

Številka: 018-154/2023-10

Datum: 30. 1. 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 Aleksandra Petrovčiča, kot predsednika senata, ter Sama Červeka in dr. Mateje Škabar, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Izgradnja kampusa Vrazov trg Medicinska fakulteta UL (KVTI)*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Inobačka, d.o.o., Novi Sad, Železnička 3, Novi Sad, Republika Srbija, ki ga po pooblastilu zastopa odvetnik Tomaž Čad, Miklošičeva cesta 20, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Univerza v Ljubljani, Kongresni trg 12, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 30. 1. 2024

odločila:

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

Obrazložitev:

Naročnik je izvajal odprti postopek oddaje javnega naročila »*Izgradnja kampusa Vrazov trg Medicinska fakulteta UL (KVTI)*«, za katerega je bilo obvestilo o javnem naročilu objavljeno na portalu javnih naročil dne 31. 7. 2023, pod št. objave JN005021/2023-B01, in v Uradnem listu EU dne 1. 8. 2023, pod št. objave 2023/S 146-467596 (v nadaljevanju tudi: predhodni odprti postopek). V omenjenem postopku je naročnik z dokumentom »*Odločitev o izločitvi vseh ponudb*« z dne 26. 10. 2023 odločil, da se postopek zaključi brez izbire ponudnika, ker so vse tri prejete ponudbe nedopustne. Naročnik je ugotovil, da vse ponudbe presegajo zagotovljena sredstva, v zvezi s ponudbo, ki jo je oddal vlagatelj skupaj s partnerjema Inobačka, d.o.o., Novi Sad – podružnica Inobačka S (v trenutku oddaje s sedežem v Zgornje Gorje, sedaj s sedežem v) Lendav[a], in W.D. Concord West, d.o.o., Beograd (Državna revizijska komisija v nadaljevanju tega sklepa za ponudbo, ki jo je predložila omenjena skupina ponudnikov, katere del je tudi

vlagatelj, zaradi preglednosti uporablja besedno zvezo »vlagateljeva ponudba«) pa je naročnik še ugotovil, da vlagatelj:

- za vodjo gradnje ni izkazal izpolnjevanja pogojev za vpis v imenik vodij del,
- za gospodarski subjekt Inobačka, d.o.o., Novi Sad, ni predložil ustreznega dokazila o neobstoju izključitvenih razlogov iz prvega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3),
- za subjekt Inobačka, Novi Sad – podružnica Inobačka S, Lendava, ni predložil dokazila o ekonomsko-finančni sposobnosti,
- za gospodarski subjekt Inobačka, d.o.o., Novi Sad, in W.D. Concord West, d.o.o., Beograd ni predložil ustreznega dokazila o neobstoju razlogov iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3.

Po zaključenem odprtem postopku je naročnik, sklicujoč se na b) točko prvega odstavka 44. člena ZJN-3, začel z izvedbo oddaje javnega naročila po konkurenčnem postopku s pogajanjem, v okviru katerega naročnik obvestila o javnem naročilu ni objavil. Naročnik je z dokumentom »Povabilo k oddaji ponudbe ter vabilo na pogajanja« z dne 10. 11. 2023 (v nadaljevanju: Povabilo) v ta postopek vključil oba ponudnika, ki sta v predhodnem odprtem postopku oddala nedopustni ponudbi iz razloga presegevanja zagotovljenih sredstev, medtem ko vlagatelja ni vključil v postopek.

Vlagatelj je z vlogo z dne 4. 12. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve o priznanju sposobnosti, če pa naročnik takšne odločitve ni sprejel, pa prvo povabilo k oddaji ponudbe, ter povrnitev stroškov pravnega varstva. Vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku očita kršitve določb ZJN-3 in temeljnih načel javnega naročanja, ker vlagatelja ni vključil v konkurenčni postopek s pogajanjem.

1. Konkurenčni postopek s pogajanjem je tudi v primeru neuspešno izvedenega odprtega postopka dvofazni postopek in ne predstavlja le nadaljevanja neuspešnega zaključenega odprtega postopka, temveč nov postopek. V tem novem postopku je naročnik dolžan znova preveriti izpolnjevanje pogojev za sodelovanje in neobstoje izključitvenih razlogov, kar izhaja iz šestnajstega odstavka 44. člena ZJN-3. Predhodne ugotovitve naročnika iz pravnomočno zaključenega odprtega postopka ne vplivajo na nov postopek. Pravnomočnost naročnikove odločitve o neoddaji javnega naročila se nanaša le na postopek javnega naročanja, v katerem je bila odločitev sprejeta, ne pa tudi na nov postopek javnega naročanja. Iz 44. uvodne izjave Direktive 2014/24 izhaja, da je naročnik zavezan v konkurenčni postopek s pogajanjem vključiti vse ponudnike, ki so v predhodnem postopku oddali nepravilne in nesprejemljive ponudbe, z namenom, da se te nepravilnosti in nesprejemljivosti odpravijo. Če se naročnik pogaja le z nekaterimi ponudniki z namenom odprave le ene nesprejemljivosti ali nepravilnosti, ne pa tudi druge nesprejemljivosti, krši načelo enakopravne obravnave ponudnikov in načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki, kar izhaja tudi iz sodne prakse Sodišča EU. Naročnik v novem postopku ni ponovno preveril, ali vlagatelj izpolnjuje pogoje za sodelovanje in ali pri vlagatelju obstojijo izključitveni razlogi in vlagatelja ni pozval na predložitev dokazil, ampak je nepravilno ugotovil, da pri vlagatelju obstojijo izključitveni razlogi in da ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje.
2. Vlagateljeva ponudba je že v predhodnem odprtem postopku izpolnjevala vse zahteve naročnika. Iz predloženih dokazil o nekaznovanosti za gospodarski subjekt Inobačka, d.o.o., Novi Sad, je razvidno, da omenjeni gospodarski subjekt še ni bil kaznovan za kazniva dejanja, naštetá v 75. členu ZJN-3. Naročnik je tudi nepravilno zaključil, da imenovani vodja gradnje na dan poteka roka za predložitev ponudb ni izpolnjeval pogojev za vpis v imenik vodij del. Med subjektom Inobačka, d.o.o., Novi Sad – podružnica Inobačka S, Lendava, in nominiranim kadrom je bila že pred potekom roka za predložitev ponudb sklenjena pogodba o zaposlitvi s krajšim delovnim časom, kar vlagatelj dokazuje s predložitvijo pogodbe o zaposlitvi in obrazcem M-1. Naročnik ni bil upravičen pozvati vlagatelja na dokazilo o ekonomsko-finančni sposobnosti za subjekt Inobačka, Novi Sad – podružnica Inobačka S,

Lendava, saj ta subjekt ne more biti ponudnik v skupni ponudbi, ker podružnica ni pravna oseba, ampak je le organizacijski del matičnega podjetja. Naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni zahteval, da ponudniki izpolnjevanje obveznosti iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 izkažejo na dan poteka roka za predložitev ponudb, zato ni imel podlage, da je kot neustrezna šteje dokazila, ki izkazujejo stanje na dan po poteku roka za oddajo ponudb.

3. Če je naročnik menil, da katero izmed predloženih dokazil pomanjkljivo, bi moral vlagatelja v novem oz. v tem postopku pozvati na dopolnitev, saj je zavezan v tem postopku ponovno preveriti (ne)obstoj izključitvenih razlogov in pogojev za sodelovanje. Vlagatelj je bil neenakopravno obravnavan, ker je naročnik pri ponudnikih, ki ju je povabil v ta postopek, preveril (ne)obstoj izključitvenih razlogov in pogojev za sodelovanje, pri vlagatelju pa ne, poleg tega je naročnik pri konkurenčnih ponudnikih sam preverjal obstoj izključitvenih razlogov, medtem ko je vlagatelja pozval na predložitev dokazil, ni pa ga želel pozvati na odpravo morebitnih pomanjkljivosti dokazil oz. pojasnilo navedenih dokazil. Naročnik ponudb, ki jih je mogoče popraviti, ne sme šteti za nepravilne oz. nedopustne, saj v nasprotnem primeru ni utemeljena uporaba konkurenčnega postopka, ki je manj transparenten. Če bi se naročniku dovolila diskrecijska pravica pri odločanju, katere ponudnike bo vključil v konkurenčni postopek in da ni dolžan vključiti vseh ponudnikov, ki so v predhodnem postopku predložili ponudbe s pomanjkljivostmi, ki se lahko odpravijo skladno s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, bi mu bila dodeljena možnost arbitrarnega vplivanja na končno izbiro ponudnika. V konkretni postopek sta bila vključena le dva ponudnika, zato je bil naročnik na podlagi četrtega odstavka 82. člena ZJN-3 dolžan vlagatelja vključiti v predmetni postopek oddaje javnega naročila.

Naročnik je z Odločitvijo z dne 11. 12. 2023 zavrnil zahtevek za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov.

1. Napačno je vlagateljevo stališče, da je naročnik v novem konkurenčnem postopku s pogajanjem dolžan ponovno preveriti izpolnjevanje pogojev za sodelovanje in neobstoj izključitvenih razlogov ter da predhodne ugotovitve naročnika iz pravnomočno zaključenega postopka ne morejo vplivati na nov postopek. Kot prva faza postopka (tj. faza prejema prijav za sodelovanje in ocena izpolnjevanja pogojev za priznanje sposobnosti) šteje predhodno izveden odprti postopek, naročnik pa gospodarske subjekte, ki jih vključi v postopek, neposredno povabi k oddaji prvih ponudb v smislu devetega odstavka 44. člena ZJN-3. Katere pogoje mora gospodarski subjekt izpolnjevati, da ga naročnik povabi k sodelovanju, določa druga poved b) točke prvega odstavka 44. člena ZJN-3. Ker vlagatelj v predhodnem odprtem postopku ni izpolnjeval pogojev za sodelovanje in ni ustrezno izkazal, da zanj ne obstojijo razlogi za izključitev, naročnik vlagatelja v konkurenčni postopek ni vključil. Zakonodajalec je z določitvijo pogojev za izvedbo konkurenčnega postopka s pogajanjem brez objave obvestila o javnem naročilu že sam ocenil, pod katerimi pogoji je izvedba tega postopka skladna s temeljnimi načeli javnega naročanja, zato (ob izpolnjevanju teh pogojev) ni potrebna nadaljnja presoja o tem, ali je izbira postopka s strani naročnika skladna s temeljnimi načeli javnega naročanja.
2. Naročnik navaja, da se dokazilo o neobstoju izključitvenega razloga iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3, ki ga je vlagatelj predložil v odprtem postopku, nanaša le na odprte kazenske postopke, ne pa tudi na že izrečene kazenske obsodbe. Zaključek o tem, da vlagatelj za vodjo gradnje ni izkazal izpolnjevanja pogojev za vpis v imenik vodij del, je naročnik sprejel na podlagi dokazil, ki jih je predložil vlagatelj. Za presojo naročnikovega ravnanja pa niso relevantna dokazila, ki pa jih je vlagatelj priložil v tem postopku pravnega varstva in s katerimi naročnika v predhodnem postopku ni seznanil. Vlagatelj pravilno navaja, da podružnica ni pravna oseba in posledično, da vlagatelju za subjekt Inobačka, d.o.o., Novi Sad – podružnica S, Lendava, ni bilo treba priložiti dokazil. Vendar pa to zgolj potrjuje, da vlagatelj upravičeno ni bil vključen v nov postopek, saj vlagateljova ponudba ni bila skladna s formalnimi

zahtevami, ker podružnica ne more biti ponudnik (v skupnem nastopu), vlagatelj pa je podružnico predstavil kot ponudnika v skupnem nastopu. Presečni datum za preverjanje neobstoja izključitvenega razloga iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 je dan poteka roka za predložitev ponudb.

3. Naročnik ima diskrecijsko pravico, da na podlagi petega odstavka 89. člena ZJN-3 poziva na popravo ponudbe. Ker naročnik drugih ponudnikov v odprtem postopku ni pozval na odpravo pomanjkljivosti, mu ni mogoče očitati kršitve načela enakopravne obravnave ponudnikov.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 13. 12. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 14. 12. 2023, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah, in dodaja, da se je naročnik v predhodnem odprtem postopku z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila zavezal, da bo ponudnike pozval na odpravo ugotovljenih pomanjkljivosti. Vlagatelj še dodaja, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteval, da mora vodja gradnje izpolnjevati zahteve iz 19. člena Gradbenega zakona (Uradni list RS, št. 199/21 s sprem., v nadaljevanju: GZ-1) oz. 7. člena Zakona o arhitekturni in inženirski dejavnosti (Uradni list RS, št. 61/17, v nadaljevanju: ZAID). Ker torej vodji gradnje ni bilo treba izpolnjevati zahtev tako iz GZ-1 kot tudi iz ZAID, in ker slednji ne določa zahteve, vezane na pogodbo o zaposlitvi, predložena pogodba o zaposlitvi ni ključna za presojo izpolnjevanja pogoja za sodelovanje. Vodja gradnje je izpolnjeval zahteve iz 7. člena ZAID.

Naročnik se je z vlogo z dne 20. 12. 2023 opredelil do navedb vlagatelja v vlogi z dne 14. 12. 2023. Vlagatelj v vlogi z dne 22. 12. 2023 navaja, da Državna revizijska komisija vloge naročnika z dne 20. 12. 2023 v tem postopku ne sme upoštevati, saj takšne vloge ZPVPJN ne predvideva, poleg tega pa je vlagatelj imel na voljo le tri dni za opredelitev do navedb naročnika, naročnik pa je svoj odgovor na vlagateljeve navedbe podal v petih delovnih dneh.

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, vključno z vlagateljevo ponudbo, kot dokumentacijo, vezano na konkurenčni postopek s pogajanji. Državna revizijska komisija je vpogledala v vso listinsko dokumentacijo, ki jo je zahtevku za revizijo priložil vlagatelj. Po pregledu navedene dokumentacije in dokumentacije predrevizijskega postopka, ter po preučitvi navedb vlagatelja in naročnika, je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Uvodoma Državna revizijska komisija v zvezi z vlagateljevim prizadevanjem za neupoštevnost naročnikove vloge z dne 20. 12. 2023 pojasnjuje, da ZPVPJN izrecno ne predvideva, da se naročnik po sprejemu odločitve o zahtevku za revizijo opredeli do navedb vlagatelja v vlogi, podani v skladu s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN. Vendar pa ZPVPJN naročniku tega tudi izrecno ne prepoveduje. Poleg tega ima naročnik tako v skladu z 11. členom ZPVPJN kot tudi v skladu s tretjim odstavkom 32. člena ZPVPJN pravico, da se izreče o navedbah nasprotne stranke oz. o pridobljenih dokazih, dejstvih in navedbah v postopku pravnega varstva, ki jih je v postopku pridobila Državna revizijska komisija – v obravnavanem postopku pravnega varstva pa je Državna revizijska komisija prejela vlagateljevo vlogo. Za zagotovitev kontradiktornosti revizijskega postopka (prim. 11. člen ZPVPJN) je bistveno, da je vlagatelj prejel naročnikovo vlogo z dne 20. 12. 2023 in se je imel možnost izreči o naročnikovih navedbah v tej vlogi.

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da je naročnik po neuspešno zaključenem odprtem postopku oddaje predmetnega javnega naročila (št. objave na portalu javnih naročil

JN005021/2023), v katerem je naročnik prejel tri ponudbe, začel z izvedbo (predmetnega) konkurenčnega postopka s pogajanjem, v okviru katerega obvestila o javnem naročilu ni objavil. Naročnik je s Povabilom z dne 10. 11. 2023 v ta postopek vključil dva ponudnika, ki sta sodelovala v predhodnem odprtem postopku in katerih ponudbi sta bili v predhodnem odprtem postopku označeni za nedopustni (zgolj) iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, medtem ko vlagatelj, ki je v predhodnem odprtem postopku prav tako sodeloval s predložitvijo ponudbe, ni vključil, ker je ocenil, da vlagatelj v predhodnem odprtem postopku ni izkazal izpolnjevanja pogojev za sodelovanje in neobstoja izključitvenih razlogov.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku očita kršitve določb ZJN-3, ker ga ni vključil v konkurenčni postopek s pogajanjem. Vlagatelj zatrjuje, da bi ga naročnik moral vključiti v nov postopek, v okviru katerega bi lahko vlagatelj izkazal izpolnjevanje pogojev za sodelovanje in neobstoja izključitvenih razlogov. Vlagatelj tudi zatrjuje, da je s ponudbo, predloženo v predhodnem odprtem postopku, izkazal izpolnjevanje pogojev za sodelovanje in neobstoja izključitvenih razlogov, v kolikor pa tega ne bi izkazal, bi ga naročnik lahko oz. moral pozvati na popravo ponudbe.

Konkurenčni postopek s pogajanjem je urejen v 44. členu ZJN-3, ki v prvem odstavku določa: Naročnik lahko uporabi konkurenčni postopek s pogajanjem 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) [...].

Citirana določba ZJN-3 predstavlja implementacijo b) točke četrtega odstavka 26. člena Direktive 2014/24, ki določa, da države članice določijo, da lahko javni naročniki uporabijo konkurenčni postopek s pogajanjem tudi v zvezi z gradnjami, blagom ali storitvami, pri katerih se v okviru odprtega ali omejenega postopka predložijo le nepravilne ali nesprejemljive ponudbe. V takih primerih javnim naročnikom ni treba objaviti obvestila o javnem naročilu, če v postopek vključijo vse ponudnike – vendar samo te –, ki izpolnjujejo pogoje iz členov 57 do 64 in so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja.

Tako vlagatelj kot naročnik pravilno navajata, da je pogoj za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem določen le v prvi povedi točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 (oz. v prvi povedi b) točke četrtega odstavka 26. člena Direktive 2014/24). Druga poved točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 (oz. druga poved točke b) četrtega odstavka 26. člena Direktive 2014/2024) ne določa pogojev za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem, temveč določa le pogoj, ki naročnika razbremeni dolžnosti objave obvestila o javnem naročilu oz. določa le pogoje za opustitev objave obvestila o javnem naročilu (smis. prim. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-046/2017, 018-173/2017, 018-119/2019, 018-39/2022 in 018-46/2022).

Upošteva se navedeno (in kljub izrecnim vlagateljevim navedbam, »da naročniku ne očita, da je ravnal protipravno, ker je izvedel konkurenčni postopek s pogajanjem brez objave obvestila o

javnem naročilu, temveč naročniku očita, da je ravnal protipravno, ker ga v predmetni postopek javnega naročanja, kljub dejstvu, da izpolnjuje vse pogoje za sodelovanje in zanj ne obstajajo razlogi za izključitev, ni povabil«) gre revizijske navedbe o naročnikovi kršitvi določb ZJN-3, ker vlagatelj ni vključil v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ni objavil obvestila o javnem naročilu, razumeti na način, da vlagatelj zatrjuje, da v konkretnem primeru niso izpolnjeni pogoji za opustitev objave obvestila o javnem naročilu, iz razloga, ker ga naročnik ni vključil v ta postopek.

Glede na trditveno navedbo strank se v obravnavani zadevi najprej odpira vprašanje, katere subjekte naročnik vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, da se razbremeni dolžnosti objave obvestila o javnem naročilu. Vlagatelj zatrjuje, da naročnik povabi vse gospodarske subjekte, ki so v predhodno izvedenem postopku oddali nepravilne ali nesprejemljive ponudbe, gospodarski subjekti pa lahko v novem postopku popravijo svoje ponudbe. Naročnik na drugi strani zatrjuje, da vključi le ponudnike, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in zanje ne obstajajo razlogi za izključitev in so v predhodno izvedenem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja.

Naročnik pravilno navaja, da iz že 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. Prvi način je, da objavi obvestilo o javnem naročilu – v tem primeru se na podlagi objavljenega obvestila o javnem naročilu lahko vsak gospodarski subjekt prijavi za sodelovanje v konkurenčnem postopku s pogajanjem (prva poved iz drugega odstavka 44. člena ZJN-3).

Drugi možen način izvede konkurenčnega postopka s pogajanjem iz razloga neuspešno izvedenega predhodnega postopka je razviden iz druge povedi točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3, in sicer lahko naročnik izvede konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu. Ker naročnik ne zagotovi objave obvestila o javnem naročilu (ki je obvestilo, ki se uporablja kot sredstvo za objavo povabila k sodelovanju pri vseh postopkih, razen pri postopku s pogajanjem brez predhodne objave - glej prva 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 izključno tisti ponudniki, ki jih povabi naročnik. Vendar naročnik ni prost pri odločitvi, katere gospodarske subjekte vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, če obvestila o javnem naročilu ne objavi. Iz druge povedi točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 namreč izhaja, da naročniku ni treba objaviti obvestila o javnem naročilu, če vključi vse ponudnike (1) ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje, (2) pri katerih ne obstajajo razlogi za izključitev in (3) so v predhodnem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja. S tem je tudi opredeljen krog gospodarskih subjektov, ki jih naročnik vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu. Upošteva drugo poved točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 torej naročnik v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključi tiste gospodarske subjekte, ki so v predhodno izvedenem postopku izpolnjevali pogoje za sodelovanje in pri katerih niso obstajali razlogi za izključitev in ki so predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami. Pri presoji, ali naročnik v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključi konkretnega ponudnika, je tako ključno, s kakšno pomanjkljivostjo je bila obremenjena ponudba, ki jo je ta ponudnik predložil v predhodno izvedenem postopku.

Upošteva navedeno se kot neutemeljene izkažejo navedbe vlagatelja, da je naročnik v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, dolžan vključiti vse ponudnike, ki so v predhodnem postopku oddali »nepravilne« ali »nesprejemljive« ponudbe oz. vse ponudnike, razen tistih, katerih ponudbe niso izpolnjevale tehničnih zahtev.

Takšnega stališča vlagatelj ne more utemeljiti s sklicevanjem na Direktivo 2014/24, saj ta pojma »*nepravilne ponudbe*« (to so ponudbe, ki niso skladne z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ki so priskele prepozno, pri katerih je dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija ali ki jih javni naročniki ocenijo za neobičajno nizke, glej 26. člen Direktive 2014/24) in »*nesprejemljive ponudbe*« (to so ponudbe ponudnikov, ki niso ustrezno usposobljeni, ter ponudbe, katerih cena presega proračun javnega naročnika, kot je določen in dokumentiran pred začetkom postopka javnega naročanja, glej 26. člen Direktive 2014/24) uporablja v smislu uporabe pogoja za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem in ne v smislu pogoja za razbremenitev naročnikove obveznosti objave obvestila o javnem naročilu. Če naročnik v predhodno izvedenem postopku prejme le ponudbe, ki niso skladne z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ki so priskele prepozno, pri katerih je dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija ali so neobičajno nizke, ali če naročnik prejme ponudbe ponudnikov, ki niso ustrezno usposobljeni, ter ponudbe, katerih cena presega njegova zagotovljena sredstva, lahko naročnik uporabi konkurenčni postopek s pogajanjem. Pojemov »*nepravilne ponudbe*« in »*nesprejemljive ponudbe*« pa Direktiva 2014/2024 ne uporablja pri opredelitvi, katere ponudnike naročnik vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, če ne objavi obvestila o javnem naročilu. Že citirana b) točka četrtega odstavka 26. člena Direktive 2014/24 določa, da naročnik vključi ponudnike, ki izpolnjujejo pogoje iz 57. do 64. člena Direktive 2014/24 in so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja. Upošteva se, da se 57. do 64. členi Direktive 2014/24 nanašajo na razloge za izključitev in pogoje za sodelovanje, ter s tem povezana dokazila, iz Direktive 2014/24 (tako kot iz b) točke prvega odstavka 44. člena ZJN-3) izhaja, da naročnik vključi vse ponudnike, »*vendar samo te*«, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in pri katerih ne obstajajo izključitveni razlogi in so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja.

Navedenega ne spreminja vlagateljevo sklicevanje na 44. uvodno izjavo Direktive 2014/24, ki se glasi: »*Konkurenčni postopek s pogajanjem bi moral biti na voljo tudi v primerih, ko se v odprtem ali omejenem postopku oddajo le nepravilne ali nesprejemljive ponudbe. V takih primerih bi bilo javnim naročnikom treba omogočiti, da izvedejo pogajanja za pridobitev pravih in sprejemljivih ponudb*«. Ta uvodna izjava pojasnjuje pogoj za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem, saj pojasnjuje, v katerih primerih »*bi moral biti na voljo*« ta postopek, in sicer tudi v primeru prejema »*nepravilnih*« ali »*nesprejemljivih*« ponudb v predhodno izvedenem postopku. Nadalje je iz citirane uvodne izjave razviden namen izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanjem iz razloga neuspešno izvedenega postopka, in sicer je ta v pridobitvi »*pravih*« in »*sprejemljivih*« ponudb oz. dopustnih ponudb. Iz citirane uvodne izjave tako, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, ne izhaja, da se naročnik pogaja s ponudniki, ki so predložili »*nepravilne ali nesprejemljive*« ponudbe oz. da naročnik ponudnikom omogoči, da »*nepravilne ali nesprejemljive ponudbe*« po izvedenih pogajanjih popravijo v »*pravilne in sprejemljive ponudbe*«, ampak iz nje izhaja zgolj, da lahko naročnik zaradi predhodno neuspešno izvedenega postopka uporabi konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega se bo s ponudniki pogajal, rezultat uporabe konkurenčnega postopka s pogajanjem pa bo pridobitev »*pravih in sprejemljivih*« oz. dopustnih ponudb. Ta uvodna izjava ne opredeljuje načina izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanjem (tj. z ali brez objave obvestila o javnem naročilu), zato na njeni podlagi ni mogoče delati zaključkov o krogu gospodarskih subjektov, ki jih naročnik vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, če ne objavi obvestila o javnem naročilu.

Stališča, da bi bil naročnik dolžan v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključiti vse ponudnike, ki so v predhodnem postopku predložili »*nepravilne*« ali »*nesprejemljive*« ponudbe, in tem ponudnikom v novem postopku omogočiti popravilo ponudb, vlagatelj tudi ne more utemeljiti s sklicevanjem na sodbo Sodišča EU v zadevi C- 561/12, Nordecon in Ramboll Eesti. Omenjena sodba se sicer nanaša na postopek s pogajanjem

po predhodni objavi (ta postopek je bil urejen v Direktivi 2004/18, ki jo je Direktiva 2014/24 razveljavila, in je primerljiv s konkurenčnim postopkom s pogajanjem), vendar pa iz nje (v nasprotju z zatrjevanjem vlagatelja) ni razvidno, da je bil v takratni zadevi ta postopek uporabljen zaradi predhodno neuspešno zaključenega postopka oddaje javnega naročila. Posledično stališča Sodišča EU, zavzeta v omenjeni sodbi, ne omogočajo interpretacije, za katero se zavzema vlagatelj. Iz omenjene sodbe izhaja, da čeprav je v določenih primerih dovoljena uporaba (konkurenčnega) postopka s pogajanjem, z namenom, da bi se ponudbe prilagodile zahtevam in da bi se poiskala najboljša rešitev, pa morajo biti izpolnjene zahteve, ki jih je naročnik določil kot zavezujoče, če te zahteve niso izpolnjene, se naročnik ne more pogajati s takšnim ponudnikom. Omenjena zadeva se tako nanaša na vprašanje, ali se lahko v (konkurenčnem) postopku s pogajanjem naročnik pogaja o ponudbah, ki ne izpolnjujejo zavezujočih zahtev iz tehničnih specifikacij, zato na njeni podlagi ni mogoče delati zaključkov glede odgovora na vprašanje, katere gospodarske subjekte naročnik vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, če obvestila o javnem naročilu ne objavi.

Vlagatelj ne more utemeljiti naročnikovih kršitev s sklicevanjem na 82. člen ZJN-3, saj ta določba ureja naročnikovo možnost zmanjševanja števila ustreznih kandidatov, ki bodo povabljeni k sodelovanju. Naročnik lahko namreč v konkurenčnem postopku s pogajanjem omeji število kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in ki bodo povabljeni k oddaji ponudbe. V obravnavanem primeru naročnik ni omejil števila kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in ki bodo povabljeni k oddaji ponudbe, zato že po naravi stvari naročniku v obravnavani zadevi ni mogoče očitati kršitev 82. člena ZJN-3.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da naročnik v konkurenčnem postopku s pogajanjem znova preveri izpolnjevanje pogojev za sodelovanje in neobstoj izključitvenih razlogov ter da naročnik v novem postopku ponudnikom omogoči popravilo ponudbe (predložene v odprtem postopku), gre sicer pritrditi vlagatelju, da je konkurenčni postopek s pogajanjem dvofazni postopek – v prvi fazi naročnik preveri usposobljenost ponudnikov, v drugi fazi pa povabi kandidate k oddaji ponudbe. Vendar pa gre ponoviti, da naročnik v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključi ponudnike, ki so v predhodnem postopku izpolnjevali pogoje za sodelovanje, pri njih niso obstajali izključitveni razlogi in ki so oddali ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami postopka. Upošteva se navedeno in upošteva se, da v prvi fazi naročnik preveri usposobljenost ponudnikov oz. preveri, ali ponudniki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in ali pri njih obstajajo izključitveni razlogi, naročniku ni mogoče očitati kršitev, če kot prvo fazo konkurenčnega postopka s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, šteje predhodno izveden postopek. Že v predhodno izvedenem postopku je bila preverjena usposobljenost ponudnikov, s čimer je tudi bil opredeljen krog (zainteresiranih) gospodarskih subjektov, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in pri katerih ne obstajajo izključitveni razlogi - ti subjekti pa so tudi vključeni v nov postopek. Posledično naročniku ni mogoče očitati kršitev, če v novem postopku oz. v konkurenčnem postopku s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, ponovno ne preveri izpolnjevanja pogojev za sodelovanje in izključitvenih razlogov, saj je navedeno naročnik preveril že v predhodno izvedenem postopku. V tem smislu zato konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ni objavljeno obvestilo o javnem naročilu, predstavlja določeno poenostavitev postopka oddaje javnega naročila, saj lahko naročnik brez ponovne izvedbe prve faze (tj. preverjanje usposobljenosti) z vključitvijo ponudnikov (ki so v predhodnem postopku izpolnjevali pogoje za sodelovanje in pri njih niso obstajali izključitveni razlogi in ki so oddali ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami postopka) preide v drugo fazo postopka tako, da te ponudnike povabi k oddaji ponudbe.

Vlagateljevo stališče, da je naročnik dolžan gospodarskim subjektom v konkurenčnem postopku omogočiti popravilo ponudbe v delu, ki se nanaša na pogoje za sodelovanje in izključitvene razloge, temelji na napačni predpostavki, in sicer, da naročnik v konkurenčni postopek s

pogajanji, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključi gospodarske subjekte, ki ne izpolnjujejo pogojev za sodelovanje in pri katerih obstajajo izključitveni razlogi. Ker, kot že pojasnjeno, naročnik v konkurenčni postopek s pogajanji, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključi ponudnike, ki so v predhodnem postopku izpolnjevali pogoje za sodelovanje in pri njih niso obstali izključitveni razlogi, ponudbe teh ponudnikov ne potrebujejo popravkov v delu, ki se nanaša na pogoje za sodelovanje in izključitvene razloge – v kolikor bi jih, ponudnik ne bi bil vključen v konkurenčni postopek s pogajanji, v okviru katerega ni objavljeno obvestilo o javnem naročilu.

Upošteva predstavljen stališča Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da ugotovitve naročnika iz predhodno izvedenega (odprtega) postopka, vezane na prejete ponudbe, niso relevantne za konkurenčni postopek s pogajanji. Čeprav sta predhodno neuspešno izveden postopek in naknadni konkurenčni postopek s pogajanji dva formalno ločena postopka, predhodni postopek na eni strani in konkurenčni postopek s pogajanji, ki mu sledi, na drugi strani, tvorita neločljivo celoto (v tej zvezi smiselno prim. tudi sodbo Sodišča EU v zadevi C-376/21, Obshtina Razlog, točka 67). Predhodno izveden postopek ne predstavlja zgolj pogoja za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanji, temveč je predhodno izveden postopek v primeru opustitve objave obvestila o javnem naročilu, relevanten za opredelitev kroga ponudnikov, ki jih naročnik vključi v konkurenčni postopek s pogajanji, in lahko predstavlja prvo fazo dvofaznega postopka, posledično pa lahko naročnik nadaljuje z drugo fazo konkurenčnega postopka s pogajanji (tj. predložitev ponudb).

Navedeno pa ne pomeni, da vlagatelj nima zagotovljenega pravnega varstva v zvezi z ugotovitvami naročnika, ki se nanašajo na predhodno izveden postopek, oz. da vlagatelj nima zagotovljenega pravnega varstva v zvezi z naročnikovo presojo njegove ponudbe v predhodno izvedenem postopku. Najprej gre pojasniti, da je pravnomočna postala zgolj odločitev naročnika o zaključku postopka oddaje javnega naročila (torej, da postopek oddaje javnega naročila zaključi brez oddaje javnega naročila), medtem ko razlogi dejanske ali pravne narave, ki so naročnika vodili k sprejemu takšne odločitve, niso postali pravnomočni. Poleg tega so naročnikove ugotovitve, vezane na presojo prejetih ponudb v predhodno izvedenem postopku, ključne za presojo obstoja pogojev za opustitev obvestila o javnem naročilu v konkurenčnem postopku s pogajanji. Nepravilna naročnikova ocena (vlagateljeve) ponudbe, predložene v predhodnem postopku, bi pomenila, da ne obstojijo pogoji za opustitev objave obvestila o javnem naročilu, ker naročnik v postopek ni vključil vseh ponudnikov, ki so v predhodnem postopku izpolnjevali pogoje za sodelovanje in pri katerih niso obstajali izključitveni razlogi in ki so oddali ponudbe skladne s formalnimi zahtevami.

Državna revizijska komisija je zato, glede na trditveno podlago vlagatelja, v nadaljevanju presojala revizijske navedbe, ki se nanašajo na naročnikovo ravnanje pri pregledu vlagateljeve ponudbe v predhodno izvedenem odprtem postopku.

Iz odločitve o oddaji javnega naročila, ki jo je naročnik sprejel v predhodnem odprtem postopku, je razviden naročnikov zaključek, da vlagatelj (med drugim) ni izkazal izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v točki III.2.E)e.5) dokumentacije zvezi z oddajo javnega naročila, ker v vlagateljevi ponudbi priglašen vodja gradnje na dan poteka roka za oddajo ponudb ni izpolnjeval pogoja za vpis v imenik vodij del iz 4. točke prvega odstavka 19. člena GZ-1.

Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila iz predhodnega odprtega postopka Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v točki III.2.E)e.5) dokumentacije zvezi z oddajo javnega naročila določil pogoj za sodelovanje, ki se nanaša na tehnično in strokovno sposobnost. Naročnik je zahteval, da ponudniki imenujejo vodjo gradnje, ki izpolnjuje pogoje iz 19. člena GZ-1 oz. 7. člena ZAID [prva alineja točke III.2.E)e.5)] in ki mora biti najkasneje

do uvedbe v delo vpisan v imenik vodij del ali imenik pooblaščenih inženirjev z aktivnim poklicnim nazivom [druga alineja točke III.2.E)e.5)], kar so ponudniki dokazovali s predložitvijo ESPD in vnaprej pripravljenega obrazca št. 5, v katerega so vpisali podatke o imenovanem kadru in njegove reference. Že na tem mestu gre pojasniti, da GZ-1 v 19. členu določa pogoje za vpis v imenik vodij del pri IZS, in sicer se v imenik vodij del vpiše oseba, ki ima (med drugim) z izvajalcem sklenjeno pogodbo o zaposlitvi za polni delovni čas ali za krajši delovni čas v posebnih primerih v skladu z zakonom, ki ureja delovna razmerja, ali z zakonom, ki ureja trg dela (4. točka prvega odstavka 19. člena GZ-1).

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo nasprotoval naročnikovi ugotovitvi, da v njegovi ponudbi priglašen vodja gradnje na dan poteka roka za predložitev ponudb ni izpolnjeval pogoja iz 4. točke prvega odstavka 19. člena GZ-1, saj je zatrjeval in dokazoval, da je bil priglašeni vodja gradnje na dan poteka roka za predložitev ponudb zaposlen pri subjektu Inobačka, Novi Sad – podružnica Inobačka S, Lendava, in da je posledično naročnik nepravilno zaključil, da ni izpolnjena zahteva, določena v prvi alineji točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Vlagatelj je v vlogi z dne 14. 12. 2023 navedel, da je moral vodja gradnje, upošteva zahtevo, da mora ta izpolnjevati pogoje iz 19. člena GZ-1 oz. iz 7. člena ZAID, izpolnjevati ali pogoje iz 19. člena GZ-1 ali pogoje iz 7. člena ZAID. Ker 7. člen ZAID kot pogoja za vpis v imenik pooblaščenih inženirjev z aktivnim poklicnim nazivom ne določa obstoja pogodbe o zaposlitvi, naročnik zgolj na podlagi predložene pogodbe o zaposlitvi ni imel podlage za zaključek, da vlagatelj ne izpolnjuje zahteve iz prve alineje točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Vlagatelj je še navedel, da je v njegovi ponudbi priglašen vodja gradnje ob poteku roka za predložitev ponudb izpolnjeval pogoje iz 7. člena ZAID, posledično pa je bila izpolnjena zahteva iz prve alineje točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Ugotoviti gre, da se izpostavljene navedbe vlagatelja v zahtevku za revizijo in v vlogi z dne 14. 12. 2023 nanašajo na naročnikovo ravnanje pri pregledu ponudbe vlagatelja v delu, ki se nanaša pa izpolnjevanje zahteve, določene v prvi alineji točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Vendar pa gre nadalje tudi ugotoviti, da vlagatelj v utemeljitev naročnikovih kršitev pri pregledu vlagateljeve ponudbe v tem delu v vlogi z dne 14. 12. 2023 navaja druga dejstva oz. utemeljuje naročnikovo kršitev z drugimi dejanskimi okoliščinami kot v zahtevku za revizijo. Navedbe vlagatelja v zahtevku za revizijo so bile usmerjene v utemeljevanja, da je vodja gradnje na dan poteka roka za predložitev ponudb izpolnjeval pogoj iz 19. člena GZ-1, pri čemer vlagatelj vprašanja razlage dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni odpiral, ampak je izhajal iz enakega izhodišča kot naročnik, in sicer, da je glede vodje gradnje, ki je priglašen v vlagateljevi ponudbi, relevantno izpolnjevanje pogojev iz 19. člena GZ-1. Ob tem gre še dodati, da je vlagatelj (kot bo to pojasnjeno v nadaljevanju) na podlagi naročnikovega poziva na predložitev dokazil iz 19. člena GZ-1 oz. 7. člena ZAID predložil (tudi) potrdilo o vpisu v imenik vodij del, na podlagi česar je naročnik utemeljeno sklepal, da želi vlagatelj s predloženo dokumentacijo izkazati izpolnjevanje pogojev iz 19. člena GZ-1 (in ne izpolnjevanje pogojev iz 7. člena ZAID). V vlogi z dne 14. 12. 2023 pa vlagateljeve navedbe niso več usmerjene v utemeljevanje, da je vodja gradnje na dan poteka roka za predložitev ponudb izpolnjeval pogoj iz 19. člena GZ-1, pač pa vlagatelj zatrjuje, da v zvezi s priglašeno vodjo gradnje ni relevantno izpolnjevanje pogojev iz 19. člena GZ-1, ker vodja gradnje izpolnjuje pogoje iz 7. člena ZAID. Vlagatelj je tako v zahtevku za revizijo naročniku očital kršitve pri zaključku o neizpolnjevanju zahteve iz prve alineje točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila iz razloga nepravilne presoje glede izpolnjevanja pogojev iz 19. člena GZ-1, v vlogi z dne 14. 12. 2023 pa je naročniku očital kršitve pri zaključku o neizpolnjevanju zahteve iz prve alineje točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila iz razloga nepravilne presoje glede izpolnjevanja pogojev iz 7. člena ZAID.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da izpostavljene vlagateljeve navedbe v vlogi z dne 14. 12. 2023 po vsebini predstavljajo nova dejstva (ki naj bi utemeljevala kršitev, ki jo je vlagatelj sicer zatrjeval že v zahtevku za revizijo). Ker vlagatelj niti ne zatrjuje, še manj pa izkaže, da brez svoje krivde teh dejstev ni mogel navesti že v zahtevki za revizijo, jih, upoštevaje šesti odstavek 29. člena ZPVPJN (ki določa, da se lahko vlagatelj v treh delovnih dneh od prejema odločitve o zahtevku za revizijo opredeli do navedb naročnika, vendar v opredelitvi ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov, razen če dokaže, da jih brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti v predrevizijskem postopku), v tem postopku pravnega varstva ni mogoče upoštevati, zato se Državna revizijska komisija do njih ni vsebinsko opredeljevala. Posledično je Državna revizijska komisija v nadaljevanju presojala zgolj revizijske navedbe, vezane na naročnikov zaključek, da v vlagateljevi ponudbi priglasi vodja gradnje na dan poteka roka za predložitev ponudb ni izpolnjeval pogoja iz 4. točke prvega odstavka 19. člena GZ-1.

Čeprav vlagatelj pravilno navaja, da ponudniki niso bili dolžni imenovati osebe, ki bi bila ob poteku roka za oddajo ponudb vpisana v imenik IZS (naročnik je namreč zahteval, da je nominirani vodja gradnje najkasneje do uvedbe v delo vpisan v imenik vodij del), pa to v obravnavanem primeru za rešitev konkretne zadeve ni relevantno. Naročnik namreč ni ocenil, da vlagatelj ne izpolnjuje pogoja za sodelovanje iz razloga, ker nominirani vodja gradnje ob poteku roka za predložitev ponudb še ne bi bil vpisan v imenik, ampak iz razloga, ker nominirani vodja gradnje ob poteku roka za predložitev ponudb ni izpolnjeval pogojev za vpis v imenik IZS.

Na podlagi vpogleda v vlagateljevo ponudbo gre ugotoviti, da je vlagatelj v ponudbi kot vodjo gradnje priglasi osebo M. H. Vlagatelj v ponudbo ni predložil dokazil, vezanih na dokazovanje izpolnjevanja pogojev iz 19. člena GZ-1 oz. 7. člena ZAID, česar upoštevaje naročnikove zahteve tudi ni bil dolžan storiti. Iz spisovne dokumentacije je razvidno, kar med strankama ni sporno, da je naročnik vlagatelja z dopisom z dne 11. 10. 2023 pozval na dokazila v zvezi z izpolnjevanjem pogojev iz 19. člena GZ-1 oz. 7. člena ZAID za predvidenega vodjo gradnje, pri čemer ga je naročnik (med drugim) izrecno pozval na predložitev pogodbe o zaposlitvi. Na podlagi poziva je vlagatelj predložil Pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas z dne 16. 10. 2023, ki sta jo sklenila nominirani vodja gradnje M. H. in subjekt Inobačka, Novi Sad – podružnica Inobačka S, Lendava, ter potrdilo IZS, iz katerega izhaja, da se je M. H. dne 19. 10. 2023 vpisal v imenik vodij del.

Ponudnik mora pogoje za sodelovanje izpolnjevati v trenutku poteka roka za predložitev ponudb (razen če ni v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila glede na naravo pogoja izrecno določeno drugače) (prim odločitve Državne revizijske komisije zadevah št. 018-217/2019, 018-155/2020, 018-157/2021, 018-080/2022). Upoštevaje navedeno in upoštevaje, da je bil v odprtem postopku rok za predložitev ponudb določen na dan 9. 10. 2023, naročniku ni mogoče očitati kršitev, ko je na podlagi Pogodbe o zaposlitvi, ki jo je vlagatelj na podlagi naročnikovega poziva predložil z namenom izkazovanja pogoja za sodelovanje in iz katere je razvidno, da je bila sklenjena po poteku roka za predložitev ponudb, zaključil, da vodja gradnje ob poteku roka za predložitev ponudb ni imel z izvajalcem sklenjene pogodbe o zaposlitvi, in da posledično nominirani vodja gradnje ob poteku roka za predložitev ponudb ni izpolnjeval pogoja iz 4. točke prvega odstavka 19. člena GZ-1, vlagatelj pa ne pogoja za sodelovanje iz točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo sicer zatrjuje, da je izpostavljena naročnikova ugotovitev »v nasprotju z listinami in dokazili, ki jih je vlagatelj predložil v svoji ponudbi«, vendar teh očitkov ne konkretizira in ne pojasni, zakaj bi naročnik na podlagi listinske dokumentacije, ki jo je vlagatelj predložil v odprtem postopku, nepravilno zaključil, da nominirani vodja gradnje ob poteku roka za predložitev ponudb ne izpolnjuje pogoja iz 4. točke prvega odstavka 19. člena GZ-1 oz. ne pojasni, na podlagi katerega podatka, s katerim je vlagatelj naročnika seznanil v postopku oddaje javnega naročila, bi naročnik smel in moral zaključiti, da je imel nominirani kader ob poteku roka

za predložitev ponudb z izvajalcem sklenjeno pogodbo o zaposlitvi za polni delovni čas (ali za krajši delovni čas v posebnih primerih v skladu z zakonom, ki ureja delovna razmerja, ali z zakonom, ki ureja trg dela) in da je posledično nominirani vodja gradnje ob poteku roka za predložitev ponudb izpolnjeval pogoje za vpis v imenik IZS. Vlagatelj v zahtevku za revizijo zgolj zatrjuje in dokazuje, da je oseba M. H. s subjektom Inobačka, Novi Sad – podružnica Inobačka S, Lendava, že dne 27. 9. 2023 sklenila pogodbo o zaposlitvi, kar dokazuje s predložitvijo te pogodbe in obrazcem M-1, iz katerega izhaja, da je bila oseba M. H. (že) dne 1. 10. 2023 prijavljena v obvezna zavarovanja. Četudi bi bilo na podlagi dokumentacije, predložene v postopku pravnega varstva, mogoče sklepati, da je oseba M. H. že pred potekom roka za predložitev ponudb imela z izvajalcem sklenjeno pogodbo o zaposlitvi in je posledično izpolnjevala pogoje za vpis v imenik IZS, gre ugotoviti, da vlagatelj s to dokumentacijo naročnika v postopku javnega naročanja ni seznanil, zato naročniku ob sprejemu odločitve o oddaji naročila tudi ni mogla biti znana. Naročniku pa ni mogoče očitati kršitev, ko je ob pregledu vlagateljeve ponudbe upošteval zgolj podatke, ki mu jih je vlagatelj (na podlagi poziva) posredoval, ne pa tudi podatke, s katerimi vlagatelj naročnika ni seznanil. Ob tem gre poudariti, da je iz naročnikovega poziva vlagatelju jasno razvidno, da je bil vlagatelj pozvan na predložitev pogodbe o zaposlitvi kot dokazila v zvezi z izpolnjevanjem pogojev iz 19. člena GZ-1 oz. 7. člena ZAID. Vlagatelj je bil tako seznanjen, da naročnik preverja izpolnjevanje zahteve iz prve alineje točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Vlagateljeve navedbe, da bi mu naročnik moral omogočiti popravilo ponudbe v tem delu, je treba presojeti z vidika petega 89. člena ZJN-3, ki določa, da lahko naročnik v primeru, če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti ponudniki, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, zahteva, da ponudniki v ustreznem roku predložijo manjkajoče dokumente ali dopolnijo, popravijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave in transparentnosti. Naročnik od gospodarskega subjekta zahteva dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam. Predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije se lahko nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, je mogoče objektivno preveriti. Če gospodarski subjekt ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti. Očitne ali nebistvene napake naročnik lahko spregleda.

Iz določb petega in šestega odstavka 89. člena ZJN-3 ter sodne prakse Sodišča Evropske unije, povezane z institutom dopolnjevanja oz. popravljanja ponudb (npr. zadeve C-599/10, SAG ELV Slovensko in drugi, C-336/12 Manova, C-324/14 Partner Apelski Dariusz, C-387/14 Esaprojekt, in C-131/16 Archus in Gama), izhaja, da ponudbe po poteku roka za oddajo ponudb načeloma ni mogoče spreminjati oz. popravljati, vendar pa lahko naročnik v določenih primerih od ponudnikov zahteva, da dopolnijo, popravijo, spremenijo ali pojasnijo ponudbeno dokumentacijo. Kot je Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-029/2017, 018-018-068/2017, 018-088/2017, 018-037/2019, 018-098/2020), glede na dikcijo petega odstavka 89. člena ZJN-3 (*»lahko naročnik zahteva«*) je možnost pojasnjevanja, dopolnjevanja ali popravljanja ponudbe odvisna od naročnika – naročnik namreč (ob upoštevanju omejitev iz šestega odstavka 89. člena ZJN-3) v primerih, ki so navedeni v petem odstavku 89. člena ZJN-3, od ponudnika lahko zahteva, da predloži manjkajoče dokumente ali jih dopolni, popravi ali pojasni, nima pa naročnik dolžnosti omogočiti dopolnjevanja ali popravljanja ponudb. Pri odločitvi, ali bo dopustil dopolnjevanje, popravljanje in pojasnjevanje ponudb, naročnik nima popolne diskrecijske pravice, saj mora ravnati v skladu s temeljnimi načeli javnega naročanja, zlasti v skladu z načelom preglednosti in načelom enakopravne obravnave ponudnikov – naročnik mora

strogo upoštevati določila lastne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ter vse ponudnike obravnavati enakopravno.

Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila Državna revizijska komisija ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da se je naročnik z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila zavezal, da bo ponudnike pozival k odpravam morebitnih pomanjkljivosti. V obravnavanem primeru je naročnik v zvezi s popravo ponudb v točki 7 »*Pregled in presoja ponudb*« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila določil:

»Naročnik bo v primeru, da bo ugotovil, da je ponudba nepopolna, napačna oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, ponudnika pozval na dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo ponudbe skladno in v okvirih določbe 89. člena ZJN-3«.

Iz izpostavljenega dela izhaja, da je naročnik predvidel, da bo pozval na popravo »*skladno in v okvirih*« določbe 89. člena ZJN-3. Ker ima naročnik »*skladno in v okvirih*« petega odstavka 89. člena ZJN-3 zgolj možnost, da ponudnike pozove na odpravo ugotovljenih pomanjkljivosti, gre ugotoviti, da se naročnik, v nasprotju z navedbami vlagatelja, v konkretnem primeru ni zavezal k izvedbi postopka pojasnjevanja, dopolnjevanja ali spreminjanja ponudb, pač pa si je pridržal možnost, ki mu jo daje peti odstavek 89. člena ZJN-3. Ker se torej naročnik z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ni zavezal, da bo v primeru, če bo ugotovil neizpolnjevanje določene zahteve, ponudnikom omogočil popravek ponudbe, so neutemeljene navedbe vlagatelja, da bi ga naročnik (v odprtem postopku) moral pozvati na odpravo ugotovljene pomanjkljivosti.

Državna revizijska komisija tudi ne more pritrditi navedbam vlagatelja, da je naročnik kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov, ker ga ni pozval na popravo ali pojasnilo ponudbe. Iz odstopljene dokumentacije namreč ne izhaja, da bi naročnik kateremu izmed ponudnikov omogočil dopolnjevanje, popraviljanje in pojasnjevanje ponudbe, zato naročnik s tem, ko vlagatelju ni omogočil poprave ponudbe, vlagatelja ni obravnaval drugače kot drugih sodelujočih ponudnikov. Vlagatelj z navedbami, da bi mu naročnik, upošteva načelo enakopravne obravnave ponudnikov, moral omogočiti popravo ponudbe, ker je drugim ponudnikom z vključitvijo v konkurenčni postopek s pogajanjem omogočil popravo ponudbe, ne more uspjeti že iz razloga, ker zaradi naknadnega naročnikovega ravnanja (vključitev nekaterih gospodarskih subjektov v konkurenčni postopek s pogajanjem) ne more postati predhodno (ne)izvedeno ravnanje (nepozivanje na popravo ali pojasnilo ponudbe), ki je bilo v trenutku njegove (ne)izvedbe zakonito, nezakonito. Neutemeljeni so revizijski očitki, da je naročnik kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov, ker je vlagatelja pozval na predložitev dokazil, vezanih na izključitvene razloge, pri ostalih ponudnikih pa je naročnik obstoj izključitvenih razlogov preveril sam. S temi navedbami vlagatelj ne more uspjeti že iz razloga, ker se ugotovljena pomanjkljivost v vlagateljevi ponudbi nanaša na pogoj za sodelovanje in ne na izključitvene razloge. Poleg tega gre slediti navedbam naročnika, da je lahko za gospodarske subjekte s sedežem v Republiki Sloveniji sam preveril (ne)obstoj izključitvenih razlogov, medtem ko za vlagatelja, ki ima sedež v tujini, ni mogel sam preveriti (ne)obstoja izključitvenih razlogov. Dejstvo, da je lahko naročnik za nekatere gospodarske subjekte sam preveril (ne)obstoj izključitvenih razlogov, za vlagatelja pa ne, predstavlja tisto razlikovalno okoliščino, zaradi katere ponudniki niso v enakem položaju, ampak v bistveno drugačnem položaju, posledično pa je upravičena njihova različna obravnava, ki se odraža v tem, da je naročnik za nekatere gospodarske subjekte sam preveril obstoj izključitvenih razlogov, vlagatelja pa je pozval na predložitev dokazil.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo tudi zatrjuje, da ponudb z napakami, ki jih je mogoče odpraviti na podlagi petega odstavka 89. člena ZJN-3, za potrebe konkurenčnega postopka s pogajanjem ni mogoče šteti za »*nepravilne*« oz. nedopustne. Podlage za takšno stališče v določbah ZJN-3 ni najti. Ob tem gre še dodati, da iz sodbe Sodišča EU v zadevi C-376/21, Obshtina Razlog, ki se

sicer nanaša na izvedbo postopka s pogajanjem brez predhodne objave iz razloga neuspešno izvedenega predhodnega postopka, izhaja, da gospodarski subjekti, ki v odprtem ali omejenem postopku niso ravnali skrbno in oddali ustrezne ponudbe, v okviru postopka s pogajanjem brez predhodne objave, ki sledi, javnega naročnika ne morejo prisiliti, da se z njimi pogaja, saj so imeli možnost oddati ponudbo v okviru predhodnega odprtega ali omejenega postopka in tako možnost, da v tem postopku zanje v celoti veljajo načela enakosti, prepovedi diskriminacije, preglednosti in sorazmernosti (glej točki 67 in 68 omenjene sodbe).

Upošteva vse navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal naročnikovih kršitev pri tem, ko je na podlagi Pogodbe o zaposlitvi, ki jo je vlagatelj na podlagi naročnikovega poziva predložil v predhodno izvedenem odprtem postopku, ugotovil, da imenovani vodja gradnje ne izpolnjuje zahteve iz prve alineje točke III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in je posledično, brez pozivanja vlagatelja na odpravo te pomanjkljivosti, zaključil, da vlagatelj ni izkazal izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v točki III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Ker vlagatelj v predhodno izvedenem odprtem postopku ni izkazal izpolnjevanja pogojev za sodelovanje in ker naročnik v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu, vključi ponudnike, (1) ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje, (2) pri katerih ne obstajajo razlogi za izključitev in (3) so v predhodnem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja, naročniku ni mogoče očitati kršitev temeljnih načel javnega naročanja in 44. člena ZJN-3, ker v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ni objavil obvestila o javnem naročilu, vlagatelja ni vključil. Ker vlagatelj ni izkazal naročnikovih kršitev pri tem, ko ga ni vključil v konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ni objavil obvestila o javnem naročilu, posledično ne more uspeti z navedbami, da bi mu moral naročnik v konkurenčnem postopku s pogajanjem omogočiti popravilo ponudbe in da je naročnik kršil načelo enakopravne obravnave, ker je za ponudnika, vključena v konkurenčni postopek s pogajanjem, ponovno preverjal izpolnjevanje pogojev za sodelovanje in obstoj izključitvenih razlogov.

Ker je treba že na podlagi ugotovitve, da vlagatelj v predhodnem postopku ni izkazal izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, določenega v točki III.2.E)e.5) dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ugotoviti, da vlagatelj ne spada v krog subjektov, ki jih naročnik, če se želi razbremeniti obveznosti objave obvestila o javnem naročilu, vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, Državna revizijska komisija v nadaljevanju ni vsebinsko presojala revizijskih očitkov, vezanih na ugotovitev naročnika, da vlagatelj v predhodno izvedenem (odprtem) postopku tudi ni izkazal neobstoja izključitvenih razlogov in izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, ki se nanaša na ekonomsko in finančno sposobnost. Njihova vsebinska obravnava namreč ne bi mogla več vplivati na vsebinsko drugačno odločitev Državne revizijske komisije v tem postopku, saj za ugotovitev, da vlagatelj ne spada v krog subjektov, ki ga naročnik, če se želi razbremeniti obveznosti objave obvestila o javnem naročilu, vključi v konkurenčni postopek s pogajanjem, zadostuje že en (ugotovljen) razlog.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev pri tem, ko vlagatelja ni vključil v konkurenčni postopek s pogajanjem, zato je Državna revizijska komisija, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, vlagateljev zahtevek za revizijo kot neutemeljen zavrnila.

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

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zahteva tudi povračilo stroškov postopka pravnega varstva. Ker vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti

zahtevka za revizijo, je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, zavrnila vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

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

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj – po pooblaščenca,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.