le za zasebne gradbene projekte (ne pa tudi za gradbena dela, ki se oddajo z javnimi naročili). Brezpredmetna pa je navedba MGRT, da Republika Slovenija ne more sklepati dvostranskih sporazumov, ki so v izključni pristojnosti EU – sporazum, na katerem (med drugim) temelji vzajemni dostop do trga javnih naročil med Slovenijo in Turčijo, je bil sklenjen pred vstopom Republike Slovenije v EU. Odgovori ministrstev so neuporabljivi, saj je Državna revizijska komisija postavila napačno vprašanje, in sicer, ali obstaja sporazum, ki turškim ponudnikom omogoča sodelovanje na slovenskem trgu javnih naročil. Naročnik je določil, da bo pogoj vzajemnosti štel za izpolnjen, če je gospodarskim subjektom s sedežem v Sloveniji omogočen vzajemni dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež. Vsebina pogoja je torej obratna, pomembno je, ali imajo slovenski ponudniki dostop do turškega trga javnih naročil, saj si v tem primeru enako obravnavo pri tem javnem naročilu (v Sloveniji) zaslužijo tudi turški ponudniki (vključno z vlagateljem). Naročnik v sporni zahtevi izmenjuje in nedosledno enkrat uporablja pojem »pogoj vzajemnosti«, drugič pa »sporazum o vzajemnem dostopu«, čeprav pojma nista sinonima. »Pogoj vzajemnosti« pomeni sporno zahtevo, torej zahtevo iz točke 3.2 j) Navodil,

medtem ko »sporazum o vzajemnem dostopu« predstavlja le eno od alternativnih oblik, ki jih je naročnik določil kot kriterij, da bo zahteva (»pogoj vzajemnosti«) izpolnjena. Četudi ne obstaja »sporazum o vzajemnem dostopu«, ni nujno, da je neizpolnjen »pogoj vzajemnosti«, saj je slednjega mogoče izpolniti tudi na druge načine (ne le s »sporazumom o vzajemnem dostopu«), npr. če je gospodarskim subjektom s sedežem v Republiki Sloveniji omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež. Ta alternativna dispozicija sporne zahteve pa je, ne glede na odločitev o obstoju »sporazuma o vzajemnem dostopu« (do česar so se opredeljevala ministrstva), izpolnjena, saj je vlagatelj na eni strani dokazal prisotnost slovenskih in evropskih izvajalcev na trgu javnih naročil Turčije, medtem ko naročnik nasprotnega ni zmozel niti na trditveni ravni. Naročnik je v spornem pogoj pravno vzajemnost (tj. vzajemnost na podlagi sporazumov) izenačil z dejansko vzajemnostjo (tj. nediskriminatorno obravnavo slovenskih ponudnikov v Turčiji). Četudi ministrstva menijo, da ne obstaja pravna vzajemnost, to ne pomeni, da se vzajemen dostop ne izvršuje v praksi. Dokazov oz. indicov o kakršnikoli diskriminaciji v konkretnih postopkih javnega naročanju naročnik ni uspel predložiti, zato diskriminacija (neobstoje vzajemnosti) ostaja v celoti nedokazana.

Po pregledu dokumentacije o javnem naročilu in pregledu dokumentacije, predložene v postopku 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 pri odločanju o zahtevku za revizijo pregledala dokumentacijo o postopku oddaje predmetnega javnega naročila, pri čemer je vpogledala v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, vlagateljevo prijavo, naročnikov poziv z dne 26. 4. 2022, vlagateljov odgovor z dne 12. 5. 2022 in v izpodbijano odločitev o priznanju sposobnosti. Državna revizijska komisija je tudi vpogledala v odločitev zadevnega naročnika, št. 313/21-000241/20-odl1 z dne 31. 8. 2021, v zvezi z postopkom oddaje javnega naročila JN007789/2020.

V zvezi z navedbami vlagatelja v zahtevku za revizijo, da »se kot na del svoje trditvene in dokazne podlage v celoti sklicuje na navedbe naročnika 2TDK, d.o.o., glede vzajemnosti in dostopa do trga javnih naročil Turčije iz zadeve 018-183/2020«, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da je kot vlagateljevo trditveno podlago štela izključno to, kar je vlagatelj navedel v vlogah, predloženih v postopku pravnega varstva. Poudariti gre, da mora vlagatelj v zahtevku za revizijo navesti očitane kršitve ter dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo (drugi odstavek 15. člena ZPVPJN), in torej ne more preložiti na organ pravnega varstva, da »išče« vlagateljevo trditveno podlago, saj sklicevanje na vsebino drugih listin in dokumentov kot na lastne navedbe povzroča tako pri organu pravnega varstva kot pri nasprotni stranki nejasnost in negotovost o vsebini trditvene podlage in dejanske podlage spora nasploh (prim. smis. sodbo VS RS X Ips 321/2016). Poleg tega pa je v konkretni zadevi ključno, da je vlagatelj vsaj ob vložitvi vloge z dne 13. 7. 2022 očitno razpolagal s stališči naročnika 2TDK, d.o.o., kar je razvidno tako iz uvoda omenjene vloge, kot tudi iz dejstva, da je vlagatelj omenjeni vlogi priložil odločitev naročnika 2TDK, d.o.o., z dne 16. 11. 2020. Zato je imel vlagatelj možnost, da »stališča naročnika iz zadeve 018-183/2020«, povzame v vlogi z dne 13. 7. 2022, s čimer bi (oz. so) ta postala del vlagateljeve trditvene podlage. Državna revizijska komisija je zato zavrnila dokazni predlog vlagatelja z vpogledom v spis Državne revizijske komisije, št. 018-183/2020, in v odločitev naročnika 2TDK, d.o.o., o zahtevku za revizijo z dne 16. 11. 2020, saj bi njuna navedba zgolj služila dopolnjevanju trditvene podlage. V kolikor pa je vlagatelj predlagal izvedbo omenjenih dokaznih predlogov še s kakšnim drugim namenom, pa gre dodati, da bi se z izvedbo omenjenih dokaznih predlogov lahko zgolj dokazalo oz. potrdilo, kaj so »glede vzajemnosti in dostopa do trga javnih naročil Turčije« zatrjevale stranke (vključno z naročnikom 2TDK, d.o.o.) v postopku pravnega varstva, vodenim pod opr. št. 018-183/2020 (torej kakšne so bile navedbe drugih strank in nekega drugega naročnika v nekem drugem postopku pravnega varstva), medtem ko izvedba teh dokazov ne bi

bila namenjena dokazovanju (zatrjevanih) pravno odločilnih dejstev, torej dejstev, ki tvorijo dejansko stanje, ki omogoča pravni zaključek o »obstoju vzajemnosti in dostopu do trga javnih naročil Turčije«.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da naročnik predmetno javno naročilo oddaja po omejenem postopku, ki je dvofazni postopek. V prvi fazi gospodarski subjekti na podlagi objavljenega povabila k sodelovanju oddajo prijavo za sodelovanje, v drugi fazi pa gospodarski subjekti, ki jih na podlagi ocene v prijavi predloženih informacij k temu povabi naročnik, oddajo ponudbe (gl. 41. člen ZJN-3). O navedenem je naročnik zainteresirane gospodarske subjekte tudi izrecno seznanil v točki 21 Navodil, v kateri je določil, da bo priznal sposobnost za izvajanje javnega naročila vsem ponudnikom, ki bodo oddali prijavo in za katere bo v postopku pregledovanja in ocenjevanja ugotovljeno, da izpolnjujejo vse zahteve, določene v Navodilih, ter da bodo ponudbo v drugi fazi lahko oddali le gospodarski subjekti, katerim je bila v prvi fazi priznana sposobnost za izvajanje naročila in jih je naročnik povabil k oddaji ponudbe v drugi fazi.

Med strankama je sporno naročnikovo ravnanje, ko vlagatelju ni priznal sposobnosti in ga posledično ne bo povabil k sodelovanju v drugi fazi postopka oz. k oddaji ponudbe. Kot je to razvidno iz izpodbijane odločitve o priznanju sposobnosti, naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti iz razloga neizpolnjevanja zahteve, določene v točki 3.2 j) Navodil.

Naročnik je v točki 3.2 j) Navodil zapisal:

*»Ugotavljanje izpolnjevanja pogojev vzajemnosti za gospodarske subjekte iz tretjih držav*

*Naročnik bo Sporočilo Komisije Smernice o udeležbi ponudnikov in blaga tretje države na trgu javnih naročil EU v delu dostopa ponudnikov in blaga iz tretje države do trga javnih naročil EU uporabljal na način, da bo kot nedopustne iz postopka javnega naročila izključil prijave za sodelovanje, 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 sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil Evropske unije ali če sporazum o odprtju trga javnih naročil Evropske unije v svoji vsebini (npr. v listah kritij) gospodarskemu subjektu ne omogoča dostopa do predmetnega javnega naročila gradnje v Evropski uniji.*

*Ne glede na prejšnji odstavek naročnik ne bo izključil prijave za sodelovanje, 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 vlogi in vsebini, kot jo prevzema. Naročnik bo subjektom iz tretjih držav priznal izpolnjevanje pogoja vzajemnosti le, če je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Republike Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež. Kot veljaven sporazum o vzajemnem dostopu do trga javnih naročil gradenj se šteje tisti sporazum, iz katerega je jasno razvidno, da je odprt dostop do trga javnih naročil gradenj v tretji državi za gospodarske subjekte, ki imajo sedež na območju Republike Slovenije, pod enakopravnimi pogoji in da v tretji državi gospodarskih subjektov, ki imajo sedež na območju Republike Slovenije, ne obravnavajo neenakopravno.*

*V kolikor ima gospodarski subjekt sedež v državi, ki nima sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil Evropske unije, bo naročnik v fazi pregleda ponudnika pozval k predložitvi dokazila (kopija sporazuma), iz katerega izhaja, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Republiki Sloveniji in da je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Republike Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež.*

#### DOKAZILO:

*Gospodarski subjekt s sedežem v tretji državi izpolni IZJAVO 3, da ima država, v kateri ima gospodarski subjekt sedež, z EU ali Republiko Slovenijo sklenjen sporazum in da je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Republike Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež.«*

Del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je tudi obrazec Izjava 3, ki ga je vnaprej pripravil naročnik. Ponudniki s podpisom omenjene izjave izjavili:

*»Izjavljamo, da ima država, v kateri imamo sedež, sklenjen mednarodni sporazum o odprtju trga javnih naročil Evropske unije oz. z Republiko Slovenijo sklenjen drug dvo ali večstranski mednarodni sporazum, ki nam omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v vlogi in vsebini, kot jo prevzemamo, ter da je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Republike Slovenije v državi, v kateri imamo sedež, omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil«.*

V omenjenem obrazcu je naročnik tudi predvidel, da ponudniki/podizvajalci navedejo sporazum.

V zvezi s citirano zahtevo gre najprej pojasniti, da ta, kljub temu, da jo je naročnik uvrstil med pogoje za sodelovanje, ne predstavlja pogoja za sodelovanje v smislu 76. člena ZJN-3, saj se ne nanaša niti na ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, ekonomski in finančni položaj ali na tehnično in strokovno sposobnost gospodarskega subjekta. Ne glede na umestitev sporne zahteve v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ta po vsebini predstavlja omejitev dostopa gospodarskih subjektov iz tretjih držav do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije.

Podlago za omejitev dostopa gospodarskih subjektov iz tretjih držav do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije predstavljajo 25. člen Direktive 2014/24 in 11. člen ZJN-3, pa tudi 11. člen Interventnega zakona za odpravo ovir pri izvedbi pomembnih investicij za zagon gospodarstva po epidemiji COVID-19 (Uradni list RS, št. 80/20 in 206/21, v nadaljevanju: IZOOPIZG), na katerega se sklicuje naročnik in kateri kot enega izmed ukrepov v zvezi z izvedbo pomembnih investicij (med katere spada tudi zadevno javno naročilo) določa, da se v postopkih javnega naročanja (pri oddaji javnih naročil, ki izpolnjujejo kriterije iz II. dela tega zakona) uporablja 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) – slednje se (med drugim) nanašajo na razlago 25. člena Direktive 2014/24/EU. Uredba (EU) 2022/1031, upošteva njen 15. člen in četrti odstavek 1. člena, v konkretnem primeru ni upoštevana.

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. ZJN-3 (s katerim je bila v pravni red prenesena Direktiva 2014/24) v 11. členu določa, da mora biti pri oddaji javnega naročila, katerega predmet zajema Sporazum GPA 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 Direktive 2014/24 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 Slovenijo nimajo sklenjenega ustreznega sporazuma (prim. odločitvi Državne revizijske komisije, št. 018-154/2020-11, 018-182/2020-38, 018-183/2020-39, 018-18/2022-15). Smiselno enako izhaja tudi iz Smernic, ki pojasnjujejo, katera podjetja imajo pravno zagotovljen dostop do trga javnih naročil (EU) ter katera takšnega dostopa nimajo in so lahko izključena. V Smernicah 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 oz. Slovenije ali katerih blago, storitve in gradnje niso zajeti v takem sporazumu. Povedano drugače, naročnik ima možnost, da gospodarskim subjektom iz tretjih držav, ki niso podpisnice sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU oz. Slovenije, ne omogoči sodelovanja v postopku javnega naročanja.

Že na tem mestu gre opozoriti na dvoje. Prvič, čeprav iz Smernic izhaja, da si EU dejavno prizadeva, da bi bile priložnosti v zvezi z javnimi naročili odprte za evropska podjetja in se zato zavzema za *vzajemno* odprtje trgov javnih naročil tretjih držav, pa iz citirane zakonodaje (in Smernic) ne izhaja, da bi bil dostop do trga javnih naročil EU (oz. Slovenije) subjektom iz tretjih držav, podpisnic sporazumov, omejen z enakovrednim in enakopravnim dostopom gospodarskih subjektov iz EU oz. Slovenije do trgov javnih naročil države podpisnice mednarodnega sporazuma. Povedano drugače, iz zakonodaje ne izhaja, da je naročnik dolžan subjektom iz tretjih držav zagotoviti dostop do trga javnih naročil (EU oz. Slovenije) le, če obstaja vzajemno odprtje trgov javnih naročil (smis. tudi odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-018/2022-15). Če mednarodni sporazum gospodarskemu subjektu iz tretje države omogoča dostop do trga javnih naročil v EU oz. Slovenije, je naročnik dolžan takšen mednarodni sporazum spoštovati (tudi če bi mednarodni sporazum izrecno izključil možnost dostopa gospodarskih subjektov iz EU oz. Slovenije do trga javnih naročil v tretji državi) in gospodarskemu subjektu omogočiti dostop do trga javnih naročil, saj je naročnik, tako kot vsi subjekti v Sloveniji, dolžan spoštovati veljavne mednarodne pogodbe.

Drugič, glede na citirane pravne podlage je relevanten pravno zagotovljen dostop do trga javnih naročil – torej relevantno je, ali obstoji sporazum, ki (pravno) zagotavlja dostop do trgov javnih naročil, medtem ko »*dejanski dostop*« (torej takšen, ki bi se izvajal v praksi) do trgov javnih naročil ni relevanten. Povedano drugače, glede na 25. člen Direktive 2014/24 in 11. člen ZJN-3 lahko naročnik omeji sodelovanje gospodarskim subjektom, ki prihajajo iz tretjih držav, ki niso podpisnice ustreznih mednarodnih sporazumov, ne glede na vprašanje, ali tretja država (brez ustreznega mednarodnega sporazuma) dejansko (v praksi) omogoča dostop gospodarskim subjektom iz EU oz. Slovenije do svojih trgov javnih naročil, kot tudi ne glede na vprašanje, ali EU oz. Slovenija v drugih postopkih javnega naročanja (ali v preteklosti) omogoča(la) dostop do svojih trgov javnih naročil subjektom iz tretje države. Pri tem gre pojasniti, da sicer naročnik lahko omogoči dostop do konkretnega javnega naročila tudi subjektom, ki prihajajo iz tretjih držav, ki dejansko omogočajo subjektom iz EU oz. Slovenije dostop do svojih trgov javnih naročil, četudi te tretje države niso podpisnice ustreznih mednarodnih sporazumov, saj če lahko naročnik omogoči dostop do konkretnega javnega naročila subjektom iz držav, ki niso podpisnice ustreznih sporazumov, lahko še toliko bolj omogoči sodelovanje subjektom iz držav, ki dejansko omogočajo subjektom iz EU oz. Slovenije dostop do svojih trgov javnih naročil.

Omejitev dostopa gospodarskih subjektov iz tretjih držav do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije je naročnik predvidel tudi v točki 3.2 j) Navodil. Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz besedila točke 3.2 j) Navodil jasno, natančno in nedvoumno izhaja, da bo naročnik zavrnil prijave, v katerih nastopa gospodarski subjekt iz tretje države, ki nima

- ali (z EU) sklenjenega sporazuma o odprtju trga javnih naročil gradenj EU (prvi odstavek)
- ali (s Slovenijo) sklenjenega sporazuma o vzajemnem odprtju trga javnih naročil gradenj (drugi odstavek).

Medtem ko je naročnik v prvem odstavku točke 3.2 j) Navodil, ki se nanaša na obstoj sporazuma o odprtju trga javnih naročil gradenj EU, zahteval zgolj obstoj sporazuma o odprtju trga javnih naročil gradenj (ne da bi naročnik zahteval tudi vzajemnost oz. recipročnost dostopa do trga javnih naročil), je naročnik v drugem odstavku točke 3.2 j) Navodil, ki se nanaša na obstoj sporazuma o odprtju trga javnih naročil gradenj Slovenije, zahteval tudi vzajemnost (oz. recipročnost) pri dostopu do trgov javnih naročil. V slednjem primeru je naročnik namreč zahteval, (1) da je s sporazumom gospodarskim subjektom iz tretje države odprt slovenski trg javnih naročil gradenj (prva poved drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil) in (2) da je s sporazumom gospodarskim subjektom iz Slovenije odprt trg javnih naročil gradenj tretje države (druga in tretja poved drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil). Iz tretje povedi drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil izhaja naročnikova zahteva, da je iz sporazuma razvidno, da je pod enakopravnimi pogoji gospodarskim subjektom iz Slovenije odprt dostop do trga javnih naročil tretje države in da gospodarskih subjektov iz Slovenije v tretji državi ne obravnavajo neenakopravno, vendar s tem naročnik zgolj z drugimi, različnimi besedami ponovi zahtevo, da mora biti slovenskim gospodarskim subjektom omogočen dostop do trga javnih naročil gradenj tretje države. Ni mogoče namreč govoriti o (odprtem) dostopu do trga javnih naročil gradenj v tretji državi (ki ga je naročnik zahteval v drugi povedi drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil), če (slovenski) gospodarski subjekti na tem trgu niso enakopravno obravnavani.

Da bo naročnik zavrnil prijavo, v kateri nastopa gospodarski subjekt iz tretje države, ki nima ali (z EU) sklenjenega sporazuma o odprtju trga javnih naročil gradenj EU ali s Slovenijo sklenjenega sporazuma o vzajemnem odprtju trga javnih naročil gradenj, izhaja tudi iz tretjega odstavka točke 3.2 j) Navodil, v kateri je naročnik določil, da bo, če ima gospodarski subjekt sedež v državi, ki nima sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU, v fazi pregleda ponudnika pozval k predložitvi dokazila (kopija sporazuma), iz katerega izhaja:

- da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Sloveniji in
- da je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež.

Že na tem mestu gre pojasniti, da čeprav naročnik v drugem odstavku točke 3.2 j) Navodil zahteva obstoj sporazuma, sklenjenega s Slovenijo, o *vzajemnem* odprtju trga javnih naročil gradenj (torej, da je subjektu iz tretje države s sporazumom zagotovljen dostop do slovenskega trga javnih naročil gradenj in da je gospodarskim subjektom iz Slovenije s sporazumom zagotovljen dostop do trga javnih naročil gradenj tretje države) in čeprav (kot že pojasnjeno) naročnik, skladno s 25. členom Direktive 2014/24 in 11. členom ZJN-3, ni upravičen omejevati oz. pogojevati dostopa do trga javnih naročil EU (oz. Slovenije) subjektom iz tretjih držav, ki so podpisnice sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU (oz. Slovenije), z enakovrednim in enakopravnim dostopom gospodarskih subjektov iz EU oz. Slovenije do trgov javnih naročil v državi podpisnici mednarodnega sporazuma, poseg Državne revizijske komisije (v smislu 3. točke drugega odstavka 39. člena ZPVPJN) ni potreben. Kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, v konkretnem primeru namreč ne gre za situacijo, ko bi obstajal sporazum, ki bi vlagatelju omogočal dostop do trga javnih naročil Slovenije, umanjkal pa bi sporazum, ki bi slovenskim gospodarskim subjektom

omogočal dostop do trga javnih naročil Turčije, saj v konkretnem primeru sporazum, ki bi vlagatelju omogočal dostop do slovenskega trga javnih naročil gradenj, ne obstaja. Zato naročnikova zahteva glede (pravne) vzajemnosti dostopa do trga javnih naročil gradenj, v primeru sporazuma, sklenjenega s Slovenijo, ne vpliva na vlagateljev položaj.

Državna revizijska komisija navedbam vlagatelja v vlogi z dne 13. 7. 2022 o nejasnosti sporne določbe ne more slediti. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da naročnik v prvem odstavku točke 3.2 j) Navodil navaja »Evropska unija«, medtem ko v drugem odstavku navaja »Republika Slovenija«, vendar v posledici navedenega sporna zahteva ni nejasna, kot to želi prikazati vlagatelj, saj se, kot že navedeno, prvi odstavek nanaša na sporazum, sklenjen z EU, medtem ko se drugi odstavek nanaša na sporazum, sklenjen s Slovenijo. Nikakršne nejasnosti sporne določbe pa ni iz razloga, ker je naročnik v tretjem odstavku točke 3.2 j) Navodil navedel, da bo pozval k predložitvi sporazuma, iz katerega izhaja, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v »Republiki Sloveniji« (in ne do trgov javnih naročil EU), saj vlagatelj spregleda prvi del povedi, in sicer, da bo naročnik pozval k predložitvi omenjenega sporazuma, če ima gospodarski subjekt sedež v državi, ki nima sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil Evropske unije. Logično je, da če ne obstoji sporazum o odprtju trga javnih naročil Evropske unije, naročnik ne bo pozival k predložitvi takšnega neobstoječega sporazuma, pač pa bo gospodarski subjekt kvečjemu pozval na predložitev sporazuma, ki mu omogoča dostop do trga javnih naročil Slovenije.

Pri tem tudi ne gre spregledati, da vlagatelj, ki sicer zatrjuje, da je točka 3.2 j) Navodil nejasna zaradi domnevne nekonsistentne uporabe besednih zvez »Evropska unija« in »Republika Slovenija«, ne pojasni, zakaj bi bila iz tega (domnevnega) razloga sporna določba nejasna. Vlagatelj zgolj pavšalno navaja, da v posledici zatrjevane naročnikove nekonsistentnosti ni jasno »kakšen sporazum od ponudnikov zahteva naročnik, kateri sporazum zahteva v okviru predložitve dokazil itd.«, pri tem pa ne pojasni, kako je (v posledici zatrjevane (domnevne) naročnikove nekonsistentnosti) sam razumel sporno zahtevo. Tudi če bi bila sporna določba v tem delu nejasna, to ne pomeni, da jo je mogoče kar spregledati oz. šteti, da vlagatelj zahtevo izpolnjuje. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da nejasnih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni mogoče razlagati v škodo gospodarskega subjekta, ki je zahtevo izpolnil v mejah, ki jo razlaga take zahteve še dopušča; v razmerju do gospodarskega subjekta je tako treba uporabiti razlago, ki gre v njegovo korist. Vendar pa vlagatelj sploh ne pojasni, kako je v posledici zatrjevane (domnevne) naročnikove nekonsistentnosti sporno zahtevo razumel, zato niti ni mogoče preizkusiti, ali besedilo sporne zahteve dopušča vlagateljevo interpretacijo zahteve. Poleg tega bi morebitna nekonsistentna uporaba besednih zvez »Evropska unija« in »Republika Slovenija« lahko povzročala nejasnost v delu, ki se nanaša na vprašanje, do čigavega trga javnih naročil (EU ali Slovenije) mora biti gospodarskim subjektom iz tretjih držav na podlagi mednarodnega sporazuma zagotovljen (pravni) dostop in katerim subjektom (subjektom iz EU ali Slovenije) mora biti na podlagi mednarodnega sporazuma zagotovljen dostop do trga javnih naročil tretje države, kar pa v obravnavanem primeru (kot bo to pojasnjeno v nadaljevanju) ni ključno, saj gospodarskim subjektom iz Turčije ni pravno zagotovljen dostop niti do trga javnih naročil gradenj EU niti do slovenskega trga javnih naročil gradenj, prav tako pa nimajo niti subjekti iz EU niti gospodarski subjekti iz Slovenije pravno zagotovljenega dostopa do turškega trga javnih naročil gradenj.

Neutemeljene so tudi vlagateljeve navedbe, da je sporna zahteva nejasna iz razloga, ker naj bi naročnik nekonsistentno zahteval »dostop do trga javnih naročil na splošno« (prvi odstavek točka 3.2 j) Navodil), »dostop do predmetnega javnega naročila gradnje« (prva poved drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil), »dostop do trga javnih naročil« (druga poved drugega odstavka in tretji odstavek točke 3.2 j) Navodil in Izjava 3), »dostop do trga javnih naročil gradenj« (tretja poved drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil) ter »dostop do postopkov javnega naročanja« (tretji

odstavek točke 3.2 j) Navodil). Čeprav gre pritrčiti vlagatelju, da naročnik na nekaterih mestih sporne določbe zahteva »dostop do postopka javnega naročanja«, na nekaterih mestih pa »dostop do trga javnih naročil«, ne more biti nobenega dvoma, da z obema besednima zvezama zahteva isto - da je subjektom iz tretjih držav (na podlagi sporazuma) omogočen dostop do trga javnih naročil, saj je dostop do trga javnih naročil mogoč le, če je gospodarskim subjektom omogočen dostop do postopkov javnega naročanja, in obratno; dostop do postopkov javnega naročanja je omogočen le, če je omogočen dostop do trga javnih naročil.

Zavrni gre vlagateljeve navedbe, da ZJN-3 in Smernice predvidevajo »odprtje trga javnih naročil na splošno«. Iz dikcije 11. člena ZJN-3 »pri oddaji javnega naročila, katerega predmet zajema Sporazum o vladnih nabavah [...] ali drug obvezujoč sporazum« jasno izhaja, da se mora sporazum o odprtju trga javnih naročil nanašati na relevantno javno naročilo, v konkretnem primeru je to javno naročilo gradenj. Enako izhaja tudi iz Smernic - Sporazum o vladnih naročilih (GPA) in sporazumi o prosti trgovini imajo dva dela: pravno besedilo s pravili glede načel in postopkov ter liste kritja vsake pogodbenice. Liste kritja določajo, kateri javni subjekti morajo upoštevati dogovorjena pravila ter v kakšnem obsegu so njihova javna naročila blaga in storitev odprta za udeležbo gospodarskih subjektov (ter njihovega blaga in storitev) drugih pogodbic GPA in partneric sporazuma o prosti trgovini.

Neutemeljene so navedbe vlagatelja, da je naročnik v prvem odstavku točke 3.2 j) Navodil zahteval dostop do trga javnih naročil »na splošno«. Naročnik je sicer res navedel, da bo zavrnil prijavo, v kateri nastopa gospodarski subjekt iz države, ki »nima sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil Evropske unije«, vendar pa vlagatelj spregleda, da je naročnik v nadaljevanju zapisal »ali če sporazum o odprtju trga javnih naročil Evropske unije v svoji vsebini (npr. v listah kritij) gospodarskemu subjektu ne omogoča dostopa do predmetnega javnega naročila gradnje v Evropski uniji«. Iz navedenega jasno izhaja, da naročnik ne bo priznal sposobnosti subjektu, ki prihaja iz države, ki sploh nima sklenjenega sporazuma o odprtju trga javnih naročil (in torej tudi ne o odprtju trga javnih naročil gradenj), kot tudi ne subjektu, ki prihaja iz države, ki sicer ima sklenjen sporazum o odprtju trga države, vendar ta v svoji vsebini (npr. v listini kritja, ki opredeljujejo blago, storitve in gradnje, ki so krita s sporazumom) ne zagotavlja dostopa do (predmetnega) javnega naročila gradnje. Naročnik je torej v prvem odstavku sporne zahteve zahteval, da je z mednarodnim sporazumom odprt trg javnih naročil gradenj EU. Tudi v drugem odstavku točke 3.2 j) Navodil, torej v delu, ki se nanaša na sporazum, sklenjen s Slovenijo, je naročnik zahteval, da je s sporazumom odprt trg javnih naročil gradenj. Četudi iz tretjega odstavka točke 3.2 j) Navodil in vnaprej pripravljene Izjave 3 izrecno ne izhaja, da je relevanten trg javnih naročil gradenj, gre poudariti, da se tako tretji odstavek točke 3.2 j) Navodil kot Izjava 3 nanašata na dokazovanje izpolnjevanja zahteve. Ker se z dokazilom dokazuje izpolnjevanje zahteve, je kljub umanjkanju izrecnega zapisa »gradenj« v tretjem odstavku točke 3.2 j) Navodil in Izjavi 3 povsem jasno, da mora sporazum omogočati dostop do trga javnih naročil gradenj in ne do trga javnih naročil drugih storitev ali blaga. Poleg tega gre poudariti, da bi morebitna nejasnost točke 3.2 j) Navodil v izpostavljenem delu lahko povzročala nejasnost v delu, ki se nanaša na vprašanje, do katerih trgov javnih naročil (gradenj, blaga, storitev, »na splošno«) mora biti gospodarskim subjektom iz tretjih držav na podlagi mednarodnega sporazuma zagotovljen (pravni) dostop, kar pa v obravnavanem primeru (kot bo to pojasnjeno v nadaljevanju) ni odločilno, saj gospodarskim subjektom iz Turčije ni pravno (torej na podlagi mednarodnega sporazuma) zagotovljen dostop niti do trga javnih naročil gradenj EU oz. Slovenije niti do trgov javnih naročil »na splošno« EU oz. Slovenije, prav tako pa slovenskim gospodarskim subjektom ni pravno zagotovljen dostop niti do turškega trga javnih naročil gradenj Turčije niti do turških trgov javnih naročil »na splošno«.

Državna revizijska komisija ne more slediti interpretaciji sporne zahteve, za katero se vlagatelj zavzema v vlogi z dne 13. 7. 2022, in sicer, da sporna zahteva sestoji iz dveh delov – iz obstoja

veljavnega sporazuma o vzajemnem dostopu do trga javnih naročil gradenj (pozitivno dejstvo) in iz neobstoja neenakopravne obravnave (negativno dejstvo) oz. da je »celotna vsebina sporne zahteve« formalna vzajemnost (obstoj sporazuma) in dejanska vzajemnost (da slovenski ponudniki v tretji državi niso obravnavani neenakopravno). Naročnik zahteva izključno pravni dostop do trga javnih naročil, tj. obstoj sporazuma o dostopu do trga javnih naročil gradenj EU oz. obstoj sporazuma, sklenjenega s Slovenijo, o vzajemnem dostopu do trga javnih naročil gradenj, medtem ko ne zahteva (dodatno še) »dejanske vzajemnosti dostopa do trga javnih naročil«.

V zvezi z interpretacijo sporne zahteve, za katero se vlagatelj zavzema v vlogi z dne 22. 8. 2022, gre ugotoviti, da je sicer sporno zahtevo res mogoče izpolniti alternativno, in sicer ali s sporazumom o odprtju trga javnih naročil EU ali s sporazumom o vzajemnem odprtju trga javnih naročil Slovenije. Ne more pa Državna revizijska komisija slediti vlagateljevi interpretaciji, da je mogoče sporno zahtevo izpolniti ali s »sporazumom o vzajemnem dostopu« ali npr. na način, da »je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Republike Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež«. Že iz same besedne zveze »sporazum o vzajemnem dostopu« izhaja, da mora obstajati sporazum, ki omogoča vzajemen dostop – torej na eni strani sporazum o dostopu gospodarskih subjektov iz tretjih držav do trga javnih naročil Slovenije, na drugi strani pa sporazum o dostopu gospodarskih subjektov iz Slovenije do trga javnih naročil tretje države. Prav tako je iz besedila sporne zahteve »če je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Republike Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež« (drugi del druge povedi drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil) razvidno, da naročnik zahteva, da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi. Slednjega dela besedila pa tudi ni mogoče zgolj iztrgati iz besedila, v katerem je dan, pač pa je potrebno upoštevati celoten kontekst, v katerem je dan. Citirani del besedila je del drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil, ki se (za razliko od prvega odstavka točke 3.2. j) Navodil, ki se nanaša na dostop do trga javnih naročil EU) nanaša na dostop do trga javnih naročil Slovenije, zato je ta del treba tudi razlagati v tem kontekstu. Naročnik je sicer določil, da je »pogoj vzajemnosti« (torej sporna zahteva iz točke 3.2 j) Navodil) izpolnjen »le«, če je gospodarskim subjektom s sedežem na območju Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, v kateri ima gospodarski subjekt sedež, kar pa je treba povezati s predhodno povedjo, v kateri je naročnik zahteval obstoj mednarodnega sporazuma, sklenjenega s Slovenijo, ki gospodarskemu subjektu iz tretje države omogoča dostop do zadevnega javnega naročila. Ob upoštevanju obeh povedi skupaj ne more biti nobenega dvoma, da sporne zahteve ni mogoče izpolniti le na način, da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen dostop do trga javnih naročil tretje države, pač pa mora biti sočasno (kumulativno) gospodarskim subjektom iz tretje države omogočen dostop do trga javnih naročil Slovenije. Navedeno je razvidno tudi iz tretjega odstavka točke 3.2 j) Navodil, v katerem je naročnik pojasnil, da bo gospodarski subjekt (ki prihaja iz države, ki nima sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU) pozval k predložitvi sporazuma, iz katerega izhaja, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Sloveniji in da je slovenskim gospodarskim subjektom omogočen (vzajemen) dostop do trga javnih naročil v tretji državi. Tudi Izjava 3, s katero gospodarski subjekt izjavi, da obstaja mednarodni sporazum s Slovenijo, ki mu omogoča sodelovanje v tem postopku javnega naročila, ter da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil, ne potrjuje vlagateljeve interpretacije o alternativno oblikovani sporni zahtevi, saj tudi iz te izjave izhaja, da mora obstajati sporazum, sočasno (kumulativno) pa mora biti slovenskim gospodarskim subjektom omogočen dostop do trga javnih naročil v tretji državi.

Državna revizijska komisija tudi ne more slediti vlagateljevi interpretaciji, ko (nasprotno kot v vlogi z dne 13. 7. 2022) zatrjuje, da je naročnik »pravno vzajemnost« izenačil z »dejansko vzajemnostjo« - takšna razlaga sporne zahteve v besedilu točke 3.2 j) Navodil nima podlage. Tudi

če bi, upoštevaje, da je naročnik v drugi povedi drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil navedel, da bo »pogoj vzajemnosti« (torej sporna zahteva iz točke 3.2 j) Navodil, kot to pravilno navaja vlagatelj) izpolnjen, če bo slovenskim gospodarskim subjektom omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v tretji državi, ne da bi pri tem naročnik izrecno navedel, da mora biti zagotovljen pravni dostop, obstajal kakršenkoli dvom v tem delu, je naročnik to morebitno nejasnost odpravil s tretjo povedjo drugega odstavka točke 3.2 j) Navodil, iz katere je jasno razvidno, da naročnik zahteva pravno zagotovljen dostop oz. pravno vzajemnost, saj je izrecno pojasnil, da mora iz vsebine sporazuma izhajati, da je gospodarskemu subjektu iz Slovenije odprt dostop do trga javnih naročil gradenj v tretji državi. Prav tako je naročnik v tretjem odstavku sporne zahteve pojasnil, da bo gospodarski subjekt (ki prihaja iz države, ki nima sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU) pozval k predložitvi sporazuma, iz katerega izhaja, da ima gospodarski subjekt zagotovljen dostop do postopkov javnega naročanja v Sloveniji in da je slovenskim gospodarskim subjektom omogočen (vzajemen) dostop do trga javnih naročil v tretji državi. Nobenega dvoma zato ne more biti, da naročnik zahteva, da sporazum zagotavlja vzajemen dostop do trgov javnih naročil in torej zahteva pravno zagotovljen dostop oz. »pravno vzajemnost« in ne »dejanske vzajemnosti«.

Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da iz točke 3.2 j) Navodil jasno in nedvoumno izhaja, da bo naročnik zavrnil prijavo, v kateri nastopa subjekt s sedežem v tretji državi, ki nima

- ali (z EU) sklenjenega sporazuma o odprtju trga javnih naročil gradenj EU (prvi odstavek)
- ali (s Slovenijo) sklenjenega sporazuma o (vzajemnem) odprtju trga javnih naročil gradenj Slovenije, iz katerega izhaja:
  - o da je gospodarskim subjektom iz tretjih držav omogočen dostop do trga javnih naročil v Sloveniji
  - o da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen dostop do trga javnih naročil v tretji državi (pod enakimi pogoji in brez diskriminacije).

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v vlagateljevo prijavo ugotavlja, kar med strankama tudi ni sporno, da ima vlagatelj sedež v Turčiji in da je vlagatelj v prijavo priložil izpolnjeno in podpisano Izjavo 3, v kateri je kot (relevantni) sporazum navedel: »Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo, podpisan v Ljubljani dne 8. marca 1996. In Zakon o ratifikaciji Sporazuma o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo (BTUTGS), objavljen v Uradnem listu RS – Mednarodne pogodbe, št. 17/96 (Uradni list RS, št. 62/96)«.

Na podlagi odstopljene spisovne dokumentacije gre nadalje ugotoviti, da je naročnik na vlagatelja naslovil dopis »Poziv na dopolnitev prijave v skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3« z dne 26. 4. 2022, v katerem je navedel, da iz Sporazuma Slovenija – Turčija ni razvidno, da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil v Turčiji, ker iz njega ni razvidno, da je v Turčiji odprt dostop do trga javnih naročil gradenj gospodarskim subjektom s sedežem v Sloveniji, pod enakopravnimi pogoji, in da v Turčiji gospodarskih subjektov iz Slovenije ne obravnavajo neenakopravno. Naročnik je tudi citiral 63. člen »turškega zakona o javnih naročilih, št. 4734«. V nadaljevanju je naročnik vlagatelja pozval, da:

- izkaže:
  - o da ima Turčija sklenjen mednarodni sporazum o odprtju trga javnih naročil EU oz.
  - o ima s Slovenijo sklenjen sporazum, ki vlagatelju omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v vlogi in vsebini, kot jo prevzema, in iz katerega bo jasno razvidno, da je v Turčiji odprt dostop do trga javnih naročil gradenj v tretji državi za gospodarske subjekte iz Slovenije, pod enakopravnimi pogoji in da Turčiji gospodarskih subjektov iz Slovenije ne obravnavajo neenakopravno in da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije in

- predloži dokazila, da je Turčija sprejela ukrepe za odpravo domačih preferencialov in drugih diskriminatornih praks, kot izhajajo iz določil »turškega zakona o javnih naročilih«.

Vlagatelj je v dopisu z dne 12. 5. 2022 pojasnil, da so odnosi med Slovenijo in Turčijo bogati in prijateljski, da je bilo med Slovenijo in Turčijo podpisanih več sporazumov, ki so namenjeni širitvi sodelovanja na številnih področjih, tudi v gradbeništvu in na področju javnih naročil, da je bilo s Sporazumom Slovenija – Turčija zagotovljeno sodelovanje na gradbenem področju med državama, da je bil s podpisom Sporazuma o prosti trgovini med Slovenijo in Turčijo dne 5. maja 1998 storjen še en korak za krepitev sodelovanja med državama in da je bil leta 2011 podpisan dokument »*Strateško partnerstvo med Turčijo in Slovenijo*«. Vlagatelj se je tudi skliceval na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-38. V zvezi s »*turškim zakonom o javnih naročilih, št. 4734*« je pojasnil, da je ta iz leta 2002 in je bil večkrat (75-krat) spremenjen, spletna stran na katero se sklicuje naročnik, pa ni uradna spletna stran in vsebuje redundantne informacije. Za izvedbo javnih razpisov v Turčiji, ki so financirani tudi s strani EU, se uporabljajo še drugi zakoni, na podlagi katerih je slovenskim podjetjem odprt dostop do trga javnih naročil in omogočeno enakopravno sodelovanje na javnih razpisih. V odgovoru je vlagatelj zaključil, da ima Turčija sklenjen mednarodni sporazum o odprtju trga javnih naročil EU oz. drug mednarodni sporazum, ki mu omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročanja.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku najprej očita kršitve v zvezi s pozivom z dne 26. 4. 2022 in zatrjuje, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni imel podlage za ta poziv, da ga je naročnik z njim pozval na dopolnitev v zvezi z dokazovanjem prava, ki bi ga moral naročnik sam poznati oz. na dopolnitev v zvezi z okoliščinami, ki bi jih naročnik moral sam preveriti, in da ga je naročnik pozval na dokazovanje negativnih dejstev.

Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da je v prijavo predložil izpolnjeno Izjavo 3, predložitev katere je bila v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidena kot edino dokazilo v zvezi z zahtevo iz točke 3.2 j) Navodil. Vendar navedeno še ne omogoča zaključka, da naročnik ni imel podlage za poziv, saj lahko naročnik na podlagi petega odstavka 89. člena ZJN-3 (te možnosti naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni izključil - glej točko 22 Navodil) pozove na dopolnitev, popravek ali pojasnilo ponudbe oz. prijave, ne le v smislu dopolnitve ponudbe oz. prijave z manjkajočimi dokumenti, pač pa tudi na dopolnitev oz. popravek informacij, vsebovanih v prijavi. Poleg tega lahko naročnik na podlagi drugega odstavka 89. člena ZJN-3 preveri obstoj in vsebino podatkov oz. drugih navedb iz ponudbe oz. prijave.

Pritrditi pa gre vlagatelju, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni imel podlage, da ga je z dopisom z dne 26. 4. 2022 pozval na predložitev dokazil, da je Turčija sprejela ukrepe za odpravo domačih preferencialov in drugih diskriminatornih praks, kot izhajajo iz določil »*turškega zakona o javnih naročilih, št. 4734*«. Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila, da iz načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) izhaja, da mora naročnik pri pregledu in ocenjevanju ponudb ter prijav ravnati v skladu s pravili, ki jih je sam določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Pri presoji dopustnosti ponudb oz. skladnosti prijav z zahtevami naročnika mora naročnik tako upoštevati (le) tiste zahteve, ki so bile navedene v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, in sicer na način, kot so bile zapisane. Kot je že bilo pojasnjeno, naročnik je v točki 3.2 j) Navodil določil, da bo priznal sposobnost za sodelovanje oz. da ne bo zavrnil prijave subjekta, ki prihaja iz države, ki ima bodisi sklenjen sporazum o odprtju trga javnih naročil EU bodisi sklenjen sporazum o vzajemnem odprtju trga javnih naročil s Slovenijo. Ker je naročnik zahteval pravno zagotovljen dostop do trgov javnih naročil EU oz. pravno zagotovljen vzajemen dostop do trga javnih naročil Slovenije, je pri presoji, ali vlagatelj izpolnjuje zahtevo iz točke 3.2 j) Navodil, ključen zgolj obstoj sporazuma z relevantno vsebino, medtem ko za presajo izpolnjevanja te zahteve ni relevantno, ali se mednarodni sporazum v praksi dejansko izvršuje

oz. ali tretja država, podpisnica sporazuma, spoštuje sklenjen sporazum s Slovenijo. V primeru obstoja mednarodnega sporazuma, ki bi gospodarskim subjektom iz države podpisnice sporazuma omogočal (vzajemen) dostop do trga javnih naročil, naročnik ne more (ne sme) presoјati, ali imajo gospodarski subjekti iz (EU oz.) Slovenije dejansko zagotovljen dostop do trga javnih naročil podpisnice mednarodnega sporazuma, saj naročnik ni pristojen za ugotavljanje morebitnih kršitev mednarodnih pogodb. Za presojo, ali vlagatelj izpolnjuje zahtevo iz točke 3.2 j) Navodil, zato ni relevantno, kaj določa 63. člen »turškega zakona o javnih naročilih, št. 4734«, prav tako ni relevantno, ali je Turčija, v kolikor iz omenjenega člena izhaja preferiranje domačih, turških ponudnikov, sprejela ukrepe za odpravo takšne »diskriminatorne prakse« do slovenskih ponudnikov.

Vendar pa kljub temu, da naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni imel podlage za pozivanje vlagatelja na predložitev dokazil, da je Turčija sprejela ukrepe za odpravo domačih preferencialov in drugih diskriminatornih praks, kot izhajajo iz določil »turškega zakona o javnih naročilih, št. 4734«, in da je naročnik v izpodbijani odločitvi vlagatelju očital, da tovrstnih zahtevanih dokazil ni predložil, gre poudariti, da takšno naročnikovo ravnanje (oz. kršitev) ni bistveno vplivalo na oddajo javnega naročila oz. na zakonitost izpodbijane odločitve (prim. 16a. člen ZPVPJN). Naročnik namreč vlagatelja s pozivom z dne 26. 4. 2022 ni pozval le na predložitev omenjenih dokazil, pač pa ga je pozval tudi na izkazovanje mednarodnega sporazuma (z ustrezno vsebino). Nepredložitev omenjenih dokazil tudi ni edini razlog, zaradi katerega je naročnik zaključil, da zahteva iz točke 3.2 j) Navodil ni izpolnjena, saj je naročnik v izpodbijani odločitvi tudi navedel, da vlagatelj ni sledil pozivu, da izkaže, da je v Turčiji odprt dostop do trga javnih naročil gospodarskim subjektom iz Slovenije pod enakimi pogoji in da v Turčiji gospodarskih subjektov ne obravnavajo neenakopravno.

Državna revizijska komisija ne more pritrditi vlagatelju, da naročnik tudi v delu, v katerem je vlagatelja pozval, da izkaže, da ima Turčija sklenjen mednarodni sporazum o odprtju trga javnih naročil EU oz. ima s Slovenijo sklenjen sporazum, ki vlagatelju omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v vlogi in vsebini, kot jo prevzema, in iz katerega bo jasno razvidno, da je v Turčiji odprt dostop do trga javnih naročil gradenj v tretji državi za gospodarske subjekte iz Slovenije, pod enakopravnimi pogoji in da v Turčiji gospodarskih subjektov iz Slovenije ne obravnavajo neenakopravno in da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije, ni imel podlage v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. V obravnavani zadevi ni ključno, ali je naročnik vlagatelja pozival na podlagi petega odstavka 89. člena ZJN-3 (in je torej zahteval, da vlagatelj dopolni prijavo z navedbo ustreznega mednarodnega sporazuma) ali na podlagi drugega odstavka 89. člena ZJN-3 (in je torej preverjal informacije iz vlagateljeve prijave), saj je v vsakem primeru naročnik z omenjenim pozivom preverjal oz. ugotavljal izpolnjevanje zahteve iz točke 3.2 j) Navodil. Naročnik pa z dopisom z dne 26. 4. 2022, v delu, ki se nanaša na izkazovanje mednarodnega sporazuma z ustrezno vsebino, ni presejal zahteve iz točke 3.2 j) Navodil oz. s pozivom zahteve iz točke 3.2 j) Navodil ni širil ali spreminjal in od vlagatelja ni zahteval več informacij, kot so relevantne za presojo izpolnjevanja zahteve iz točke 3.2 j) Navodil. Ugotoviti namreč gre, da je naročnik v dopisu z dne 26. 4. 2022 zgolj zahteval to, kar je zahteval v točki 3.2 j) Navodil – mednarodni sporazum o odprtju trga EU ali mednarodni sporazum s Slovenijo, iz katerega bo razvidno, da je zagotovljen vzajemen dostop do trga javnih naročil gradenj.

Pritrditi gre vlagatelju, da je naročnik s tem, ko je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteval, da gospodarski subjekti v Izjavi 3 navedejo sporazum, ki jim (pravno) zagotavlja dostop do trgov javnih naročil EU oz. vzajemen dostop do trgov javnih naročil Slovenije, od gospodarskih subjektov zahteval dokazovanje prava, kot tudi vlagateljevim navedbam, da ga je naročnik s pozivom z dne 26. 4. 2022 (v delu, ki se nanaša na izkazovanje sporazuma z določeno vsebino) pozval na dokazovanje prava. Vendar ne glede na vprašanje, ali je naročnik v postopku oddaje



javnega naročila dolžan poznati pravo »po uradni dolžnosti« oz. mora pravo sam preveriti (kot to obsežno zatrjuje vlagatelj), gre ugotoviti, da se zaradi spornega poziva na »dokazovanje prava« (oz. na dokazovanje obstoja mednarodnega sporazuma z ustrežno vsebino) vlagatelj položaj v postopku oddaje javnega naročila ni poslabšal, temveč se je kvečjemu izboljšal. Naročnik je namreč s pozivom vlagatelju omogočil, da je pred sprejemom odločitve o priznanju sposobnosti pojasnil oz. dopolnil svojo prijavo oz. da se je izjasnil o okoliščinah, relevantnih za sprejem izpodbijane odločitve, četudi bi jih naročnik (po mnenju vlagatelja) moral poznati po »uradni dolžnosti«. Tudi če bi naročnik moral sam poznati pravo oz. bi moral sam ugotoviti (ne)obstoj mednarodnega sporazuma, ki bi vlagatelju omogočal dostop do zadevnega javnega naročila (in tudi če naročnik takšne lastne presoje ni opravil), je v naročnikovi odločitvi o nepriznanju sposobnosti vlagatelju iz razloga neizpolnjevanja zahteve iz točke 3.2 j) Navodil, zajeta (vsebovana, inkorporirana) tudi naročnikova lastna ugotovitev, da vlagatelj glede na veljavne mednarodne sporazume sporne zahteve ne izpolnjuje. Vlagatelj pa je (ne glede na vprašanje, ali je naročnik pri presoji izpolnjevanja sporne zahteve upošteval še kaj drugega kot dokumentacijo, ki jo je predložil vlagatelj) imel možnost, da v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnikov zaključek o neizpolnjevanju zahteve nepravilen, ker obstoji ustrezen sporazum. Pri tem gre še dodati, da če bi umanjkanje naročnikove lastne pravne presoje glede obstoja ustreznih sporazumov predstavljalo kršitev, to ne bi bila kršitev, ki bi bistveno vplivala na oddajo javnega naročila oz. na zakonitost izpodbijane odločitve, posledično pa ne bi bila mogoča ugoditev zahtevku za revizijo (prim. 16.a člen ZPVPJN), saj četudi je naročnik na podlagi napačnih argumentov pravilno razrešil pravno vprašanje – ali ima vlagatelj zagotovljen pravni dostop do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije – to na zakonitost izpodbijane odločitve ne vpliva.

Državna revizijska komisija tudi ne more pritrditi vlagatelju, da ga je naročnik pozval na dokazovanje negativnih dejstev. Vlagatelj namreč želi predstaviti, da ga je naročnik pozval na izkazovanje, da gospodarski subjekti iz Slovenije *dejansko* (v praksi) niso neenakopravno obravnavani v Turčiji, vendar pa spregleda, da ga je naročnik pozval na izkazovanje obstoja sporazuma o odprtju trga javnih naročil EU oz. s Slovenijo, ki vlagatelju omogoča sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila gradnje v vlogi in vsebini, kot jo prevzema, in iz katerega bo jasno razvidno, da je v Turčiji odprt dostop do trga javnih naročil gradenj v tretji državi za gospodarske subjekte iz Slovenije, pod enakopravnimi pogoji, da v Turčiji gospodarskih subjektov iz Slovenije ne obravnavajo neenakopravno in da je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije. Naročnik je torej vlagatelja pozval na »dokazovanje« obstoja sporazuma z določeno vsebino, kar ni negativno dejstvo, pač pa pozitivno dejstvo. Zato so vse navedbe vlagatelja, vezane na dokazovanje negativnega dejstva, za konkretno zadevo pravno nerelevantne.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo tudi zatrjuje, da je naročnik nepravilno zaključil, da sporna zahteva ni izpolnjena. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je med strankama (predvsem) sporno, ali obstaja vzajemnost dostopa do trgov javnih naročil, pri čemer se obe stranki osredotočata na vprašanje, ali je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije.

Državna revizijska komisija je zaprosila za pojasnila MGRT, MZZ ter Ministrstvo za pravosodje glede razlage 5. člena Sporazuma Slovenija – Turčija in glede vprašanja o pravno zagotovljenem dostopu gospodarskih subjektov iz Turčije do trga javnih naročil EU oz. Slovenije. Ministrstvo za pravosodje je pojasnilo, da vprašanja ne sodijo v njegov delokrog.

MGRT je pojasnil, da je Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo namenjen spodbujanju in popestitvi vzajemno koristnih gospodarskih in poslovnih odnosov in okrepitvi prijateljskih odnosov in ne vsebuje določb/zavez o dostopu do trga javnih naročil. Soglasje pogodbenic o sodelovanju med državama na področjih

iz 5. člena sporazuma ne pomeni, da podpisnici v zadevnem sporazumu urejata dostop do trga. MGRT je nadalje pojasnil, da so javna/vladna naročila del skupne trgovinske politike EU, ki je v izključni pristojnosti EU, zato Slovenija, kot država članica EU, ne more in ne sme skleniti dvostranskega sporazuma s področij, ki so v izključni pristojnosti EU. MGRT je še pojasnil, da Turčija ni podpisnica GPA sporazuma, ima pa EU s Turčijo podpisan Pridružitveni Sporazum in Sporazum o carinski uniji, ki pa ne urejata dostopa do trga javnih naročil. Ureditev dostopa do trga javnih naročil je predvidena v okviru modernizacije Sporazuma o carinski uniji, vendar je bil postopek sprejetja mandata za omenjena pogajanja (zaradi političnih vprašanj) zaustavljen.

Smiselno enako izhaja tudi iz pojasnila MZZ, in sicer, da Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo ne ureja dostopa do trga javnih naročil, prav tako dostopa do trga javnih naročil ne urejajo ostali sporazumi, ter da EU ni sklenila sporazuma, ki bi gospodarskim subjektom iz Turčije zagotavljal dostop do trga javnih naročil EU.

Vlagatelj v vlogi z dne 22. 8. 2022 predstavljenim stališčem MGRT in MZZ nasprotuje. Državna revizijska komisija sicer pritrjuje navedbam vlagatelja, da so ministrstva »*politični organ*«, ker vlada nadzoruje delo ministrstev, jim daje smernice za izvajanje politike in za izvrševanje zakonov, drugih predpisov in splošnih aktov ter skrbi, da ministrstva usklajeno izvršujejo svoje naloge, glede na določila 5. člena Zakona o Vladi Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 24/05 in spremembe), njihova stališča pa so posledično politična, kot tudi, da je vprašanje ali je na podlagi obstoječega prava omogočen vzajemen dostop do trga javnih naročil, pravno vprašanje. Vendar ob upoštevanju, da Državna revizijska komisija ni našla pravne podlage, ki bi gospodarskim subjektom iz Turčije zagotavljala dostop do trga javnih naročil EU oz. Slovenije, je Državna revizijska komisija zaprosila za pojasnilo navedena ministrstva iz razloga, da ne bi spregledala morebitne pravne podlage, ki bi gospodarskim subjektom iz Turčije zagotavljala dostop do trga javnih naročil EU oz. Slovenije. Razreševanje pravnega vprašanja, ali je vlagatelju zagotovljen dostop do trga javnih naročil EU oz. Slovenije, pa je še vedno pridržano Državni revizijski komisiji.

Glede vlagateljevih očitkov, da je Državna revizijska komisija postavila »*napačno vprašanje*«, ker naj bi bilo po mnenju vlagatelja glede na sporno zahtevo ključno, ali je gospodarskim subjektom iz Slovenije omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije, gre ponoviti, da je naročnik zahteval pravno zagotovljen dostop do trgov javnih naročil EU oz. v primeru sporazuma s Slovenijo, pravno zagotovljen vzajemen dostop do trgov javnih naročil. Da je mogoče govoriti o vzajemnosti dostopa do trgov javnih naročil, mora najprej obstajati pravno zagotovljen dostop turških gospodarskih subjektov do slovenskih trgov javnih naročil, nato pa še pravno zagotovljen dostop slovenskih gospodarskih subjektov do turških trgov javnih naročil. Poleg tega bi morebitna ugotovitev, da je turškimi gospodarskim subjektom zagotovljen dostop do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije, narekovala ugoditev zahtevku za revizijo, saj mora naročnik spoštovati sklenjene mednarodne pogodbe. Vprašanje, ali je slovenskim gospodarskim subjektom pravno zagotovljen dostop do trga javnih naročil Turčije, pa je Državna revizijska komisija razrešila sama.

Vlagateljevi očitki, da vprašanje vzajemnosti ni vprašanje za organe, ki se z javnimi naročili ne ukvarjajo, in da če se »*vzajemnost v praksi dejansko izvršuje*«, ni stvar nepristojnih ministrstev, da brez vpogleda v te prakse dajejo drugačna stališča, temeljijo na napačni predpostavki oz. napačni interpretaciji zahteve iz točke 3.2 j) Navodil. Kot že pojasnjeno, v sporni določbi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila naročnik ni izenačil pravne vzajemnosti dostopa do trga javnih naročil z dejansko vzajemnostjo dostopa do trgov javnih naročil, kot to želi prikazati vlagatelj, pač pa je zahteval izključno pravno zagotovljen (vzajemen) dostop do trgov javnih naročil.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da ne obstoji sporazum, ki bi gospodarskim subjektom iz Turčije pravno zagotavljal dostop do trga javnih naročil gradenj EU. Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda na spletno stran <https://e-gpa.wto.org/en/Agreement/Latest> ugotavlja, da s Turčijo ni sklenjen sporazum GPA. Da bi bila Turčija podpisnica Sporazuma GPA, vlagatelj tudi ne zatrjuje. Turčija z EU tudi nima sklenjenega mednarodnega sporazuma o odprtju trga javnih naročil (gradenj) v EU. Dostopa do trga javnih naročil ne ureja Pridružitveni sporazum (podpisan v Ankari 12. septembra 1963, objava v UL L 217, z dne 29.12. 1964, vključno z dodatnimi protokoli), kot tudi ne Sporazum o carinski uniji (Sklep št. 1/95 Pridružitvenega sveta ES-Turčija z dne 22. 12. 1995 o izvajanju zaključne faze carinske unije, objavljen v UL L 35, z dne 13. 2.1996, v slovenskem jeziku v UL L 13, z dne 17 .1. 2014). Iz slednjega celo izhaja, da bo pridružitveni svet šele določil datum za začetek pogajanj, katerih cilj je vzajemno odpiranje trgov posameznih pogodbenic za javna naročila (48. člen), kot pa je razvidno iz pojasnila MGRT in MZZ, do teh pogajanj še ni prišlo.

Tudi vlagatelj, ki je sicer v postopku pravnega varstva večkrat navedel, da med EU in Turčijo obstoji *»pravna vzajemnost enakopravnega dostopa do medsebojnih trgov javnih naročil«* (v dopisu z dne 12. 5. 2022 pa tudi, da ima Turčija sklenjen mednarodni sporazum o odprtju trga javnih naročil EU), v utemeljitev teh navedb ni navedel konkretnega sporazuma, s katerim bi bil dogovorjen dostop do trga javnih naročil EU. Pri tem Državna revizijska komisija ponavlja, da je naročnik v točki 3.2 j) Navodil zahteval pravno zagotovljen dostop do trgov javnih naročil EU oz. sklenjen sporazum o odprtju trgov javnih naročil EU, zato upošteva sporno zahtevo niso relevantne vlagateljeve navedbe, da je Turčija vključena v različne programe in agencije Evropske unije, kot tudi ne navedbe, da ima Turčija status kandidatke za članstvo v EU, saj navedeno ne vzpostavlja mednarodnega sporazuma o odprtju trgov javnih naročil EU in posledično pravno zagotovljenega dostopa do trga javnih naročil EU.

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da ne obstoji sporazum, ki bi gospodarskim subjektom iz Turčije (pravno) zagotavljal dostop do trga javnih naročil gradenj Slovenije, kot tudi ne sporazum, ki bi gospodarskim subjektom iz Slovenije (pravno) zagotavljal dostop do trga javnih naročil gradenj Turčije.

Vlagatelj se je v prijavi in v postopku pravnega varstva skliceval na Sporazum o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo, vendar pa Državna revizijska komisija ne more pritrditi vlagatelju, da omenjeni sporazum zagotavlja slovenskim ponudnikom dostop do turškega trga javnih naročil gradenj, prav tako omenjeni sporazum ne zagotavlja gospodarskim subjektom iz Turčije dostop do slovenskega trga javnih naročil gradenj. Iz uvodne izjave omenjenega sporazuma izhaja, da je ta sklenjen v želji, da bi spodbudili in popestrili vzajemno koristne gospodarske in poslovne odnose med državama na stabilni in uravnoteženi podlagi, in z namenom, da bi še bolj okrepili prijateljske odnose v skladu z načeli enakosti, vzajemnega spoštovanja in skupne koristi. Ugotoviti gre sicer, da sta v okviru 5. člena omenjenega sporazuma pogodbenici soglašali, da bosta podpirali sodelovanje med državama na področju industrije in tehnologije, pri čemer sta pogodbenici kot možno področje sodelovanja opredelili tudi gradbeništvo. Vendar omenjene določbe ni mogoče razlagati na način, da je s tem dogovorjen vzajemen dostop do trgov javnih naročil podpisnic sporazuma, pač pa zgolj na način, kot izhaja iz njega, in sicer, da bosta pogodbenici podpirali sodelovanje med državama – sodelovanje med državama na področju gradbeništva pa ne pomeni vzajemnega odprtja trgov javnih naročil gradenj. Tudi MGRT, ki skladno s 3. členom Zakona o ratifikaciji Sporazuma o trgovinskem in gospodarskem sodelovanju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo, skrbi za izvajanje omenjenega sporazuma, je pojasnilo, da državi pogodbenici z omenjenim členom nista uredili dostopa do trgov javnih naročil.

Vlagatelj sicer pravilno ugotavlja, da sta se s Sporazumom o prosti trgovini med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo (objavljen v Uradnem listu RS – Mednarodne pogodbe, št. 11/01) pogodbenici dogovorili za liberalizacijo njihovih trgov javnih naročil, da z veljavnostjo tega sporazuma vsaka pogodbenica na svojem trgu javnih naročil zagotovi družbam druge pogodbenice dostop do postopkov za sklepanje pogodb in pri tem družbe druge pogodbenice niso obravnavane manj ugodno kot družbe iz katere koli druge države, in da pogodbenici pripravita svoje predpise za javna naročila z namenom, da dobaviteljem druge pogodbenice omogočita dostop do postopkov za sklepanje pogodb na njihovih trgih javnih naročil v skladu z določili Sporazuma o vladnih naročilih, sklenjenim v okviru WTO, in sodelovanjem pogodbenic v njem (30. člen omenjenega sporazuma). Vendar pa vlagatelj spregleda, da je omenjeni sporazum prenehal veljati dne 1. 5. 2004 (glej Obvestilo o prenehanju veljavnosti mednarodnih pogodb, objavljeno v Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 17/04). S sklicevanjem na neveljaven sporazum (ki je sicer v času njegove veljavnosti omogočal vzajemen dostop do trgov javnih naročil) vlagatelj ne more utemeljiti pravno zagotovljenega dostopa turških gospodarskih subjektov do slovenskega trga javnih naročil in zagotovljenega dostopa slovenskih gospodarskih subjektov do turškega trga javnih naročil.

Pritrditi gre tudi vlagatelju, da sta Slovenija in Turčija podpisali dokument »*Strateško partnerstvo med Turčijo in Slovenijo*« oz. dokument »*Slovensko-turško strateško partnerstvo*«, podpisan dne 3. 3. 2011, vendar pa gre ugotoviti, da omenjeni dokument ne omogoča dostopa do trga javnih naročil v državah podpisnicah – področje javnega naročanja v tem dokumentu ni niti omenjeno.

Vlagatelj je v utemeljitev izpolnjevanja zahteve iz točke 3.2 j) Navodil zatrjeval tudi, da gospodarski subjekti iz Turčije v Sloveniji izvajajo gradbena dela, oddana na podlagi postopkov javnega naročanja (in sicer izgradnjo druge cevi avtocestnega predora Karavanke ter izgradnjo drugega tira Koper – Divača, kar je splošno znano dejstvo), vendar pretekli dejanski dostop turških gospodarskih subjektov do slovenskega trga javnih naročil gradenj ne vzpostavlja pravnega dostopa omenjenim subjektom do slovenskega trga javnih naročil. Ponoviti gre, da naročniki niso dolžni omogočiti dostopa do trga javnih naročil gospodarskim subjektom iz tretjih držav, ki niso podpisnice ustreznih mednarodnih sporazumov o odprtju trga javnih naročil. Zato zgolj dejstvo, da je bil gospodarskim subjektom iz Turčije (vključno vlagatelju) v preteklosti omogočen dostop do trgov javnih naročil Slovenije, ne omogoča niti sklepanja o obstoju ustreznega mednarodnega sporazuma niti zaključka, da je naročnik v konkretnem postopku javnega naročanja dolžan gospodarskim subjektom iz Turčije omogočiti dostop do slovenskih trgov javnih naročil.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da je zadevni naročnik v postopku javnega naročanja JN007789/2020 štel, da je izpolnjen »*pogoj vzajemnosti v razmerju med Republiko Slovenijo in Republiko Turčijo*« gre pojasniti, da ne glede na vprašanje, na kakšen način je zadevni naročnik v postopku javnega naročanja JN007789/2020 oblikoval zahtevo, vezano na dostop do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije (naročnik namreč zatrjuje, da jo je oblikoval na drugačen način kot v tem postopku, medtem ko vlagatelj temu nasprotuje), gre pojasniti, da (preteklo) stališče naročnika v nekem drugem postopku javnega naročanja ne vzpostavlja obstoja mednarodnega sporazuma, ki vlagatelju omogoča dostop do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije. Poleg tega gre na podlagi vpogleda v odločitev zadevnega naročnika, št. 313721/000241/20-odl-1 z dne 31. 8. 2021, ki jo je vlagatelj priložil zahtevku za revizijo, ugotoviti, da v tistem postopku naročnik vlagatelju ni priznal sposobnosti iz razloga neustrezne priglasitve podizvajalcev, medtem ko iz omenjene odločitve ni razvidno naročnikovo stališče glede izpolnjevanja zahteve, vezane na omejitev dostopa do trgov javnih naročil EU oz. Slovenije. Ker prijave, ki vsebuje že eno neskladnost z zahtevami naročnika, ni mogoče označiti za skladne z zahtevami naročnika, niti ni mogoče sklepati o naročnikovem stališču, ali je vlagatelj v tistem postopku javnega naročanja izpolnil zahtevo, vezano na omejitev dostopa do trga javnih naročil.

Vlagatelj tudi ne more utemeljiti izpolnjevanja zahteve iz točke 3.2 j) Navodil s sklicevanjem na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-183/2020-39 (ki je vsebinsko enaka odločitvi Državne revizijske komisije, št. 018-182/2020-38), ki jo vlagatelj tudi nepravilno razlaga, in sicer, da je v omenjeni odločitvi Državna revizijska komisija ugotovila »*tako formalno (obstoj sporazuma) kot tudi dejansko vzajemnost*«. Najprej gre pojasniti, da se navedena zadeva nanaša na drugačno dejansko in pravno vprašanje ter se bistveno razlikuje od konkretne zadeve. Prva bistvena razlika je v tem, da naročnik v takratnem postopku javnega naročanja (za razliko od konkretnega naročnika) zahteve, vezane na omejitev dostop do trga javnih naročil, v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ni vključil. Druga bistvena razlika pa je v pravnem vprašanju, ki ga je bilo treba razrešiti v navedeni zadevi – v navedeni zadevi je bilo namreč (pravno) vprašanje, ali je (takratni) naročnik kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov, ko gospodarskim subjektom iz LR Kitajske ni omogočil dostopa do konkretnega javnega naročila, medtem ko je gospodarskim subjektom iz Turčije omogočil dostop do javnega naročila, medtem ko je v konkretnem primeru sporno (pravno) vprašanje, ali ima vlagatelj, kot subjekt iz Turčije, pravno zagotovljen dostop do trga javnih naročil EU oz. Slovenije. Državna revizijska komisija v navedeni zadevi ni pritrdila takratnim vlagateljem, da so gospodarski subjekti iz Kitajske v primerljivem pravnem položaju kot gospodarski subjekti iz Turčije, saj (za razliko od Kitajske) je Turčija z EU podpisala pridružitveni sporazum, ima status kandidate za članstvo v EU ter je vključena v nekatere EU programe, obstoji pa tudi Sporazum Slovenija – Turčija; poleg tega pa je takratni naročnik izkazal »*obstoj dejanske vzajemnosti oz. da je gospodarskim subjektom iz EU dejansko omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije*« (slednjemu vlagatelji v postopku pravnega varstva niso nasprotovali in tudi niso zatrjevali, da bi bil gospodarskim subjektom iz EU dejansko omogočen dostop do trgov javnih naročil Kitajske). Državna revizijska komisija zato, ob upoštevanju, da naročnik v takratnem postopku javnega naročanja zahteve, vezane na omejitev dostop do trga javnih naročil, v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ni vključil, ob upoštevanju, da naročnik ni dolžan izključiti subjektov iz tretjih držav, ki nimajo sklenjenega sporazuma o odprtju trga javnih naročila EU oz. Slovenije, in ob upoštevanju, da načelo enakopravne obravnave ponudnikov nalaga, da se primerljivi položaji ne obravnavajo različno in da se različne položaje ne obravnava enako, ni mogla ugotoviti naročnikove kršitve načela enakopravne obravnave ponudnikov, ko je gospodarske subjekte iz Turčije obravnaval drugače kot gospodarske subjekte iz Kitajske. V omenjeni odločitvi Državna revizijska komisija tako ni ugotovila »*formalne (obstoj sporazuma) vzajemnosti*« in, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, ni sprejela stališča, da imajo turški gospodarski subjekti pravno zagotovljen dostop do trga javnih naročil EU oz. da obstoji mednarodni sporazum, ki gospodarskim subjektom s sedežem v Turčiji zagotavlja dostop do trga javnih naročil Slovenije, kar pa je glede na zahtevo iz točke 3.2 j) Navodil v predmetnem postopku javnega naročanja ključno. Res je Državna revizijska komisija (glede na takratno trditveno podlago takratnih strank) pritrdila navedbam takratnega naročnika o obstoju dejanske vzajemnosti oz. da je gospodarskim subjektom iz EU dejansko omogočen dostop do trga javnih naročil Turčije, vendar pa, kot že večkrat pojasnjeno, dejanski dostop do trgov javnih naročil, glede na besedilo točke 3.2 j) Navodil, v tem postopku javnega naročanja ni relevanten. Upošteva se navedeno so tudi neutemeljene navedbe vlagatelja, da je besedilo Izjave 3 identično temu, »*kar je glede turškega trga javnih naročil v sklepu št. 018-183/2020-39 ugotovila Državna revizijska komisija*«. Z Izjavo 3 je namreč gospodarski subjekt izjavil tudi, da obstoji mednarodni sporazum z EU oz. Slovenijo, ki mu omogoča sodelovanje v zadevnem postopku javnega naročila gradnje, Državna revizijska komisija pa, kot že navedeno, v omenjeni odločitvi ni ugotovila obstoja mednarodnega sporazuma, ki turškim gospodarskim subjektom zagotavlja dostop do trga javnih naročil oz. ni ugotovila, da imajo turški gospodarski subjekti pravno zagotovljen dostop do trga javnih naročil EU oz. Slovenije.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da ne obstoji sporazum, ki bi vlagatelju, kot subjektu iz Turčije, pravno zagotavljal dostop do trga javnih naročil gradenj EU,

prav tako ne obstoji sporazum, sklenjen s Slovenijo, ki bi vlagatelju, kot subjektu iz Turčije, pravno zagotavljal dostop do slovenskega trga javnih naročil gradenj in ki bi slovenskim gospodarskim subjektom omogočal dostop do turškega trga javnih naročil gradenj. Ker vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev, ko je slednji zaključil, da zahteva iz točke 3.2.j) Navodil ni izpolnjena in posledično vlagatelju, ki ima sedež v Turčiji, ni omogočil dostopa do zadevnega javnega naročila gradenj tako, da mu sposobnosti za sodelovanje v predmetnem postopku javnega naročila (niti za sklop »C – Škale« niti v sklop »E – Velunja«) ni priznal, je Državna revizijska komisija, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, vlagateljev zahtevk za revizijo kot neutemeljen zavrnila.

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

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

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

Pri predhodnem preizkusu zahtevka za revizijo je Državna revizijska komisija ugotovila, da je vlagatelj preplačal zakonsko določeno višino takse za vložitev zahtevka za revizijo. Zadnja poved drugega odstavka 71. člena ZPVPJN določa, da kadar se zahtevk za revizijo nanaša na odločitev o priznanju sposobnosti, znaša taksa 1.000 eurov. V obravnavanem primeru se zahtevk za revizijo nanaša na naročnikovo odločitev o priznanju sposobnosti in upoštevaje, da vlagatelj z eno vlogo (tj. z enim zahtevkom za revizijo) izpodbija naročnikove odločitve o priznanju sposobnosti v obeh sklopih, je bil vlagatelj za predmetni zahtevk za revizijo dolžan vplačati takso v višini 1.000,00 EUR (in ne 2.000,00 EUR, kot jo je dejansko vplačal). Državna revizijska komisija bo zato na podlagi 2. alineje četrtega odstavka 72. člena ZPVPJN ministrstvu, pristojnemu za finance, naložila vračilo preveč plačane takse.

**Pravni pouk:**

Zoper to odločitev je dovoljen upravni spor. Tožba se vložijo neposredno pisno pri Upravnem sodišču Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana, ali pa se mu pošlje po pošti. Rok za vložitev tožbe je 30 dni od vročitve odločitve Državne revizijske komisije.

Predsednica senata:  
dr. Mateja Škabar  
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj,

- pooblaščenec vlagatelja,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.