

Številka: 018-004/2024-11  
Datum: 15. 2. 2024

## 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 Igorja Luzarja, kot predsednika senata, ter dr. Mateje Škabar, kot članice senata, in Marka Medveda, kot člana senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Novogradnja UL VF*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja CGP, družba za gradbeništvo, inženiring, proizvodnjo in vzdrževanje cest, d.d., Ljubljanska cesta 36, Novo mesto, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Zupančič o.p., d.o.o., Nazorjeva ulica 6A, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Univerza v Ljubljani, Kongresni trg 12, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 15. 2. 2024

### odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi tako, da se postopek oddaje javnega naročila »*Novogradnja UL VF*« razveljavi od vključno vabila kandidatom na pogajanja z dne 14. 11. 2023 dalje.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 31.661,20 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.
3. Zahteva izbranega ponudnika za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.
4. Zahteva naročnika za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.

## Obrazložitev:

Naročnik je po odprtem postopku oddajal javno naročilo »Novogradnja UL VF«. Obvestilo o predmetnem javnem naročilu je bilo na portalu javnih naročil objavljeno dne 25. 7. 2023, pod številko objave JN004884/2023-B01, v Uradnem listu EU pa dne 26. 7. 2023, pod številko objave 2023/S 142-453138. Dne 28. 9. 2023 je naročnik na portalu javnih naročil objavil dokument »Odločitev o izločitvi vseh ponudb«, številka 401-16/2023-20, iz katerega izhaja, da je v okviru omenjenega postopka prejel tri ponudbe, ki jih je zaradi preseganja zagotovljenih sredstev zavrnil kot nedopustne, posledično pa je postopek oddaje predmetnega javnega naročila zaključil brez izbire ponudnika.

Po zaključenem odprtem postopku je naročnik, sklicujoč se na točko b) prvega odstavka 44. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), začel z izvedbo oddaje predmetnega javnega naročila po konkurenčnem postopku s pogajanjem, v okviru katerega obvestila o javnem naročilu ni objavil. Naročnik je z dokumentom »Povabilo k oddaji ponudbe in vabilo na pogajanja«, številka 401-21/2023-2 z dne 19. 10. 2023 (v nadaljevanju tudi: Povabilo z dne 19. 10. 2023), v omenjeni postopek vključil vse tri ponudnike, ki so v predhodno zaključenem odprtem postopku oddali nedopustne ponudbe. Po izvedenih pogajanjih je naročnik dne 4. 12. 2023 na portalu javnih naročil pod številko objave JN008040/2023-L01 objavil prostovoljno obvestilo za predhodno transparentnost, ki ga je dne 5. 12. 2023 pod številko objave 2023/S 234-735902 objavil tudi v Uradnem listu EU. Dne 4. 12. 2023 je naročnik na portalu javnih naročil pod številko objave JN008040/2023-ODL01 objavil še dokument »Odločitev o oddaji naročila«, številka 401-21/2023-30 z dne 28. 11. 2023. Iz omenjenega prostovoljnega obvestila za predhodno transparentnost in dokumenta »Odločitev o oddaji naročila« izhaja, da je naročnik javno naročilo »Novogradnja UL VF« v konkurenčnem postopku s pogajanjem oddal po merilu prvouvrščenemu ponudniku STRABAG d.o.o., Dunajska cesta 155, Ljubljana (v nadaljevanju: izbrani ponudnik).

Vlagatelj, drugouvrščeni ponudnik, je zoper naročnikovo odločitev o oddaji javnega naročila z vlogo z dne 14. 12. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga njeno razveljavitev in zahteva povračilo stroškov postopka pravnega varstva. Po zatrjevanju vlagatelja je naročnik v konkurenčnem postopku s pogajanjem oblikoval dokument Povabilo z dne 19. 10. 2023, ki vsebuje vse elemente dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, vključno z določili za (ponovno) preverjanje sposobnosti. Pri tem naročnik od ponudnikov ni ponovno zahteval vseh dokazil, ampak le dokumente, ki se razlikujejo od dokumentov iz predhodno izvedenega odprtega postopka. Naročnik je torej konkurenčni postopek s pogajanjem v konkretnem primeru izvajal na način, da je od ponudnikov ob predložitvi prve ponudbe zahteval izkazovanje sposobnosti za izvedbo javnega naročila (neobstoj razlogov za izključitev in izpolnjevanje pogojev za sodelovanje), pri čemer je dopuščal spremembo podatkov, ki se nanašajo na prvo fazo konkurenčnega postopka s pogajanjem, tj. na usposobljenost. Navedeno pa pomeni, da bi moral naročnik ponovno presoditi obstoj sposobnosti izbranega ponudnika in o tem izdati ločeno odločitev, kar bi bilo nenazadnje skladno tudi s stališčem Državne revizijske komisije iz zadeve, številka 018-078/2021. Vlagatelj nadalje zatrjuje, da izbrani ponudnik ni izkazal izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, zato bi moral naročnik njegovo ponudbo iz konkurenčnega postopka s pogajanjem izločiti kot nedopustno zaradi:

- neizpolnjevanja referenčnega pogoja, zahtevanega za imenovanega pooblaščenega inženirja/vodjo del s področja elektrotehnike,
- neskladja v ponudbi med podatkom o deležu podizvajanja na eni strani in podatkom o nominalni vrednosti del, ki jih prevzemajo podizvajalci, na drugi strani,
- umanjkanja dokazila o usposobljenosti za izvedbo univerzalnega ožičenja,

- umanjkanja dokazila, da bo izbrani ponudnik, ki se v zvezi z izkazovanjem pogojev za sodelovanje sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov (tj. podizvajalcev), v času izvedbe javnega naročila imel te zmogljivosti tudi dejansko na razpolago,
- navajanja neresničnih oziroma zavajajočih podatkov v zvezi z dokazovanjem referenčnega pogoja glede izvedbe vseh potrebnih del za uspešno validacijo laboratorija za delo z mikroorganizmi.

Izbrani ponudnik, ki ga v predmetnem postopku pravnega varstva zastopa Odvetniška družba Potočnik in Prebil o.p., d.o.o., Ajdovščina 4, Ljubljana, se je z vlogo z dne 20. 12. 2023 izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo. Zatrjuje, da so revizijske navedbe o nedopustnosti njegove ponudbe neutemeljene, zahteva pa tudi povračilo stroškov postopka pravnega varstva.

Naročnik je z odločitvijo, številka 401-21/2023-49 z dne 4. 1. 2024, zahtevke za revizijo zavrnil kot neutemeljenega, posledično pa je zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva ter zahteval, da se povračilo njegovih stroškov naloži vlagatelju. V tej odločitvi naročnik zatrjuje, da:

- izbrani ponudnik s kadrom, imenovanim na funkcijo vodje del za področje elektrotehnike, izpolnjuje zahtevani referenčni pogoj,
- v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni nikjer zahteval, da morajo ponudniki v ponudbi navesti podatek o deležu javnega naročila, ki ga nameravajo oddati v podizvajanje,
- je na portalu javnih naročil z več odgovori z dne 14. 9. 2023 (v okviru odprtega postopka) pojasnil, da ponudnikom tehnične dokumentacije in drugih dokazil v zvezi z dokazovanjem ustreznosti ponujenih sistemov ter tehničnih lastnosti iz popisov del v fazi oddaje ponudbe ni potrebno prilagati,
- je izbrani ponudnik v ponudbi predložil vsa dokazila, ki jih je naročnik zahteval v primeru izpolnjevanja pogojev za sodelovanje s sklicevanjem na zmogljivosti drugih subjektov,
- je izbrani ponudnik že z referenco za Paviljon 3 dokazal izpolnjevanje referenčnega pogoja glede izvedbe vseh potrebnih del za uspešno validacijo laboratorija za delo z mikroorganizmi, zato je vprašanje, ali je naročnik ustrezno preveril tudi preostali dve priglašeni referenci, za odločitev v dani zadevi pravno nepomembno, tudi sicer pa bi bilo potrebno podatek glede izvajalca referenčnega projekta »Objekt QC1 in QC2« šteti kvečjemu za očitno napako, ne pa za navedbo neresničnega oziroma zavajajočega podatka.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 10. 1. 2024 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila in iz predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 10. 1. 2024 opredelil do navedb naročnika iz odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo. V vlogi vztraja tako pri pravovarstvenem predlogu kot tudi pri vseh očitkih in dokazih iz zahtevka za revizijo ter se dodatno opredeljuje do posameznih naročnikovih navedb. (Med drugim) navaja, da naročnik ni oporekal revizijskim navedbam, da bi moral v okviru konkurenčnega postopka s pogajanjem ponovno presoditi obstoj sposobnosti izbranega ponudnika in o tem izdati ločeno odločitev, niti se naročnik do izpostavljenih navedb ni opredelil, kar pomeni, da jih priznava kot nesporne.

Državna revizijska komisija je dne 19. 1. 2024 – ker tega ni storil že naročnik – vlagatelju v seznanitev in opredelitev posredovala vlogo izbranega ponudnika z dne 20. 12. 2023. Vlagatelj se je z vlogo z dne 24. 1. 2024 opredelil do navedb izbranega ponudnika iz posredovane vloge.

Državna revizijska komisija je pri odločanju o zahtevku za revizijo pregledala dokumentacijo o postopku oddaje predmetnega javnega naročila, in sicer tako dokumentacijo, vezano na predhodni odprti postopek, kot tudi dokumentacijo, vezano na konkurenčni postopek s pogajanjem. Državna revizijska komisija je tako vpogledala v dosje predmetnega javnega naročila na portalu

javnih naročil iz obeh omenjenih postopkov, dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila iz obeh omenjenih postopkov, dokument »*Odločitev o izločitvi vseh ponudb*«, številka 401-16/2023-20, iz odprtega postopka, poleg tega pa tudi v prostovoljno obvestilo za predhodno transparentnost, dokument »*Odločitev o oddaji naročila*«, številka 401-21/2023-30 z dne 28. 11. 2023, ter ostalo dokumentacijo iz konkurenčnega postopka s pogajanjem. Po pregledu navedene dokumentacije in dokumentacije, predložene v postopku pravnega varstva, ter po preučitvi navedb vlagatelja, izbranega ponudnika in naročnika, je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo (med drugim) po vsebini smiselno zatrjuje, da je naročnik v konkurenčnem postopku s pogajanjem pripravil dokument Povabilo z dne 19. 10. 2023, ki po vsebini predstavlja dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, vanjo pa je vključil določila za (ponovno) preverjanje sposobnosti ponudnikov (pravilno: kandidatov) za izvedbo javnega naročila. Po (smiselnem) zatrjevanju vlagatelja so morali tako kandidati v konkurenčnem postopku s pogajanjem (ponovno) izkazati neobstoj razlogov za izključitev in izpolnjevanje pogojev za sodelovanje, pri čemer je naročnik v navedenem postopku dopustil tudi, da so kandidati v zvezi z usposobljenostjo navedli drugačne podatke kot v predhodno izvedenem odprtem postopku. Posledično bi moral naročnik – po mnenju vlagatelja – v konkurenčnem postopku s pogajanjem (ponovno) preveriti usposobljenost kandidatov in o priznanju sposobnosti sprejeti ločeno odločitev, ne pa o tem odločiti šele v odločitvi o oddaji javnega naročila.

Državna revizijska komisija na podlagi pregleda dokumentacije o javnem naročilu »*Novogradnja UL VF*« ugotavlja, da naročnik navedeno javno naročilo – po predhodno izvedenem in neuspešno zaključenem odprtem postopku, v katerem so vse tri predložene ponudbe presegle naročnikova zagotovljena sredstva – oddaja po konkurenčnem postopku s pogajanjem, ki je urejen v 44. členu ZJN-3. Ta v prvem odstavku določa, da lahko naročnik to vrsto postopka uporabi le za javno naročanje na splošnem področju, in sicer zgolj za naslednja javna naročila:

- a) */.../*;
- b) za gradnje, blago ali storitve, pri katerih so bile v odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložene le ponudbe, ki niso skladne z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ali ki so prispele prepozno ali za katere je naročnik ugotovil, da so neobičajno nizke, ali ponudbe ponudnikov, ki niso ustrezno usposobljeni, ali ponudbe, katerih cena presega naročnikova zagotovljena sredstva. V primeru iz te točke naročniku v konkurenčnem postopku s pogajanjem ni treba objaviti obvestila o javnem naročilu, če v postopek vključi vse ponudnike, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in zanje ne obstajajo razlogi za izključitev in so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja;
- c) */.../*.

Iz citirane točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 izhaja, da lahko naročnik, če iz razloga neuspešno izvedenega predhodnega postopka izvaja konkurenčni postopek s pogajanjem, slednjega izvede na dva načina (prim. v tej zvezi tudi odločitev Državne revizijske komisije v zadevi, številka 018-154/2023). Prvi način je, da objavi obvestilo o javnem naročilu – v takšnem primeru se na podlagi objavljenega obvestila o javnem naročilu lahko za sodelovanje v konkurenčnem postopku s pogajanjem prijavi vsak gospodarski subjekt (prva poved drugega odstavka 44. člena ZJN-3). Drugi možen način izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanjem iz razloga neuspešno izvedenega predhodnega postopka je razviden iz druge povedi točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3, v skladu s katero lahko naročnik izvede konkurenčni postopek s pogajanjem brez objave obvestila o javnem naročilu.

V primeru, ko naročnik ne zagotovi objave obvestila o javnem naročilu (tj. obvestila, ki se uporablja kot sredstvo za objavo povabila k sodelovanju pri vseh postopkih, razen pri postopku s pogajanjem brez predhodne objave; prim. prvo poved iz 56. člena ZJN-3), se za sodelovanje v konkurenčnem postopku s pogajanjem ne more prijaviti vsak gospodarski subjekt, ampak lahko v njem sodelujejo zgolj gospodarski subjekti, ki jih povabi naročnik. Vendar naročnik v primeru, ko obvestila o javnem naročilu ne objavi, ni prost pri odločitvi, katere gospodarske subjekte bo vključil v konkurenčni postopek s pogajanjem. Ob upoštevanju druge povedi iz točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 mora naročnik v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključiti vse tiste gospodarske subjekte, ki so v predhodno izvedenem postopku izpolnjevali pogoje za sodelovanje in pri katerih niso obstajali razlogi za izključitev ter so predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja.

Ob navedenem Državna revizijska komisija pojasnjuje, da je konkurenčni postopek s pogajanjem – ne glede na pravno podlago, po kateri se izvaja – dvofazni postopek, v katerem naročnik v prvi fazi preveri usposobljenost gospodarskih subjektov za izvedbo javnega naročila oziroma preveri, ali gospodarski subjekti izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in ali pri njih obstajajo razlogi za izključitev, v drugi fazi pa gospodarske subjekte s priznano sposobnostjo povabi k oddaji ponudb in se z njimi lahko tudi pogaja (prim. deveti odstavek 44. člena ZJN-3 in odločitvi Državne revizijske komisije, številka 018-087/2021 ter 018-154/2023).

V tej zvezi velja ponoviti, da naročnik v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključi gospodarske subjekte, ki so v predhodnem postopku izpolnjevali pogoje za sodelovanje, pri njih niso obstajali razlogi za izključitev in so oddali ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami postopka. Ob upoštevanju navedenega in dejstva, da naročnik v prvi fazi preveri usposobljenost gospodarskih subjektov za izvedbo javnega naročila oziroma preveri, ali gospodarski subjekti izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in ali pri njih obstajajo razlogi za izključitev, je Državna revizijska komisija že zavzela stališče, da naročniku ni mogoče očitati kršitve, če kot prvo fazo konkurenčnega postopka s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, šteje predhodno izveden postopek in nadaljuje z drugo fazo konkurenčnega postopka s pogajanjem, tj. s predložitvijo ponudb (gl. odločitev v zadevi, številka 018-154/2023).

V tem smislu navedeno predstavlja poenostavitev postopka oddaje javnega naročila, s tem pa (zgolj) možnost, ki jo ima naročnik v primeru, ko po neuspešno izvedenem postopku izvaja konkurenčni postopek s pogajanjem brez objave obvestila o javnem naročilu. V kolikor se naročnik v takšnem primeru za navedeno poenostavitev postopka oddaje javnega naročila ne odloči, pa mora v okviru konkurenčnega postopka s pogajanjem – zaradi dvofaznosti navedenega postopka – izvesti tako fazo preverjanja sposobnosti kot tudi fazo predložitve ponudb. Pri tem so gospodarski subjekti, ki jih naročnik povabi k sodelovanju v konkurenčnem postopku s pogajanjem in so vključeni v prvo fazo navedenega postopka, kandidati (prim. 8. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3), s predložitvijo ponudb v drugi fazi postopka pa kandidati s priznano sposobnostjo postanejo ponudniki (prim. 7. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3).

Upravno sodišče RS je v sodbi, opr. št. I U 1172/2021-18 z dne 29. 11. 2021, zavzelo stališče, da je treba glede na razlikovanje med pojmom »kandidat« in »ponudnik« 90. člen ZJN-3 razlagati tako, da mora naročnik o priznanju sposobnosti (v prvi fazi konkurenčnega postopka s pogajanjem) sprejeti samostojno odločitev, ne pa o tem odločati šele v odločitvi o oddaji javnega naročila. Navedeni člen namreč po stališču sodišča naročniku v drugem odstavku nalaga, da o

sprejeti odločitvi v zvezi z oddajo javnega naročila obvesti vsakega kandidata (ne le ponudnikov).<sup>1</sup> Odločitev mora vsebovati razloge za zavrnitev prijave vsakega neuspešnega kandidata k sodelovanju (tretja alineja tretjega odstavka 90. člena ZJN-3), poleg tega pa tudi opozorilo o možnem pravnem varstvu, navedbo, kje in v kakšnem roku se vloži zahteva za pravno varstvo, višino takse za postopek pravnega varstva, način njenega plačila ter opozorilo, da je treba zahtevku za revizijo priložiti potrdilo o plačilu takse (enajsti odstavek 90. člena ZJN-3).

Iz navedenega tudi po presoji Državne revizijske komisije izhaja, da mora naročnik v okviru prve faze konkurenčnega postopka s pogajanjem o priznanju sposobnosti sprejeti samostojno odločitev, zoper to odločitev pa mora biti zagotovljena tudi možnost pravnega varstva. Le na ta način je namreč mogoče preprečiti, da bi se šele po sprejemu odločitve o oddaji javnega naročila (tj. šele ob zaključku druge faze postopka) ugotovilo, da je bil v drugo fazo postopka (k oddaji ponudb in morebitnim pogajanjem) povabljen kandidat, ki ne bi smel biti povabljen, ali, nasprotno, da v drugo fazo postopka ni bil povabljen kandidat, ki bi moral biti povabljen.

Da naročnik o priznanju sposobnosti kandidatov odloči v samostojni odločitvi (zoper katero mora biti zagotovljena možnost pravnega varstva), ne pa šele v odločitvi o oddaji javnega naročila, je po presoji Državne revizijske komisije nadalje razvidno tudi iz četrtega odstavka 25. člena ZPVPJN, ki določa rok za vložitev zahtevka za revizijo zoper odločitev o oddaji javnega naročila, neodvisno od tega pa (posebej) še rok za vložitev zahtevka za revizijo zoper odločitev o priznanju sposobnosti.

Nenazadnje pa je pravilnost stališča o priznanju sposobnosti kot samostojni odločitvi potrjena tudi z določbami drugega odstavka 71. člena ZPVPJN, ki se nanašajo na višino takse za zahtevke za revizijo zoper različne odločitve naročnika, sprejete v postopku oddaje javnega naročila. V skladu z drugim odstavkom navedenega člena znaša taksa, kadar se zahtevke za revizijo nanaša na odločitev o oddaji javnega naročila, dva odstotka od cene najugodnejše dopustne ponudbe (z davkom na dodano vrednost) za sklop ali javno naročilo, vendar ne manj kot 500,00 EUR in ne več kot 25.000,00 EUR, kadar se zahtevke za revizijo nanaša na odločitev o priznanju sposobnosti, pa 1.000,00 EUR.

Glede na vse navedeno po presoji Državne revizijske komisije ne more biti dvoma, da se prva faza konkurenčnega postopka s pogajanjem (v primeru, ko naročnik po neuspešno zaključenem postopku izvaja konkurenčni postopek s pogajanjem brez objave obvestila o javnem naročilu in se za poenostavitev postopka ne odloči) zaključí s sprejemom (samostojne) odločitve o priznanju sposobnosti, zoper katero mora biti zagotovljeno pravno varstvo.

Da je konkurenčni postopek s pogajanjem dvofazni postopek, v katerem se tako faza preverjanja sposobnosti kandidatov kot faza predložitve ponudb zaključí s sprejemom samostojne odločitve, izhaja tudi iz odločitve Državne revizijske komisije v zadevi, številka 018-087/2021, na katero se v zahtevku za revizijo – pri utemeljevanju zatrjevane kršitve naročnika v zvezi z opustitvijo sprejema samostojne odločitve o priznanju sposobnosti – sklicuje tudi vlagatelj (ki navedeno odločitev sicer na podlagi očitne pisne pomote označi s številko 018-078/2021). Zoper navedeno odločitev Državne revizijske komisije je bila pred Upravnim sodiščem RS vložena tožba v upravnem sporu, ki pa jo je sodišče (z zgoraj omenjeno) sodbo, opr. št. I U 1172/2021-18 z dne 29. 11. 2021, zavrnilo.

---

<sup>1</sup> Drugi odstavek 90. člena ZJN-3 določa, da naročnik v roku pet dni po končanem preverjanju in ocenjevanju v skladu s prejšnjim členom obvesti vsakega kandidata in ponudnika o sprejeti odločitvi v zvezi s sklenitvijo okvirnega sporazuma, oddajo javnega naročila ali vključitvijo v dinamični nabavni sistem ali kvalifikacijski sistem.

V obravnavanem primeru Državna revizijska komisija na podlagi pregleda dokumentacije o javnem naročilu ugotavlja, da je naročnik v okviru konkurenčnega postopka s pogajanji pripravil dokument Povabilo z dne 19. 10. 2023, ki po vsebini, kot pravilno navaja že vlagatelj, predstavlja dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Da je nenazadnje naročnik navedeno Povabilo tudi sam štel za dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (tj. za razpisno dokumentacijo), je razvidno že iz Povabila samega. Naročnik je namreč v zadnji povedi drugega odstavka navedenega Povabila, ki se nanaša na predmet obravnavanega javnega naročila in vsebino Povabila, zapisal, da se predmet javnega naročila in vsebina razpisne dokumentacije bistveno ne razlikujeta od prvotnega javnega naročila, s tem pa je naročnik Povabilo z dne 19. 10. 2023 tudi sam imenoval »razpisna dokumentacija«.

Pregled Povabila z dne 19. 10. 2023 oziroma dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila nadalje pokaže, da je naročnik v navedeno dokumentacijo (med drugim) vključil poglavje z naslovom »Pogoji za ugotavljanje sposobnosti in navodila o načinu dokazovanja sposobnosti ponudnika«, v okviru katerega je v točki 2. zapisal:

*»Da bo ponudba ustrezna, morajo ponudniki izpolnjevati vse pogoje in zahteve, navedene v tej točki navodil.«*

Naročnik je v točko 2. vključil (tudi) podtočko »D) Podatki za ugotavljanje sposobnosti ponudnika (75. - 81. člen ZJN-3)«, v okviru katere je med drugim določil:

*»Naročnik bo iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključil gospodarski subjekt tudi v naslednjih primerih:*

- a) če lahko naročnik na kakršen koli način izkaže kršitev obveznosti iz drugega odstavka 3. člena tega zakona;*
- b) če se je nad gospodarskim subjektom začel postopek zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja po zakonu, ki ureja postopek zaradi insolventnosti in prisilnega prenehanja, ali postopek likvidacije po zakonu, ki ureja gospodarske družbe, če njegova sredstva ali poslovanje upravlja upravitelj ali sodišče, ali če so njegove poslovne dejavnosti začasno ustavljene, ali če se je v skladu s predpisi druge države nad njim začel postopek ali pa je nastal položaj z enakimi pravnimi posledicami;*
- c) če lahko naročnik z ustreznimi sredstvi izkaže, da je gospodarski subjekt zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil, zaradi česar je omajana njegova integriteta;*
- č) če lahko naročnik upravičeno sklepa, da je gospodarski subjekt z drugimi gospodarskimi subjekti sklenil dogovor, katerega cilj ali učinek je preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco. Šteje se, da je sklepanje naročnika iz prejšnjega stavka upravičeno, če organ, pristojen za varstvo konkurence, na podlagi prijave naročnika v 15 dneh naročniku sporoči, da bo uvedel postopek ugotavljanja kršitve;*
- d) če nasprotja interesov iz tretjega odstavka 91. člena tega zakona ni mogoče učinkovito odpraviti z drugimi, blažjimi ukrepi;*
- e) če izkrivljanja konkurence zaradi predhodnega sodelovanja gospodarskih subjektov pri pripravi postopka javnega naročanja v skladu s 65. členom tega zakona ni mogoče učinkovito odpraviti z drugimi, blažjimi ukrepi;*
- f) če so se pri gospodarskem subjektu pri prejšnji pogodbi o izvedbi javnega naročila ali prejšnji koncesijski pogodbi, sklenjeni z naročnikom, pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključne obveznosti, zaradi česar je naročnik predčasno odstopil od prejšnjega naročila oziroma pogodbe ali uveljavljal odškodnino ali so bile izvedene druge primerljive sankcije;*
- g) če je gospodarski subjekt kriv dajanja resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih zaradi preverjanja obstoja razlogov za izključitev ali izpolnjevanja pogojev za*

sodelovanje, ali če ni razkril teh informacij ali če ne more predložiti dokazil, ki se zahtevajo v skladu z 79. členom tega zakona;

h) če je gospodarski subjekt poskusil neupravičeno vplivati na odločanje naročnika ali pridobiti zaupne informacije, zaradi katerih bi lahko imel neupravičeno prednost v postopku javnega naročanja, ali iz malomarnosti predložiti zavajajoče informacije, ki bi lahko pomembno vplivale na odločitev o izključitvi, izboru ali oddaji javnega naročila.

*Dokazila:*

*Enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila – ESPD, ki ga ponudnik izpolni na spletni strani [ESPD - Portal GOV.SI](https://gov.si), Del III: Razlogi za izključitev.«*

Dalje je naročnik v omenjeno točko 2. vključil podtočko »E) Podatki o tehnični in kadrovski sposobnosti (76. in 77. člen ZJN-3)«, v okviru katere je (med drugim) določil tudi pogoje za sodelovanje (pogoji od podtočke e.1 do e.5) ter dokazila, ki jih je bilo treba predložiti za dokazovanje izpolnjevanja teh pogojev, v nadaljevanju pa je v zvezi z omenjenimi pogoji določil še:

*»Opomba: Ponudnik izpolni in priloži obrazce iz točke E) le v primeru, da določen subjekt, s katerim se izkazuje izpolnjevanje posameznega pogoja iz točke E), ni isti kot v ponudbi, ki jo je ponudnik oddal v predhodno izvedenem odprtem postopku.«*

Iz predložene spisovne dokumentacije naročnika nadalje izhaja, da je naročnik, kot to pravilno navaja vlagatelj, na vprašanje enega od kandidatov v konkurenčnem postopku, ki ga je prejel dne 23. 10. 2023 prek portala e-JN, na navedenem portalu objavil naslednji odgovor (odgovore naročnika, objavljene na portalu e-JN in s tem razvidne kandidatom, povabljenim v konkurenčni postopek s pogajanjem, je v skladu z zadnjo povedjo prvega odstavka 67. člena ZJN-3 treba šteti za del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila):

#### VPRAŠANJE

*»Spoštovani Glede na to, da ste pri prvem neuspelem postopku ugotovili, da izpolnjujemo vse pogoje za sodelovanje sprašujemo, katere obrazce moramo priložiti v novem postopku. Nenavadno bi bilo, da bi spet vse obrazce ponovno pridobivali. Prosimo, da točno navedete katere obrazce moramo priložiti. Hvala.«*

#### ODGOVOR

*»Ponudniku ni potrebno predložiti prilog št. 1, 1a, 1b, 1c, 4 - 8 (obrazci, ki se nanašajo na referenčne pogoje), 9, 10 in 17, v kolikor so podatki navedeni na predmetnih prilogah nespremenjeni v primerjavi z obrazci oddanimi v odprtem postopku.«*

Dne 25. 10. 2023 je naročnik na vprašanje enega od kandidatov v konkurenčnem postopku s pogajanjem, prejeto prek portala e-JN, na navedenem portalu objavil naslednji odgovor:

#### VPRAŠANJE

*»Kako pa je z ESPD-ji, ali jih moramo spet prilagati?«*

#### ODGOVOR

*»Da.«*



Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jo je pripravil v konkurenčnem postopku s pogajanjem, v točki 2. (med drugim) določil ne le pogoje za sodelovanje ter dokazila o izpolnjevanju slednjih na eni strani (podtočka E navedene dokumentacije), temveč tudi razloge za izključitev in ESPD kot dokazilo o neobstoju izključitvenih razlogov na drugi strani (podtočka D navedene dokumentacije). Iz tega pa sledi, da je naročnik v konkurenčnem postopku s pogajanjem od kandidatov (ponovno) zahteval informacije za ugotavljanje sposobnosti ter z njimi povezana dokazila, pri čemer je v omenjeni točki 2. določil še, da morajo ponudniki (pravilno: kandidati) izpolnjevati vse pogoje in zahteve iz te točke, torej tudi pogoje za sodelovanje ter zahteve v zvezi z razlogi za izključitev.

Pri tem je naročnik dopustil, da v primeru, ko so v konkurenčnem postopku s pogajanjem podatki na prilogah št. 1, 1a, 1b, 1c, 4 - 8 (tj. na obrazcih, ki so se nanašali na referenčne pogoje) ostali nespremenjeni v primerjavi s podatki na obrazcih, oddanih v predhodno izvedenem odprtem postopku, kandidatom navedenih prilog v konkurenčnem postopku s pogajanjem ni bilo treba (ponovno) predložiti (prim. zgoraj citirano opombo v podtočki E in odgovora naročnika na zastavljeni vprašanji prek portala e-JN). Drugače povedano to pomeni, da so morali kandidati v konkurenčnem postopku s pogajanjem predložiti (zgolj) ESPD ter tista izmed zahtevanih dokazil v zvezi s pogoji za sodelovanje, ki so – v primerjavi z dokazili iz predhodno izvedenega odprtega postopka – vsebovala spremenjene podatke.

Iz navedenega pa sledi dvoje. Prvič, da so lahko v konkretnem primeru kandidati v konkurenčnem postopku s pogajanjem spremenili podatke, ki so jih v zvezi z usposobljenostjo navedli v predhodno izvedenem odprtem postopku. In drugič, da so bila posledično v konkretnem primeru v konkurenčnem postopku s pogajanjem v povezavi z zahtevanimi informacijami glede usposobljenosti kandidatov relevantna tako dokazila, predložena v konkurenčnem postopku s pogajanjem, kot tudi dokazila, predložena v predhodno izvedenem odprtem postopku.

Upošteva dejstvo, da je naročnik v okviru konkurenčnega postopka s pogajanjem (ponovno) določil pogoje za sodelovanje in razloge za izključitev, katerih izpolnjevanje oziroma neobstoj so morali kandidati v navedenem postopku tudi dokazati, pa ne more biti dvoma, da se naročnik za poenostavitev postopka oddaje javnega naročila, ko bi za prvo fazo postopka štel predhodno izvedeni odprti postopek, v konkretnem primeru ni odločil. S tem, ko je v konkurenčnem postopku s pogajanjem od kandidatov, povabljenih v ta postopek, (ponovno) zahteval predložitev informacij za ugotavljanje sposobnosti ter z njimi povezanih dokazil, si je namreč naročnik po presoji Državne revizijske komisije sam naložil (tudi) breme ocene predloženih informacij, posledično pa breme izvedbe prve faze navedenega postopka (tj. preverjanje sposobnosti kandidatov). Le na podlagi ocene predloženih informacij oziroma preverjanja sposobnosti kandidatov (v prvi fazi postopka) bi namreč naročnik lahko ugotovil, ali kandidati izpolnjujejo pogoje za sodelovanje oziroma ali pri njih ne obstajajo razlogi za izključitev, kot je to zahteval v točki 2. dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Drugače povedano: le na podlagi izvedene prve faze postopka bi naročnik lahko ugotovil, kateri kandidati izpolnjujejo zahteve v zvezi z usposobljenostjo, določene v konkurenčnem postopku s pogajanjem, posledično pa se lahko uvrstijo v drugo fazo navedenega postopka.

V tej zvezi gre ponoviti, da so lahko kandidati – glede na določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila – v konkurenčnem postopku s pogajanjem spremenili podatke, ki so jih v zvezi z usposobljenostjo navedli v predhodno izvedenem odprtem postopku. Še toliko bolj smiselna se zato zdi ugotovitev, da naročnik v konkretnem primeru predhodno izvedenega odprtega postopka ni štel za prvo fazo konkurenčnega postopka s pogajanjem, posledično pa je bil dolžan prvo fazo navedenega postopka šele izvesti in (ponovno) preveriti usposobljenost kandidatov. Glede na dejstvo, da so lahko kandidati v konkurenčnem postopku s pogajanjem spremenili podatke v zvezi

z usposobljenostjo, ocena o usposobljenosti kandidatov iz predhodno izvedenega odprtega postopka zato že po naravi stvari ni mogla biti relevantna (tudi) v konkurenčnem postopku s pogajanjem. Navedeno tako le še dodatno potrjuje zaključek, da bi moral naročnik v konkretnem primeru v okviru prve faze konkurenčnega postopka s pogajanjem preveriti usposobljenost kandidatov.

Ker bi moral naročnik v konkretnem primeru v okviru prve faze konkurenčnega postopka s pogajanjem (ponovno) preveriti usposobljenost kandidatov, pa bi moral posledično, kot že pojasnjeno, o priznanju sposobnosti tudi sprejeti samostojno odločitev. S tem, ko naročnik tega ni storil (kar med strankama ni sporno, pokaže pa tudi pregled spisovne dokumentacije), pač pa je o usposobljenosti kandidatov odločal šele v odločitvi o oddaji javnega naročila, je zato po presoji Državne revizijske komisije kršil 90. člen ZJN-3 in načeli transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3)<sup>2</sup> ter enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3)<sup>3</sup>, posledično pa je bilo treba zahtevku za revizijo ugoditi (druga alineja prvega odstavka 39. člena ZPVPJN).

Vlagatelj je v okviru pravovarstvenega predloga v primeru ugoditve zahtevku za revizijo predlagal razveljavitev odločitve o oddaji javnega naročila. Ker pa pravovarstveni predlog ni obvezna sestavina zahtevka za revizijo (prim. 15. člen ZPVPJN), Državna revizijska komisija nanj že po naravi stvari ne more biti vezana. Ob dejstvu, da Državna revizijska komisija na vlagateljev pravovarstveni predlog ni vezana, ugotovljenih kršitev naročnika pa v konkretnem primeru ni bilo mogoče sanirati (zgolj) z razveljavitvijo odločitve o oddaji javnega naročila, je Državna revizijska komisija v skladu z drugo alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN postopek oddaje javnega naročila »Novogradnja UL VF« razveljavila od vključno vabila kandidatom na pogajanja z dne 14. 11. 2023 dalje. Le na ta način je bilo namreč v konkretnem primeru mogoče sanirati ugotovljene kršitve naročnika.

Ker je Državna revizijska komisija zahtevku za revizijo ugodila že na podlagi ugotovljenega, se v nadaljevanju ni opredeljevala do preostalih vlagateljevih očitkov, ki se (v pretežni meri) nanašajo na usposobljenost izbranega ponudnika za izvedbo javnega naročila, posledično pa je v tej zvezi predlagane dokaze vlagatelja, naročnika ter izbranega ponudnika zavrnila kot nepotrebne. Vsebinska obravnava teh očitkov odločitve Državne revizijske komisije v obravnavani zadevi namreč ne bi več mogla spremeniti. Ne glede na navedeno pa ne gre spregledati, da ima tudi sicer naročnik pravico in dolžnost, da o usposobljenosti kandidatov najprej odloči sam v postopku oddaje javnega naročila (smiselno prim. tretji odstavek 90. člena ZJN-3), ne da bi Državna revizijska komisija z odločitvijo o zahtevku za revizijo v postopku pravnega varstva vnaprej prejudicirala navedeno naročnikovo odločitev.

V skladu s tretjim odstavkom 39. člena ZPVPJN daje Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka. Ker je Državna revizijska komisija postopek oddaje predmetnega javnega naročila razveljavila od vključno vabila kandidatom na pogajanja z dne 14. 11. 2023, naj torej naročnik, v kolikor se bo odločil nadaljevati postopek, v nadaljevanju – v skladu z določbami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila iz konkurenčnega postopka s pogajanjem – najprej v prvi fazi postopka preveri usposobljenost kandidatov in o tem sprejme

---

<sup>2</sup> V skladu s 6. členom ZJN-3 mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku. Postopki javnega naročanja po tem zakonu so javni, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami obvestil glede javnih naročil na portalu javnih naročil ali na portalu javnih naročil in v Uradnem listu Evropske unije.

<sup>3</sup> V skladu s 7. členom ZJN-3 mora naročnik zagotoviti, da med ponudniki na vseh stopnjah postopka javnega naročanja in glede vseh elementov ni razlikovanja, upošteva vzajemno priznavanje in sorazmernost zahtev naročnika glede na predmet naročila. Dalje mora naročnik zagotoviti, da ne ustvarja okoliščin, ki pomenijo krajevno, stvarno ali osebno diskriminacijo ponudnikov, diskriminacijo, ki izvira iz klasifikacije dejavnosti, ki jo opravlja ponudnik, ali drugo diskriminacijo.

samostojno odločitev, drugo fazo postopka pa nadaljuje (zgolj) s kandidati s priznano sposobnostjo.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo in vlogah z dne 10. 1. 2024 ter 24. 1. 2024 zahteval tudi povračilo stroškov postopka pravnega varstva.

Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik v skladu s tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku, vključno s takso.

Državna revizijska komisija je glede na navedeno vlagatelju na podlagi 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: OT) kot potrebne priznala naslednje opredeljene navedene stroške:

- strošek odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo v višini 9.000 točk (tar. št. 44/1 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke 0,60 EUR in 22 % DDV (pooblaščenca odvetniška družba je zavezanica za plačilo DDV) znaša 6.588,00 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku v višini 100 točk (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk in 1 % od presežka nad 1.000 točk), izračunane v skladu s tretjim odstavkom 11. člena OT, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 73,20 EUR, ter
- strošek plačane takse za predrevizijski in revizijski postopek v višini 25.000,00 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroška odvetniških storitev za vloge z dne 10. 1. 2024 ter 24. 1. 2024, posledično pa tudi ne izdatkov v zvezi z navedenima vlogama. Ti stroški po oceni Državne revizijske komisije niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena), saj navedbe v omenjenih vlogah niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 31.661,20 EUR. Naročnik je vlagatelju stroške v navedeni višini dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

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

Izbrani ponudnik je v vlogi z dne 20. 12. 2023 zahteval povrnitev stroškov, ki so mu nastali v postopku pravnega varstva. Državna revizijska komisija je njegovo stroškovno zahtevo zavrnila, saj je ocenila, da prispevek izbranega ponudnika k rešitvi zadeve ni bil bistven, navedbe v njegovi vlogi z dne 20. 12. 2023 pa niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve, zato stroški izbranega ponudnika niso bili potrebni (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

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

Tudi naročnik je v odločitvi, s katero je zavrnil zahtevek za revizijo, zahteval povračilo stroškov postopka pravnega varstva.

V tej zvezi gre najprej pojasniti, da naročnik v predrevizijskem postopku na podlagi določb ZPVPJN sprejema odločitve v vlogi organa odločanja oziroma pravnega varstva (1. alineja 2. člena ZPVPJN v povezavi z 28. členom ZPVPJN), ne pa v vlogi stranke predrevizijskega postopka (prvi odstavek 3. člena ZPVPJN), zato do povrnitve stroškov ni upravičen. Poleg tega je v konkretnem primeru treba dodati še, da naročnik zahtevanih stroškov tudi ni specificiral in ni pojasnil, povračilo katerih stroškov ter v kolikšnem znesku zahteva. Drugače povedano to pomeni, da naročnik ni opredeljeno navedel stroškov, katerih povračilo je zahteval (prim. sedmi odstavek 70. člena ZPVPJN), kar le še dodatno potrjuje, da stroškovni zahtevi naročnika ni mogoče ugoditi.

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

**Pravni pouk:**

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

Predsednik senata:  
Igor Luzar, univ. dipl. prav.,  
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročniku,
- vlagatelju – po pooblaščenju,
- izbranemu ponudniku – po pooblaščenju,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.