

Številka: 018-072/2023-5

Datum: 4. 7. 2023

## SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 31. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu mag. Zlate Jerman, kot predsednice senata, ter Sama Črveka in Igorja Luzarja, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »Izdelava investicijske in projektne dokumentacije, priprava dokumentacije v zvezi z javnim naročilom ter storitve vodenja projekta in zastopanje naročnika, za projekt C-PACS«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja ERNST & YOUNG SVETOVANJE, d.o.o., Dunajska cesta 111, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Cukrov, o.p., d.o.o., Tivolska 48, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Republika Slovenija, Ministrstvo za zdravje, Štefanova ulica 5, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 4. 7. 2023

### odločila:

1. Zahtevek za revizijo se zavrže.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

### Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 20. 2. 2023, pod št. objave JN000903/2023-B01, in v Uradnem listu Evropske unije dne 21. 2. 2023, pod št. objave 2023/S 037-108406. Do poteka roka za predložitev ponudb je naročnik prejel dve ponudbi, in sicer ponudbo ponudnika IPMIT d.o.o., Kotnikova ulica 30, Ljubljana, in ponudbo vlagatelja.

Naročnik je dne 19. 5. 2023 na Portalu javnih naročil objavil odločitev o ne-oddaji javnega naročila (dokument, št. 382-95/2022/24 z dne 12. 5. 2023), s katero je kot nedopustni zavrnil obe prejeti ponudbi ter zaključil postopek oddaje javnega naročila brez oddaje naročila. Obe ponudbi je zavrnil kot nedopustni, ker presegata višino zagotovljenih sredstev, poleg tega pa je vlagateljevo

ponudbo naročnik ugotovil kot nedopustno tudi zato, ker vlagatelj ne razpolaga s kadrom Vodja projekta do uvedbe projekta v produkcijsko rabo (v nadaljevanju: Vodja projekta), za katerega bi moral izkazati referenco (izkušnje), da je v vlogi vodje projekta sodeloval pri najmanj enem projektu uvedbe informacijskega sistema, ki je imel najmanj 500 uporabnikov.

Vlagatelj je z vlogo z dne 31. 5. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve o ne-oddaji naročila, podredno pa, da naročnik ali Državna revizijska komisija ugotovita, da je vlagateljeva ponudba dopustna v delu, ki se nanaša na izpolnjevanje kadrovskega pogoja iz točke 8.3, podtočke 2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju: razpisna dokumentacija), ki se nanaša na Vodjo projekta. Vlagatelj zahteva tudi povrnitev stroškov pravnega varstva.

Vlagatelj uvodoma utemeljuje obstoj procesnih pogojev. V zvezi z aktivno legitimacijo navaja, da je od ugotovitve skladnosti vlagateljeve ponudbe s formalnimi zahtevami odvisno, na kakšen način bo mogoče oddati predmet javnega naročila v morebitnem nadaljnjem konkurenčnem postopku s pogajanjem, in da bi mu lahko bila zaradi napačnega postopanja in presoje naročnika povzročena škoda. Če vlagatelj uspe izkazati, da njegova ponudba izpolnjuje formalne zahteve (kamor spada tudi pogoj razpolaganja z ustreznim kadrom - t.j. Vodja projekta), bo lahko sodeloval v morebitno izvedenem konkurenčnem postopku s pogajanjem v skladu s 44. členom Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), in sicer na podlagi b) točke prvega odstavka navedene določbe. Po mnenju vlagatelja ima slednji pravico do vključitve v morebitni nadaljnji konkurenčni postopek s pogajanjem le ponudnik, katerega ponudbo je naročnik ocenil kot dopustno in v skladu z vsemi zahtevami razpisne dokumentacije v tem postopku javnega naročanja. Ker pa je naročnik vlagateljevo ponudbo ugotovil kot nedopustno zaradi neizpolnjevanja kadrovskega pogoja, s čimer se vlagatelj ne strinja, mu je pomembno, da v tem revizijskem postopku dokaže skladnost svoje ponudbe s pogoji za priznanje sposobnosti, saj bo tako lahko sodeloval v morebitnem konkurenčnem postopku s pogajanjem. Po mnenju vlagatelja obstaja verjetnost, da bi naročnik v primeru, da vlagatelj ne bi vložil zahtevka za revizijo (in z njim uspel), morebitni konkurenčni postopek s pogajanjem izvedel le s ponudnikom IPMIT d.o.o., katerega ponudba izpolnjuje pogoje po prej citirani določbi 44. člena ZJN-3. S tem pa bi bil vlagatelj prikrajšan pri sodelovanju v (novem postopku) konkurenčnem postopku s pogajanjem in možnosti izvedbe predmeta tega javnega naročila.

Vlagatelj nadalje izpodbija naročnikovo odločitev v delu, kjer je njegovo ponudbo ugotovil kot nedopustno zaradi neizpolnjevanja kadrovskega pogoja – Vodje projekta. Zatrjuje, da v ponudbi priglasi Vodja projekta izpolnjuje zahtevano referenco.

Naročnik je s sklepom z dne 9. 6. 2023 zavrnil zahtevek za revizijo in zahtevo za povračilo stroškov pravnega varstva. Ponovi dejstvo, da je obe prejeti ponudbi zavrnil kot nedopustni iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, vlagateljevo ponudbo pa še iz razloga neizpolnjevanja zahtevane reference, vezane na Vodjo projekta.

Naročnik izpostavlja, da so vlagateljeve revizijske navedbe nesklepčne, saj se v zahtevku za revizijo ne presojuje bodoča objektivno negotova dejstva, temveč zakonitost sprejete odločitve glede oddaje javnega naročila, v konkretnem primeru odločitve o ne-oddaji javnega naročila, objavljene dne 19. 5. 2023. Naročnik izpostavlja, da ni napovedal izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanjem, prav tako ni napovedal uporabe izjeme iz druge povedi točka b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3.

Naročnik poudarja, da med njim in vlagateljem ni sporno, da je vlagateljevo ponudbo ugotovil kot nedopustno iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, ampak vlagatelj izpodbija zakonitost naročnikove odločitve le v delu, ki se nanaša na neizpolnjevanje kadrovskega pogoja iz 8.3 točke,

podtočke 2 razpisne dokumentacije. Naročnik, sklicujoč se na odločitev Državne revizijske komisije (v sklepih št. 018-175/2021-3 in 018-046/2022-4), navaja, da postane pravnomočen le izrek odločitve glede oddaje javnega naročila in da je odločitev naročnika (o zavrnitvi ponudbe kot nedopustne) zakonita že, če je utemeljena z enim od razlogov.

Naročnik izpostavlja vprašanje obstoja vlagateljeve aktivne legitimacije in navaja, da je izvedba netransparentnega postopka, kar konkurenčni postopek s pogajanjem je, ki pa je posledica predhodnega transparentnega postopka, pravica naročnika in ne njegova dolžnost. Vlagatelj si želi zagotoviti udeležbo v morebiti izvedenem bodočem postopku, ki pa ga naročnik ni napovedal. Druga poved b) točke prvega odstavka 44. člena ZJN-3 ne določa pogojev za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem in ne določa možnosti sodelovanja le določenim gospodarskim subjektom, temveč določa le pogoj, ki naročnika razbremeni dolžnosti objave obvestila o javnem naročilu in možnost, katere ponudnike lahko naročnik povabi k sodelovanju v nadaljnjem postopku.

Naročnik zavrača trditve vlagatelja, da bi bile morebitne naročnikove kršitve ZJN-3 v vzročni zvezi z možno posledico nastanka škode vlagatelju, ker ne bi bil povabljen v morebitni kasnejši konkurenčni postopek s pogajanjem. Vlagatelj namreč ne more vnaprej predpostavljati, da bi v tem novem postopku oddal dopustno ponudbo, ki bi bila tudi ekonomsko najugodnejša, saj v trenutnem postopku vlagateljeva ponudba ni ekonomsko najugodnejša, zaradi česar mu javno naročilo ne bi moglo biti oddano.

Naročnik nadalje tudi zavrača revizijske očitke, vezane na pregled vlagateljeve ponudbe v delu, ki se nanaša na kadrovske zahteve in vztraja, da vlagatelj ni izkazal izpolnjevanja kadrovske zahteve.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 13. 6. 2023 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj se je v vlogi z dne 14. 6. 2023 opredelil do naročnikovih navedb. Navaja, da bi moral naročnik, kolikor vlagateljeva aktivna legitimacija ni podana, njegov zahtevek zavreči, ne pa o njem vsebinsko odločiti. Vlagatelj se ne strinja s trditvijo naročnika, da ne more biti aktivno legitimiran, ker naročnik ni pisno napovedal izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanjem na podlagi 44. člena ZJN-3. Vlagatelj nakazuje, da naj bi imel naročnik namen izvesti navedeni postopek zaradi načina obrazložitve odločitve o ne-oddaji naročila, s katero naj bi preferiral drugega ponudnika. Strinja se z odločitvijo naročnika v delu, da je njegova ponudba nedopustna iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, ne strinja pa se z nedopustnostjo svoje ponudbe glede kadrovskega pogoja, in poudarja, da bo v tem primeru ob izvedbi morebitnega konkurenčnega postopka s pogajanjem avtomatsko izločen iz tega postopka, ker bo naročnik k pogajanjem povabil le drugega ponudnika, kajti točka b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 določa, da zaradi predhodno neuspešnega postopka naročnik lahko izvede konkurenčni postopek s pogajanjem brez objave obvestila o naročilu, če v postopek vključi vse ponudnike, katerih ponudba je bila (razen previsoke skupne ponudbene vrednosti) sicer dopustna v vseh ostalih pogojih.

Vlagatelj prereka tudi domnevno neizpolnjevanje kadrovskega pogoja, ki se nanaša na Vodjo projekta. Navaja, da je naročnik postavil nejasen pogoj, prav tako pa je bil zavajajoč in nejasen v komunikaciji z vlagateljem, ko ga je zaprosil za dodatna pojasnila. Vztraja, da je predložena referenca Vodje projekta ustrezna, vsa krivda za nastale nejasnosti pa je na strani naročnika.

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

Državna revizijska komisija skladno z 31. členom ZPVPJN pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo opravi njegov predhodni preizkus ter po uradni dolžnosti preveri, ali so izpolnjeni procesni pogoji za njegovo obravnavo, in sicer ali je bil vložen pravočasno in pri naročniku, ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN, ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena tega zakona, ali obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je revizijski zahtevek dopusten. Če Državna revizijska komisija ugotovi, da vlagatelj ne izkazuje aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo, tega s sklepom (če tega ni storil že naročnik) zavrže (tretji odstavek 31. člena ZPVPJN).

Eden izmed procesnih pogojev, ki morajo biti izpolnjeni, da je vlagatelj v postopku javnega naročanja upravičen do pravnega varstva, je torej tudi aktivna legitimacija. Obstoj vlagateljeve aktivne legitimacije je, ob upoštevanju, da vlagatelj ni zagovornik javnega interesa (drugi odstavek 6. člena ZPVPJN v povezavi z drugo alineo prvega odstavka 14. člena ZPVPJN), potrebno presojati v okviru prve alineje prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev (med drugim) javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda.

Iz citirane določbe izhajata dva bistvena elementa za priznanje aktivne legitimacije, in sicer: (1) interes za dodelitev javnega naročila in (2) možnost nastanka škode, ki bi vlagatelju utegnila nastati zaradi zatrjevane kršitve. Oba elementa morata biti izpolnjena kumulativno, zato mora vlagatelj za priznanje aktivne legitimacije izkazati tako interes za pridobitev naročila kot tudi to, da bi mu zaradi kršitev, ki jih navaja v zahtevku za revizijo, lahko nastala škoda.

Glede interesa kot prvega pogoja za priznanje aktivne legitimacije Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila oddal pravočasno ponudbo, s čimer je izkazal interes za dodelitev zadevnega javnega naročila.

Glede nastanka škode oziroma možnosti njenega nastanka kot drugega pogoja za priznanje aktivne legitimacije gre pojasniti, da vlagatelj z vložitvijo zahtevka za revizijo zavaruje svoj položaj, in sicer ko zatrjevane kršitve naročnika vplivajo na njegov položaj v smislu, da bi mu bilo zaradi njih onemogočeno ali bistveno oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila in s tem onemogočena ali bistveno otežena možnost pridobitve naročila. Kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo imeti torej za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila. Vlagatelj pa ne more uveljavljati (domnevnih) objektivnih naročnikovih kršitev pravil javnega naročanja, ki neposredno ne posegajo v njegov položaj tako, da mu onemogočajo oziroma otežujejo sodelovanje v postopku. Možnost nastanka škode mora biti povezana z zatrjevano kršitvijo in se v vsakem postopku ugotavlja posamično, ob upoštevanju danih okoliščin konkretnega primera (npr. predmeta naročila, vrste postopka, faze postopka, konkretnih očitkov, ki so predmet zahteve za pravno varstvo, ipd.) (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-119/2019-8, 018-039/2022-14 in 018-46/2022-4).

V obravnavani zadevi naročnik oddaja predmetno javno naročilo po odprtem postopku, v okviru katerega je prejel dve ponudbi. Iz odstopljene dokumentacije izhaja, da ima naročnik zagotovljena sredstva v višini 654.600 evrov brez DDV. Obe prispeli ponudbi sta znesek zagotovljenih sredstev presegle. Ponudba cenejšega ponudnika je bila v višini 694.500 evrov brez DDV, ponudba vlagatelja pa v višini 794.999 evrov brez DDV. Iz obrazložitve izpodbijane odločitve o ne-oddaji javnega naročila izhaja, da je naročnik na podlagi 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 zavrnil obe ponudbi kot nedopustni iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev. Dodatno je naročnik vlagateljevo ponudbo ugotovil kot nedopustno tudi iz razloga neizpolnjevanja kadrovskega pogoja (reference) za Vodjo projekta.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku ne očita kršitve v delu izpodbijane odločitve o ne-oddaji javnega naročila, v katerem je njegovo ponudbo ugotovil za nedopustno iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, pač pa mu očita kršitve zgolj v delu odločitve, v katerem je njegovo ponudbo ugotovil kot nedopustno iz (drugega) razloga neizkazovanja kadrovskega pogoja za Vodjo projekta in zaradi tega (v okviru pravovarstvenega predloga) zahteva razveljavitev izpodbijane odločitve o ne-oddaji javnega naročila, čeprav so revizijski očitki uperjeni v morebitno oškodovanje vlagatelja pri hipotetično izvedenem nadaljnjem konkurenčnem postopku s pogajanji.

Vlagatelj se z zahtevkom za revizijo torej ne zavzema, da bi mu bilo javno naročilo oddano v tem (odprtem) postopku oddaje javnega naročila (vlagatelj namreč zatrjuje, da odprtega postopka ni mogoče uspešno zaključiti, saj sta obe ponudbi presegle zagotovljena sredstva, kar je med strankama nesporno). V posledici navedenega pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da zatrjevana naročnikova kršitev (tj. morebitna nepravilna presoja kadrovskega pogoja za Vodjo projekta) ne vpliva (oziroma ne more več vplivati) na vlagateljev položaj v tem postopku oddaje javnega naročila. Naročnik sme namreč oddati javno naročilo le ponudniku, ki je predložil dopustno ponudbo (prim. prvi odstavek 89. člena ZJN-3 in 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ki kumulativno opredeljuje lastnosti dopustne ponudbe). Naročnik zato pravilno navaja, da za zaključek o nedopustnosti ponudbe (in posledično njeno zavrnitev) zadošča že en razlog oz. ena neskladnost z naročnikovimi zahtevami. Ker je naročnik v obravnavani zadevi že na podlagi ugotovitve, da vlagateljeva ponudba presega višino zagotovljenih sredstev, zaključil, da vlagateljeva ponudba ni dopustna, naročnikova morebitna nepravilna presoja vlagateljeve ponudbe (tudi) z vidika (ne)skladnosti z ostalimi zahtevami razpisne dokumentacije ne bi mogla več vplivati na drugačen zaključek glede nedopustnosti vlagateljeve ponudbe in s tem na naročnikovo odločitev, da javnega naročila v tem postopku ne odda. Tudi če bi vlagatelj izpolnjeval vse preostale pogoje, v konkretnem primeru sporni kadrovski pogoj za Vodjo projekta, to dejstvo ne bi vplivalo na vlagateljev položaj v tem postopku, saj vlagateljeva ponudba zaradi preseganja višine zagotovljenih sredstev ne bi mogla biti več ugotovljena kot dopustna in posledično vlagatelju v tem postopku javno naročilo ne bi moglo biti oddano.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da vlagatelju zaradi zatrjevane kršitve (tj. morebitna nepravilna ugotovitev naročnika glede neizpolnjevanja kadrovskega pogoja za Vodjo projekta) v tem (odprtem) postopku javnega naročanja ni oziroma ni mogla nastati škoda v smislu 14. člena ZJN-3.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je ugotovitev o tem, da njegova ponudba izpolnjuje pogoje za sodelovanje, pomembna zaradi nadaljnjega postopanja naročnika glede predmeta tega javnega naročila, in sicer v morebitno izvedenem konkurenčnem postopku s pogajanji na podlagi 44. člena ZJN-3. Zatrjuje, da v primeru, če bi naročnik vlagateljevo ponudbo zavrnil zgolj zaradi preseganja zagotovljenih sredstev, ne pa tudi zaradi neizpolnjevanja kadrovskega pogoja, bi lahko ugotovil, da so izpolnjeni pogoji za izvedbo konkurenčnega postopka s pogajanji, v okviru katerega ne bi objavil obvestila o naročilu in v katerega bi povabil tudi vlagatelja.

Določba točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik uporabi konkurenčni postopek s pogajanji v naslednjem primeru:

*»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*

*pogajanji 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».*

V zvezi s citirano določbo Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da je pogoj za uporabo konkurenčnega postopka s pogojem določen le v prvi povedi točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3. Druga poved točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 namreč ne določa pogojev za uporabo konkurenčnega postopka s pogojem, temveč določa le pogoj, ki naročnika razbremenjuje dolžnosti objave obvestila o javnem naročilu oz. določa le pogoje za opustitev objave obvestila o javnem naročilu (smis. prim. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-119/2019-8, 018-039/2022-14 in 018-046/2022-4).

Upošteva se navedeno in upošteva se vlagateljevo trditveno podlago gre tako ugotoviti, da se vlagatelj z zahtevkom za revizijo zavzema za presojo naročnikovih kršitev, zaradi katerih, po mnenju vlagatelja, le-ta ne bo povabljen v morebitni konkurenčni postopek s pogojem, v okviru katerega naročnik ne bi objavil obvestila o javnem naročilu, s čimer vlagatelj odpira vprašanje, na kakšen način oz. po katerem postopku bo naročnik (zaradi neuspešnega odprtega postopka) oddal zadevno javno naročilo, ter vprašanje, katere subjekte bi bil naročnik dolžan povabiti v morebitni postopek s pogojem, v okviru katerega ne bi objavil obvestila o javnem naročilu.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da vlagatelj zahtevka za revizijo temelji na napačni predpostavki, da je naročnik, ker začetega (odprtega) postopka javnega naročanja ne more uspešno zaključiti, dolžan pričeti nov postopek javnega naročanja za identičen predmet. Takšne dolžnosti predpisi o javnem naročilu naročniku ne nalagajo. Nasprotno: v skladu z veljavnimi predpisi o javnem naročanju je odločitev o tem, ali bo naročnik pričel s postopkom javnega naročanja ali ne (to velja tudi za primere neuspešne oddaje javnega naročila) v celoti prepuščena naročniku. Naročniku je tako prepuščena odločitev, ali bo (če predmet javnega naročila še potrebuje) morebiti oddal identičen predmet ali ga bo morebiti spremenil (npr. razdelil na sklope) ipd.

Nadalje gre pojasniti, da lahko naročnik, skladno s prvim odstavkom 39. člena ZJN-3, za oddajo javnega naročila uporabi enega od postopkov, ki so določeni v prvem odstavku 39. člena ZJN-3 in so podrobneje urejeni v nadaljnjih določbah od 40 do 47. člena. Glede na dikcijo prvega odstavka 39. člena ZJN-3 (»...lahko...«) ima naročnik možnost, da pod pogoji, določenimi v ZJN-3, izbere postopek, po katerem bo oddal javno naročilo. Naročnik tako nima zakonsko predpisane dolžnosti, da po neuspešno izvedenem odprtem postopku uporabi konkurenčni postopek s pogojem po b) točki prvega odstavka 44. člena ZJN-3, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu in v katerega povabi ponudnike iz neuspešnega odprtega postopka (smis. prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-159/2021-14), kar priznava tudi vlagatelj z vlogo z dne 31. 5. 2023, ko navaja, da 44. člen ZJN-3 »daje možnost uporabe konkurenčnega postopka s pogojem«. To pa tudi pomeni, da vlagatelj od naročnika ne more zahtevati, da za oddajo javnega naročila uporabi točno določen postopek (v konkretnem primeru konkurenčni postopek s pogojem po b) točki prvega odstavka 44. člena ZJN-3, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu in v katerega bi povabil oba ponudnika). Državna revizijska komisija, ki v postopku pravnega varstva presoja zakonitost naročnikovega ravnanja v konkretnem postopku javnega naročanja, ne more namesto naročnika sprejemati odločitev v postopku oddaje javnega naročila oz. ne more naložiti naročniku, na katerega izmed možnih dopustnih načinov naj ravna in tako naročniku ne more naložiti, da javno naročilo odda po točno določenem postopku javnega naročanja. Državna revizijska komisija sicer lahko razume vlagatelja, da je njegov interes izvedba postopka, v katerem predhodno ni zagotovljena odprta konkurenca (vlagatelj se namreč zavzema za izvedbo postopka, v okviru katerega bi naročnik opustil objavo obvestila o javnem naročilu, k

sodelovanju v postopku pa bi bil povabljen le vlagatelj in drugi ponudnik), vendar takšnemu vlagateljevemu interesu ni mogoče nuditi pravnega varstva. Vzpostavitev čim večje konkurence, ki je cilj pravil o javnem naročanju, ni le v javnem interesu, ampak je tudi v interesu naročnika, da v postopku sodeluje čim več gospodarskih subjektov oz. da prejme čim več ponudb, saj ima tako večjo izbiro glede najugodnejše ponudbe, s čimer tudi zagotovi, da je poraba sredstev zanj kar najbolj gospodarna in učinkovita.

Tudi ob upoštevanju predstavljenih izhodišč Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da vlagatelju zato, ker je naročnik njegovo ponudbo v tem (odprtem) postopku ugotovil kot nedopustno tudi iz razloga neizpolnjevanja kadrovskega pogoja za Vodjo projekta, ne more nastati škoda v smislu 14. člena ZPVPJN. Ugotovitev, ali vlagatelj izpolnjuje omenjeni kadrovski pogoj, bi namreč služila izključno ugotavljanju obstoja zakonskih pogojev za morebitno uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem po b) točki prvega odstavka 44. člena ZJN-3, v okviru katerega naročnik ne bi objavil obvestila o javnem naročilu. Omenjenega postopka (na omenjeni način) pa naročnik, skladno z ZJN-3, ni dolžan uporabiti, četudi obstojijo zakonski pogoji za njegovo uporabo. Vlagatelj svojo aktivno legitimacijo utemeljuje na tem, da mu bo nastala gospodarska škoda, v kolikor ne vloži zahtevka za revizijo na ne-odločitev o oddaji javnega naročila z dne 19. 5. 2023, saj v primeru, da bo njegova ponudba ugotovljena kot nedopustna tudi iz razloga neizpolnjevanja kadrovskega pogoja za Vodjo projekta, ne bo mogel sodelovati v morebitnem nadaljnjem konkurenčnem postopku s pogajanjem. Poudariti gre, da naročnik (še) niti ni začel z oddajo javnega naročila po konkurenčnem postopku s pogajanjem, v okviru katerega ne bi objavil obvestila o javnem naročilu, zato bi se presoja obstoja zakonskih pogojev za uporabo omenjenega postopka nanašala na bodoče hipotetične situacije. Vprašanje, ali obstojijo zakonski pogoji za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem, bi se lahko odprlo šele, ko (in če) bi (oz. bo) naročnik s tem postopkom začel, pod pogojem seveda, če bi bil (bo) v postopku konkurenčnega postopka s pogajanjem vložen zahtevek za revizijo s strani aktivno legitimiranega subjekta. Šele ko, in če bo naročnik izvedel konkurenčni postopek s pogajanjem, v okviru katerega ne bo objavil obvestila o javnem naročilu in v katerega ne bi povabil vlagatelja, bo lahko vlagatelj zatrjeval, da ne obstojijo zakonski pogoji za uporabo omenjenega postopka na omenjeni način, ker naročnik vlagatelja, ki je v predhodnem postopku izpolnjeval pogoje za sodelovanje, in zanj niso obstajali razlogi za izključitev in je v predhodnem postopku predložil ponudbo v skladu s formalnimi zahtevami, ni vključil v postopek (v tem smislu prim. tudi odločitve Državne revizijske komisije št. 018-39/2022-14, 018-46/2022-4, 018-42/2022-4 in 018-55/2022-7). V vsakem primeru pa mora naročnik v skladu s 57. členom ZJN-3 objaviti prostovoljno obvestilo za predhodno transparentnost, kadar oddaja javno naročilo po postopku s pogajanjem brez predhodne objave, po konkurenčnem dialogu ali konkurenčnem postopku s pogajanjem, če na portalu javnih naročil ni objavil obvestila o naročilu. V tem primeru bo vlagatelj imel aktivno legitimacijo za vložitev zahtevka za revizijo na podlagi odločitve o oddaji javnega naročila v morebitnem konkurenčnem postopku s pogajanjem.

Vlagatelj tudi ne more uspeti s sklicevanjem na prvi odstavek 5. člena ZPVPJN, skladno s katerim se lahko zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja vloži zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja, razen če zakon, ki ureja javno naročanje, ali ZPVPJN določa drugače. Dopustnost pravnega varstva, ki se preverja v okviru procesnega pogoja, določenega v peti alineji prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, in ne v okviru preverjanja obstoja aktivne legitimacije, ne vzpostavlja ugotovitve ali domneve o obstoju aktivne legitimacije, saj je za ugotovitev o obstoju aktivne legitimacije potrebna tudi ugotovitev, da lahko vlagatelju zaradi ravnanja naročnika, zoper katerega je vložen zahtevek za revizijo, nastane škoda v smislu 14. člena ZPVPJN.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da vlagatelju zaradi očitanih (domnevnih) naročnikovih kršitev pri pregledu vlagateljeve ponudbe in njene dopustnosti, v delu,

ki se nanaša na neizpolnjevanje kadrovskega pogoja za Vodjo projekta, ni mogla nastati škoda, vlagatelj pa posledično ne izkazuje aktivne legitimacije za vložitev predmetnega zahtevka za revizijo. Na podlagi navedenega je Državna revizijska komisija, skladno s tretjim odstavkom 31. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo zavrgla.

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

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

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

**Pravni pouk:** Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednica senata:  
mag. Zlata Jerman, univ. dipl. prav.  
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelju po pooblaščenju,
- RS, MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.