

Številka: 018-114/2022-12

Datum: 28. 11. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/11 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Červeka kot predsednika senata ter Andraža Žvana kot člana senata in Nine Velkavrh kot članice senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Nakup farmacevtske substance kanabidiol*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj FARMAKEM, d. o. o., Bohova 73, 2311 Hoče, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška pisarna Rogl, Trg republike 3, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Univerzitetni klinični center Ljubljana, Zaloška cesta 2, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 28. 11. 2022

odločila:

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

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja v odprtem postopku, je bilo 9. 6. 2022 objavljeno na Portalu javnih naročil pod št. objave JN003972/2022-B01 in 10. 6. 2022 v Dodatku k Uradnem listu EU pod št. objave 2022/S 111-310428 (s popravkoma pod št. objave JN003972/2022-K01 z dne 4. 7. 2022 in 2022/S 127-361605 z dne 5. 7. 2022).

Naročnik je 6. 9. 2022 sprejel in istega dne na Portalu javnih naročil objavil »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, št. 845080118-057-22/9 (v nadaljevanju: odločitev o oddaji javnega naročila), iz katere izhaja, da je javno naročilo oddal ponudniku LENIS farmacevtika, d. o. o. (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), katerega ponudba je bila ocenjena kot dopustna in ekonomsko najugodnejša. Iz odločitve o oddaji javnega naročila nadalje izhaja, da ponudba vlagatelja ne ustreza strokovnim zahtevam, ker dostavljeni vzorec substance organoleptično ne ustreza zahtevam in ker se testirani vzorec v pripravljeni oljni raztopini v maksimalno dopustnem času ni popolnoma raztopil.

Zoper odločitev o oddaji javnega naročila je vlagatelj 15. 9. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga, da se razveljavi naročnikova odločitev o oddaji javnega naročila ter izda nova odločitev, s katero se javno naročilo odda vlagatelju. Zahteva tudi povrnitev specificiranih stroškov predrevizijskega in revizijskega postopka. Vlagatelj v zahtevku za revizijo navaja:

- da je njegova ponudba skladna z zahtevami in pogoji naročnika iz razpisne dokumentacije, hkrati pa najugodnejša, zato bi mu moralo biti oddano predmetno javno naročilo;
- da je ugotovitev naročnika v izpodbijani odločitvi, da dostavljeni vzorec organoleptično ne ustreza razpisnim zahtevam, nepravilna, saj je posredovani vzorec kanabidiola po videzu predstavljal drobno rahlo rumenkast prašek oz. drobne kristalčke blede rumene barve, pri čemer večjih aglomeratov zagotovo ni bilo prisotnih, prisotni so bili lahko zgolj manjši in rahli skupki snovi, ki se tvorijo v posledici dejstva, da material določen čas stoji v zaprtem prostoru, pri čemer pa tovrstni skupki zaradi krhkosti že ob najmanjšem dotiku ali stresanju vsebnika razpadejo oziroma se razletijo v prah;
- da v kolikor je v konkretnem primeru dejansko mogoče govoriti o večjih aglomeratih, lahko razlog za to predstavlja tudi nepravilno in s tem nestrokovno ravnanje na strani naročnika, npr. neprimeren kraj in temperatura hranjenja vzorca;
- da so rezultati raztapljanja vzorca v oljni raztopini, ki jih je izvedel sam vlagatelj pred pošiljanjem vzorca naročniku, povsem drugačni kot rezultati, ki jih v izpodbijani odločitvi navaja naročnik – dobljena raztopina je povsem bistra, blede rumenkaste barve, brez vidnih delcev;
- da je v avgustu 2022, ko je bil s strani naročnika seznanjen z rezultati testiranja, pri akreditiranem laboratoriju ponovno izvedel testiranje z raztapljanjem substance, ki ustreza vzorcu, posredovanem naročniku (ista serija), pri katerem so bili v vzorcu ugotovljeni netopni delci, ki pa z vzorcem kanabidiola niso povezani in ne vplivajo na ponujeno substanco – naročnikova zahteva glede raztopljenosti delcev pa se nanaša na raztapljanje same substance (da se mora ta popolnoma raztopiti);
- da je nadalje Kemijski inštitut izvedel analizo oz. identifikacijo netopnih delcev, pri kateri je bilo ugotovljeno, da so prisotni delci PTFE (politetrafluoroetilen), pri čemer ti delci izvirajo iz tesnila oz. vodila mešala, nameščenega na reaktorju (enake ugotovitve izhajajo tudi iz poročila U. P., ki opravlja delo kemika pri vlagatelju), ki nimajo nobenih negativnih vplivov na človeško telo;
- da receptura DAC/NFR 2017/2 v razdelku »Priprava« določa, da *»mora biti tekočina bistra in lahko izgleda blede rumena do rdečkasto rjava, neraztopljeni ostanki ne smejo biti vidni«*, kar se nanaša na pripravek 50 mg/ml oz. na 100 mg/ml kot končni produkt, prav tako je v razdelku »Odmerjanje« določeno, da je treba oljno raztopino kanabidiola 50 mg/ml oz. 100 mg/ml *»kot končni produkt odmerjati individualno«*, iz česar je mogoče zaključiti, da količina raztopine, ki jo je v zvezi z vzorcem vlagatelja pripravil naročnik, tj. 100 g/l, predstavlja t. i. »bulk« (tj. pripravo večje količine farmacevtske raztopine, ki predstavlja surovino za končni produkt), ne pa tudi končnega izdelka, zato bi bilo treba slednjega primarno pakirati v 50 oz. 100 ml vsebnike, ob tem pa poskrbeti, da morebitni netopni delci ne zaidejo v končni produkt;
- da postopek priprave dejansko napotuje na odstranitev (filtracijo) morebitnih neraztopljenih delcev iz t. i. »bulka«, ki v končnem produktu (50 mg/ml oz. na 100 mg/ml) ne smejo biti vidni; isti postopek izhaja tudi iz razdelka »Vizualni pregled«, kjer je zapisano: *»Videz brez odpiranja zabojnika: bistra, svetla, viskozna raztopina«*, pri čemer se neraztopljeni delci sploh ne omenjajo, saj ti ne izkazujejo standarda, ki bi se vizualno preverjal in zaradi česar bi bil produkt ob prisotnosti morebitnih neraztopljenih delcev v t. i. »bulku«, torej v postopku priprave, avtomatično neustrezen;
- da je naročnik zgolj na podlagi vizualnega pregleda zaključil, da se vzorec kanabidiola ni popolnoma raztopil, medtem ko ni identificiral domnevno netopnih delcev in poleg vizualnega pregleda ni izvedel drugih analiznih testiranj;
- da obstaja tudi možnost, da neraztopljeni delci izvirajo iz MCT olja (*Medium-Chain Triglycerides*, tj. srednjeveržni trigliceridi), saj se barva raztopine, ki je v okviru testiranja nastala pri vlagatelju, bistveno razlikuje od barve raztopine, ki je nastala pri naročniku, iz česar bi bilo mogoče zaključiti, da je prišlo do kontaminacije vzorca iz razlogov na strani naročnika;

- da naročnik testiranja posredovanih vzorcev ni opravil na enak način z vsemi ponudniki, saj je testiranje vseh preostalih ponudnikov izvedel v količini 50 g, testiranje vzorca, ki je bil posredovan s strani vlagatelja, pa je bilo izvedeno v količini 100 g, s čimer je podana kršitev načela enakopravne obravnave ponudnikov iz 7. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), saj se je s testiranjem večjega vzorca substance povečala tudi možnost prisotnosti delcev v naročnikovem MCT olju, možnost kontaminacije v samem postopku priprave in s tem tudi možnost neraztopljenih delcev.

Naročnik je v skladu s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN izbranemu ponudniku posredoval kopijo zahtevka za revizijo, vendar je s portala eRevizija razvidno, da le-ta svoje izjasnitve ni posredoval.

Naročnik je s Sklepom, št. 845080118-057-22/12 z dne 4. 10. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo) vlagatelj zahtevkov za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi njegovo zahtevo za povračilo stroškov. Naročnik navaja:

- da vlagatelj najprej zatrjuje, da večjih aglomeratov v vzorcu ni bilo prisotnih, po drugi strani pa v nadaljevanju zahtevka za revizijo prihaja sam sebi v nasprotje in priznava, da so bili v njegovem vzorcu prisotni manjši in rahli skupki snovi, nadalje pa celo priznava možnost obstoja večjih aglomeratov v njegovem vzorcu (krivdo za to sicer pavšalno pripisuje ravnanju naročnika z vzorcem), zato že iz tega razloga ni mogoče slediti navedbam vlagatelja, da je videz vzorca popolnoma ustrezal zahtevam naročnika v razpisni dokumentaciji;
- da vlagatelj zgolj pavšalno zatrjuje, da v njegovem vzorcu ni bilo večjih aglomeratov, za svoje trditve pa niti ne ponudi substanciranih dokazov oz. predlaga zgolj neprimerne dokaze, zato je njegova trditveno-dokazna podlaga pomanjkljiva;
- da je iz priložene fotografije vlagateljevega vzorca, ki je bila narejena med testiranjem, razvidna prisotnost večjih skupkov (aglomeratov), in sicer tudi takrat, ko je bil vzorec že pretresen v čašo;
- da vlagatelj zgolj primeroma in pavšalno omenja neprimeren kraj in temperaturo, ne ponudi pa konkretnih trditev v zvezi s tem, zato s predmetnimi navedbami ne zmore trditveno-dokaznega bremena, pri čemer naročnik dodaja, da je hrambo in testiranje vseh vzorcev izvedel pod istimi in strokovno ustreznimi pogoji;
- da vlagatelj najprej navaja, da ugotovitev naročnika (obstoj neraztopljenih delcev v raztopini) ni pravilna, v nadaljevanju pa prihaja sam sebi v nasprotje in priznava, da ponujena substanca vsebuje netopne delce, pri čemer najprej zatrjuje, da ti izvirajo iz držala oz. tesnila mešala, v nadaljevanju pa celo priznava prisotnost neraztopljenih ostankov same substance (razlog za to naj bi bila (pre)velika količina pripravljene raztopine, t. i. »bulk«) in tako pravzaprav mestoma pritrjuje naročnikovi ugotovitvi o nedopustnosti njegove ponudbe;
- da izvor delcev (neraztopljen kanabidiol, nečistoča kanabidiola ali umazanija kot posledica umazane linije pakiranja substance, embalaže itd.) za rešitev zadeve sploh ni relevanten, saj je vsebina strokovnih zahtev popolnoma jasna – v njih je zapisano, da mora biti raztopina *»brez kakršnihkoli vidnih delcev«*, ter da *»ne sme biti prisotnih zaostankov neraztopljene substance ali eventualnih nečistoč«*, zato v kolikor bi naročnik vsebino razpisne dokumentacije v tej fazi (tj. po roku za oddajo ponudb) razlagal na način, za katerega se zavzema vlagatelj (da je vzorec z delci, ki izvirajo iz držala oz. tesnila mešala, ali ki vsebuje nečistote, skluden z zahtevami naročnika), bi dal določbam razpisne dokumentacije nov oz. širši pomen;
- da vlagatelj po nepotrebem opisuje izvor delcev v raztopini ter zatrjuje, da ti delci niso nevarni oz. zdravju škodljivi in v dokaz prilaga klinično študijo o neškodljivosti PTFE delcev, saj navedeno za rešitev zadeve ni materialnopravno relevantno – naročnik je jasno določil, da v raztopini ne sme biti prisotnih zaostankov neraztopljene substance ali eventualnih nečistoč;
- da v vzorcu izbranega ponudnika ni bilo nikakršnih vidnih delcev (niti nečistoč kanabidiola niti druge umazanije) in zgolj tak vzorec je skluden z zahtevami razpisne dokumentacije, zato bi

naročnik z razlago določb razpisne dokumentacije, kot jo zasleduje vlagatelj, ponudnika neenakopravno obravnaval;

- da vlagatelj z navedbami, da je prisotnost neraztopljenih ostankov kanabidiola posledica (pre)velike količine raztopine (t. i. »bulk«) naročniku očita neustrezno testiranje vzorcev (prevelika količina raztopine) in ker je naročnik že v razpisni dokumentaciji izrecno določil, da bo raztopino pripravil »iz 100 g vzorca ponujene substance, ki bo zadoščal za pripravo enega litra raztopine«, je vlagatelj s takšnimi navedbami prepozen;
- da za naročnika ne glede na vlagateljovo zmotno razlago glede končnega produkta slednjega predstavlja raztopina kanabidiola v MCT olju, ustrezni ponudbi preostalih dveh ponudnikov pa dokazujeta, da kanabidiol, ki ustreza vsem zahtevam naročnika, ni nobena posebnost, zato tudi rešitev, ki jo smiselno predlaga vlagatelj (tj. da bi moral naročnik delce iz vlagateljove raztopine sam odstraniti oz. izdelek prepakirati in poskrbeti, da netopni delci v raztopini ne zaidejo v končni produkt oz. filtrirati) za naročnika nikakor ni sprejemljiva, s takšno razlago pa bi naročnik dal obstoječim določbam razpisne dokumentacije nov, drugačen pomen;
- da je bil način testiranja vzorcev v razpisni dokumentaciji vnaprej natančno opredeljen, zaradi česar je vlagatelj z navedbami, da je naročnik izvajal zgolj vizualni pregled (in ni ugotavljal tudi identifikacije neraztopljenih delcev), prepozen;
- da je bila raztopina iz vzorca izbranega ponudnika pripravljena na popolnoma enak način kot raztopina iz vzorca vlagatelja (enaka količina vzorca oz. enaka količina raztopine) in da je tako s strani vlagatelja in izbranega ponudnika prejel 100 g vzorca, vendar so bili kljub temu le v raztopini iz vzorca vlagatelja prisotni delci;
- da so popolnoma pavšalna tudi vlagateljova ugibanja o možnosti, da neraztopljeni delci v raztopini izvirajo iz MCT olja naročnika, saj je že sam vlagatelj potrdil prisotnost delcev v raztopini, zato navedeno ne drži;
- da je tudi sicer naročnik (tako kot vedno) pri pripravi raztopine še pred uporabo olja preveril njegovo ustreznost (videz, barva, prisotnost delcev) in v primeru, da bi ta vseboval delce, olja ne bi uporabil, pri čemer je raztopino pripravil z MCT oljem ustrezne kakovosti za proizvodnjo zdravil (PH. Eur. kakovosti) istega proizvajalca in enake serije.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 5. 10. 2022 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 10. 10. 2022 opredelil do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika), v kateri jo prereka in dodatno utemeljuje zahtevek za revizijo. Med drugim navaja:

- da dejstvo neobstoja večjih aglomeratov v posredovanem vzorcu predstavlja negativno dejstvo, glede katerega se je tako v teoriji kot tudi v sodni praksi ustalilo stališče, da je dokazno breme na tistem, ki zatrjuje obstoj, ne pa na tistem, ki zatrjuje neobstoj dejstev;
- da je glede na njegove navedbe o naročnikovi neustreznosti hrambe vzorca substance dokazno breme glede dokazovanja pravilne hrambe na strani naročnika, ki pa kakršnihkoli dokazil, ki bi izkazovale ustreznost hrambe, tj. glede temperature in vlage, ni predložil, zato kot dokaz predlaga, da naročnik predloži vso skladiščno oz. hrambno dokumentacijo za vzorec izbranega ponudnika in vzorec vlagatelja oz. da v le-to vpogleda Državna revizijska komisija;
- da se razpisna zahteva, da mora biti pripravljena raztopina popolnoma bistra brezbarvna do bledo rumenkasta viskozna raztopina brez kakršnihkoli vidnih delcev, nedvomno nanaša na samo substanco, ki je predmet raztapljanja, v posledici česar se stališče naročnika, da mora biti pripravljena raztopina brez kakršnihkoli vidnih delcev, tj. ne glede na izvor teh delcev, izkaže za nepravilno in predstavlja nedopustno spremembo, tj. ožjenje razpisne zahteve;
- da PFTE delcev ni mogoče opredeliti za nečistoče, tj. ne po strokovnih zahtevah naročnika ne po monografiji C-052 DAC/NRF 2020/2, ki definira substanco kanabidiol in ki je predmet zadevnega javnega naročila; delci in nečistoče sta namreč dva popolnoma različna pojma, strokovno gledano iz farmacevtskega vidika pa imata tudi popolnoma drugačen pomen;

- da fotografija raztopine izbranega ponudnika ni približana oz. povečana, medtem ko je fotografija raztopine vlagatelja posneta bistveno drugače, tj. približano in povečano, zato naročnik ponudnikov ni obravnaval na enak način;
- da filtracijo predvideva že monografija 22.10 DAC/NRF 2017/2, na katero se v strokovnih zahtevah izrecno sklicuje tudi naročnik, in posledično v tem delu ne gre za razlago v korist vlagatelja, ampak za dejstvo, ki ga s sklicevanjem na navedeno monografijo predpisujejo strokovne zahteve naročnika.

Skladno s četrtem odstavkom 29. člena ZPVPJN je Državna revizijska komisija 18. 10. 2022 naročnika pozvala še na odstop dokumentacije o testiranju vzorcev vseh ponudnikov in predmetno dokumentacijo prejela 24. 10. 2022. Naročnik je hkrati posredoval vlogo, v kateri je podal dodatna pojasnila v zvezi z vlagateljevo opredelitvijo do navedb naročnika z dne 10. 10. 2022.

Državna revizijska komisija je vlagatelja in izbranega ponudnika z dopisom z dne 24. 10. 2022 seznanila z naročnikovo vlogo in posredovano dokumentacijo ter jima omogočila, da se do nje opredelita. Vlagatelj se je opredelil z vlogo z dne 28. 10. 2022, v kateri še dodatno utemeljuje svoje očitke in med drugim navaja:

- da je o kvalitetnejši substanci mogoče govoriti v primeru, ko gre za bolj droben prah, pri čemer je v takem primeru večja možnost nastanja skupkov, zato je vzorec substance vlagatelja izjemno visoke kvalitete;
- da je iz fotografij vzorca izbranega ponudnika razvidno, da so bili skupki nedvomno prisotni tudi v njegovem vzorcu, saj iz njih jasno izhajajo skupki strnjenih kristalov okrogle oblike, ki bi v primeru približane slike (tj. z enakim približanjem kot vzorec vlagatelja) bili primerljivi s skupki v vzorcu vlagatelja;
- da naročnik vlagateljevega vzorca ni pretresel, medtem ko je iz fotografij vzorca izbranega ponudnika jasno razvidno, da je bil ta močno pretresen, saj so vsi skupki enake velikosti in oblike, substanca pa je v kozarcu enakomerno porazdeljena;
- da iz posredovanih dokumentov (izpis podatkov o relativni vlagi in temperaturi) ni razvidno, na kateri prostor se dejansko nanašajo ti podatki, v posledici česar zadevne predložene listine nimajo nobene dokazne vrednosti;
- da je z listinskimi dokazi izkazal, da neraztopljeni delci ne predstavljajo neraztopljene substance, ampak PFTE delce, ki so v zdravilni učinkovini lahko prisotni, zato dodatna analiza na strani naročnika niti ni potrebna;
- da smeti, pesek in asfalt nedvomno predstavljajo nečistoče, ki niso dovoljene in ne smejo biti prisotne v zdravilni učinkovini, kar pa ne velja za PFTE delce, ki ne predstavljajo kontaminacije, ampak delce, ki so v skladu s farmacevtskimi standardi v celoti dopustni, kar bi moral upoštevati tudi naročnik;
- da naročnik v razpisni dokumentaciji nikjer ni izključil možnosti filtracije pripravljene raztopine, prav tako pa delci PFTE v zelo kratkem času potonejo na dno, v posledici česar ni treba filtrirati celotne raztopine, ampak zgolj usedlino;
- da naročnik postopka raztapljanja ni izvedel na povsem enak način (vzorec substance izbranega ponudnika se je pričel takoj mešati z mešalom s 700 obrati (min^{-1}) in se je nato na enak način mešal tudi v nadaljevanju, medtem ko se je vzorec vlagatelja pričel mešati z mešalom šele po 15 minutah; pri izbranem ponudniku je naročnik po 30 minutah vklopil segrevanje na 50 °C, medtem ko je pri vlagatelju do vklopa segrevanja na 50 °C prišlo že po 15 minutah, medtem ko se je po nadaljnjih 20 minutah temperatura segrevanja povečala na 70 °C);
- da iz naročnikovih dokazil ni razvidno, ali je pri vseh ponudnikih uporabil enako MCT olje; raztopina substance vlagatelja je namreč bistveno drugačne barve kot barva drugih dveh raztopin, barva raztopine substance, ki jo je naročniku posredoval vlagatelj, pa se razlikuje tudi od barve raztopine, ki je nastala v okviru testiranja, ki jih je izvedel sam vlagatelj, v

posledici česar vlagatelj utemeljeno meni, da je drugačna obarvanost raztopine posledica MCT olja, ki ga je naročnik uporabil pri raztapljanju.

Naročnik se je z vlogo z dne 8. 11. 2022 opredelil do bistvenih trditev vlagatelja v vlogi z dne 28. 10. 2022 in med drugim izpostavil:

- da v monografiji C-052 DAC/NFR 20 ni omenjena filtracija predmetne substance in četudi bi bila, je v naročnikovi diskreciji, kako bo svoje potrebe v zvezi z uporabo substance in zdravljenjem pacientov realiziral;
- da je vlagatelj z navedbami o pogojih hranjenja vzorca (natančna temperatura in vlaga) v vlogi z dne 28. 10. 2022 prekludiran, saj je že v opredelitvi do navedb naročnika zatrjeval kršitve naročnika, vezane na pogoje shranjevanja vzorcev, zato bi moral že takrat podati natančnejše navedbe, kakšna naj bi bila po njegovem mnenju primerna temperatura in vlaga pri hranjenju vzorca in da mora biti substanca tesno zaprta in zaščiten pred soncem;
- da je v prejšnji vlogi naročnika oz. priloženem dokumentu »*Priloga 11 Farmakem Ocena ponujene substance 2*« prišlo do tiskarske napake v prvi vrstici tabele, in sicer število obratov pri testiranju vlagateljeva vzorca ni bilo 0, ampak je bilo enako kot pri izbranem ponudniku (700 min^{-1}), pa tudi sicer, v kolikor bi podatki v predloženih listinah držali, navedeno na rezultate testiranja ne bi vplivalo, saj je prišlo do razlike v raztapljanju pri vzorcih vlagatelja in izbranega ponudnika tako glede na čas raztapljanja, kot tudi glede na temperaturo raztapljanja, kar jasno kaže na razliko v kakovosti obeh ponujenih substanc;
- da iz spremnih listov za magistralni pripravek, ki jih je predložil k prejšnji vlogi (sestavina Miglyol v dokumentih »*Priloga 2 Lenis Spremni list vzorec 1*« in »*Priloga 10 Farmakem Spremni list vzorec 2*«) izhaja, da je za pripravo raztopin vseh vzorcev uporabil MCT olje iste serije istega proizvajalca, po potrebi pa lahko naročnik (na poziv Državne revizijske komisije) pridobi dodatna pojasnila in dokazila pri proizvajalcu olja.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 14. 11. 2022 opredelil še do naročnikove vloge z dne 8. 11. 2022. V njej vztraja pri revizijskih očitkih in med drugim dodatno poudarja:

- da iz naročnikovih pojasnil izhaja, da ne pozna standardov dobre distribucijske prakse (t. i. GDP), ki tako v domači zakonodaji kot tudi v mednarodnih standardih zahteva sledljivost zdravilne učinkovine, zato se naročnikovo stališče, da dopušča možnost, da zaposleni pri vlagatelju ni testiral enakega vzorca ponujene substance, v celoti izkaže za nepravilno;
- da vse njegove navedbe v vlogi z dne 28. 10. 2022 o pogojih hrambe vzorca predstavljajo standard rokovanja z zdravilno učinkovino, ki je podrobneje opisan tudi v varnostnem listu (*SDS – safety data sheet*), predloženemu naročniku, zato ne gre za morebitno novoto;
- da prereka vsakršne očitke naročnika glede morebitnega nepravilnega rokovanja med transportom vzorca;
- da so neresnične naročnikove navedbe glede preteklih negativnih izkušenj, saj je zadevni postopek posledica dejstva, da je naročnik predhodni postopek vodil nezakonito in ki je bil na podlagi odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-186/2021, razveljavljen zaradi napak naročnika, ne pa zaradi prisotnosti morebitnih neraztopljenih delcev;
- da neaktivno mešalo nedvomno vpliva na čas raztapljanja.

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo preverila, ali je vložen pravočasno in pri naročniku; ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN; ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN; ali obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je dopusten. Ker je ugotovila, da so izpolnjeni vsi pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, je zahtevek za revizijo na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN sprejela v obravnavo.

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

Med vlagateljem in naročnikom je spor v tem, ali je naročnik ravnal v skladu z Zakonom o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.); v nadaljevanju: ZJN-3) in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je ponudbo vlagatelja označil kot nedopustno iz razloga, ker ne izpolnjuje zahtev iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Predmetne revizijske navedbe vlagatelja je treba presoјati z vidika 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3, skladno s katero je dopustna ponudba, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je prispela pravočasno, pri njej ni dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija, naročnik je ni ocenil za neobičajno nizko in cena ne presega zagotovljenih sredstev naročnika. Skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 naročnik odda javno naročilo na podlagi meril, po tem, ko preveri da so izpolnjeni naslednji pogoji: (a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu ter v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, po potrebi ob upoštevanju variant iz 72. člena ZJN-3, in (b) ponudbo je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3 in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. ter 83. člena ZJN-3, če so ta bila določena.

Ena od predpostavk dopustne ponudbe je torej tudi njena skladnost z zahtevami naročnika, opredeljenimi v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. S tehničnimi zahtevami naročnik v skladu z 68. členom ZJN-3 opredeli oziroma opiše predmet naročila in specificira zahtevane značilnosti predmeta, kot npr. način delovanja in uporabe, stopnjo kakovosti, uporabljene materiale, dimenzije, tehnične parametre, proizvodne postopke, okoljske lastnosti, stopnjo varnosti itd. Gre za zahtevane značilnosti predmeta javnega naročila, ki naj bi izražale pričakovanja naročnika glede namena, ki ga želi doseči z izvedbo javnega naročila. Način in obseg opisa predmeta javnega naročila je odvisen od lastnosti in kompleksnosti samega predmeta. Ker je ponudnik tisti, ki mora v ponudbi dokazati, da ponuja blago z zahtevanimi tehničnimi lastnostmi (deveti odstavek 68. člena ZJN-3), mora naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddaji javnega naročila določiti tudi način izkazovanja tehnične ustreznosti ponujenega blaga (npr. z opisom tehničnih lastnosti, predložitvijo skic, prospektov, izjav in druge tehnične dokumentacije itd.). Ob tem ZJN-3 v okviru dokazil za ugotavljanje tehnične usposobljenosti ponudnikov predvideva, da lahko naročnik v zvezi s proizvodi, ki jih je treba dobaviti, od ponudnikov zahteva predložitve vzorcev, opisov ali fotografij, katerih ustreznost mora biti potrjena, če to zahteva naročnik (točka k) osmega odstavka 77. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija je sprva dolžna pojasniti, da pravila javnega naročanja zahtevajo, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku ter da mora naročnik pogoje za sodelovanje, zahteve itd. določiti na jasn in nedvoumen način, tako da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki razumejo njihov natančen obseg in jih razlagajo enako, naročnik pa lahko učinkovito preizkusi, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo njegovim zahtevam. Pri pregledu in ocenjevanju ponudb mora naročnik ravnati v skladu s pravili, ki jih je sam določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, na način, kot so bila zapisana. Namen zahteve po vnaprejšnji jasni, natančni in nedvoumni določitvi zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila je preprečiti naročnikovo subjektivno ocenjevanje in vrednotenje ponudb ter zagotoviti, da se ponudniki vnaprej seznanijo z okoliščinami, ki bodo vplivale na oddajo javnega naročila. Le tako lahko ponudniki pripravijo dopustno ponudbo, ki jo bo mogoče primerjati s ponodbami drugih ponudnikov. Če naročnik po poteku roka za prejem ponudb določbam svoje dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila daje drugačen pomen, kot iz

njih izhaja na jasen, natančen in nedvoumen način, krši drugi odstavek 67. člena ZJN-3 (ki določa, da naročnik po poteku roka za prejem ponudb ne sme več spreminjati ali dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), pa tudi načelo transparentnosti (6. člen ZJN-3) ter načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

V obravnavani zadevi je naročnik tehnične zahteve določil v »Razpisni dokumentaciji za javno naročilo za nakup farmacevtske substance kanabidiol« (v nadaljevanju: dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ali razpisna dokumentacija) v poglavju »Strokovne zahteve (pogoji) naročnika« (v nadaljevanju: Strokovne zahteve), kjer je med drugim zapisal:

- »1. Ponujena substanca za farmacevtsko uporabo mora ustrezati zahtevam navedenim v monografiji Cannabidiol C-052 v DAC/NRF 2020/2. Kanabidiol mora biti bel do rahlo rumenkast homogen prah brez večjih aglomeratov s tališčem pri 67 °C.
2. Substanca mora biti ustrezne kakovosti za pripravo oljne raztopine kanabidiola v srednje verižnih trigliceridih (Ph. Eur.) v koncentraciji 100 mg v 1 mL raztopine v skladu z monografijo 22.10 DAC/NRF 2017/2. Kanabidiol se mora v srednje verižnih trigliceridih (Ph. Eur.) popolnoma raztopiti. Maksimalno dopusten čas raztapljanja pri mešanju na magnetnem mešalu in sočasnem segrevanju do 70 °C je 60 minut. Pripravljena raztopina mora biti popolnoma bistra brezbarvna do bledo rumenkasta viskozna raztopina brez kakršnihkoli vidnih delcev.
3. Ponudnik bo moral na poziv naročnika predložiti 100 g vzorca ponujene substance, ki bo zadoščal za pripravo enega litra raztopine. Naročnik bo ocenjeval ustreznost pod točkama 1 in 2 in sicer:
 - videz substance: bel do bledorumen homogen prah, brez prisotnih aglomeratov
 - topnost: v skladu z monografijo C-052 v DAC/NRF 2020/2
 - topnost in hitrost raztapljanja v srednjeverižnih trigliceridih (Ph. Eur.): v 60 minutah mora biti ves kanabidiol raztopljen, ne sme biti prisotnih zaostankov neraztopljene substance ali eventualnih nečistot.
 - videz raztopine – raztopina mora biti bistra, brezbarvna do blago rumenkasta viskozna raztopina.

[...]

Dalje gre ugotoviti, da je naročnik na Portalu javnih naročil 20. 6. 2022 z objavo več odgovorov na vprašanja potencialnih ponudnikov (objavljene informacije se na podlagi prvega odstavka 67. člena ZJN-3 štejejo kot del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila) spremenil količino zahtevanega vzorca substance, in sicer jo je iz prvotno zahtevanih 100 g zmanjšal na 50 g.

Iz izpostavljenih določb razpisne dokumentacije tako izhaja, da je naročnik predvidel predložitev vzorca substance, v okviru katere je preverjal ustreznost ponujene substance, in sicer je najprej preverjal videz substance v osnovnem stanju (prahu) in topnost substance v skladu z monografijo C-052 v DAC/NRF 2020/2 (slednja med strankama ni sporna), nato pa še topnost in hitrost raztapljanja substance v srednjeverižnih trigliceridih (MCT olju) ter videz tako pripravljene raztopine.

Državna revizijska komisija je glede na navedbe strank najprej presojala, kako pravilno razlagati sporne zahteve naročnika, ki jih je v zvezi z videzom oljne raztopine, pripravljene iz vzorca substance, določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

V skladu z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije je treba zahtevo, ki je jasna, razlagati tako, kot je zapisana, ter je ni dopustno razlagati izven okvirov pomena, kot izhaja iz njene jasne

dikcije, in kot so ga lahko razumeli tudi vsi običajno skrbni gospodarski subjekti. Pomensko jasni jezikovni znaki torej ne rabijo razlage oziroma ne morejo biti sporni (*in claris non fit interpretatio*), saj se mora dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila primarno razlagati tako, kot se glasi. Šele v primeru, če je zahteva (oz. jezikovni znaki posamezne zahteve) nejasna, je ni mogoče interpretirati v škodo ponudnikov, ki so zahtevo iz razpisne dokumentacije izpolnili v mejah, ki jo razlaga take zahteve še dopušča. Kot nejasne pa je mogoče obravnavati le tiste zahteve razpisne dokumentacije, ki glede na dikcijo ali glede na kontekst objektivno gledano omogočajo več različnih razlag. Morebitna nejasnost, ki izvira izključno iz subjektivnega dojemanja ponudnika, zato ne more biti relevantna. Nasprotno ravnanje naročnika, kot že navedeno, pomeni nedopustno spreminjanje ali dopolnjevanje dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila po izteku roka za prejem ponudb, s tem pa tudi kršitev načel transparentnosti javnega naročanja in enakopravne obravnave ponudnikov.

Četudi se gre strinjati z vlagateljem, da se naročnikova zahteva v 2. točki Strokovnih zahtev (*»Kanabidiol se mora v srednje verižnih trigliceridih (Ph. Eur.) popolnoma raztopiti.«*) nanaša na raztapljanje same substance kanabidiola, ni mogoče prezreti nadaljnjih naročnikovih določb o zahtevanih lastnostih substance in raztopine v isti točki Strokovnih zahtev, ko je zapisal: *»Pripravljena raztopina mora biti popolnoma bistra brezbarvna do blede rumenkasta viskozna raztopina brez kakršnihkoli vidnih delcev.«*, v 3. točki pa še: *»v 60 minutah mora biti ves kanabidiol raztopljen, ne sme biti prisotnih zaostankov neraztopljene substance ali eventualnih nečistot.«* Državna revizijska komisija glede na takšen zapis pritrjuje naročniku, da je zahteva glede neprisotnosti kakršnihkoli (vidnih) delcev ali nečistoč v pripravljene raztopini jasna in jo je zato treba razlagati tako, kot je zapisana. Državna revizijska komisija je vpogledala tudi v objave pri predmetnem javnem naročilu na Portalu javnih naročil in ugotovila, da naročnik v okviru pojasnil ali odgovorov na vprašanja ni podal (morebitne ožje ali drugačne) razlage te zahteve. Iz sporne zahteve tako nedvoumno izhaja, da oljna raztopina, pripravljena iz vzorca substance, ne sme vsebovati nobenih vidnih delcev ali nečistoč, ne glede na izvor teh delcev ali nečistoč. V posledici navedenega je nerelevantno vlagateljevo zatrjevanje o drugačnem pomenu besed *delci* in *nečistoče*, saj je naročnik v razpisni dokumentaciji prepovedal tako obstoj kakršnihkoli delcev kot tudi nečistoč v raztopini, zato ni pomembno morebitno razlikovanje med njima.

Dalje gre ugotoviti, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel (zgolj) vizualni pregled tako substance v osnovnem stanju kot tudi pripravljene raztopine, zato se ni mogoče strinjati z vlagateljem, da bi naročnik poleg vizualnega pregleda moral še identificirati morebitne netopne delce v raztopini in izvesti analizo testiranje izvora teh delcev. Navedeno namreč presega v tem delu povsem jasne določbe razpisne dokumentacije. Iz tega razloga vlagateljeve navedbe in predloženi dokazi o dodatnih analizah raztopine in izvoru neraztopljenih delcev (poročilo kemika, zaposlenega pri vlagatelju, analizi laboratorija LabCore in Kemijskega inštituta ter članek o neškodljivosti delcev PFTE) za rešitev zadeve niso pravno relevantni, zato jih Državna revizijska komisija ni presojala. Iz istega razloga je nerelevantno tudi vlagateljevo zatrjevanje v vlogi z dne 28. 10. 2022, da je z listinskimi dokazi (v zahtevku za revizijo) izkazal, da neraztopljeni delci ne predstavljajo neraztopljene substance, ampak PFTE delce, in zato dodatna analiza na strani naročnika niti ni potrebna. Državna revizijska komisija lahko namreč v konkretnem revizijskem postopku, ko je zahtevku za revizijo vložen zoper odločitev o oddaji javnega naročila, glede na navedbe strank le še preveri, ali je naročnik pri pregledovanju in ocenjevanju ponudb ravnal v skladu z zakonom in z zahtevami, kot jih je določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Glede na že ugotovljeno, je bil torej naročnik na podlagi vizualnega pregleda dolžan ugotoviti, ali so raztopine, pripravljene iz vzorcev ponudnikov, brez kakršnihkoli vidnih delcev, zaostankov neraztopljene substance in nečistoč.

Vlagatelj tudi zatrjuje, da je naročnik pripravil večjo količino raztopine (t. i. »bulk«), v zvezi s katero pa ni postopal skladno z navodili, kot izhajajo iz recepture monografije DAC/NFR 2017/2, v

posledici česar zaključek naročnika o prisotnosti neraztopljenih delcev ni pravilen. Državna revizijska komisija v zvezi s temi navedbami ugotavlja, da je naročnik že v razpisni dokumentaciji natančno določil postopek testiranja in priprave raztopine, in sicer je navedel, da bo raztopino pripravil »iz 100 g vzorca ponujene substance, ki bo zadoščal za pripravo enega litra raztopine« (oz. na podlagi objavljenega odgovora na Portalu javnih naročil iz 50 g vzorca), posledično pa vlagateljevo tolmačenje, kaj je končen produkt v skladu z monografijo DAC/NFR 2017/2 in o tem, da ta napotuje na odstranitev (filtracijo) netopnih delcev, ni relevantno. Drži, kot to zatrjuje vlagatelj, da se je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v Strokovnih zahtevah skliceval na monografijo 22.10 DAC/NRF 2017/2, vendar se je nanjo skliceval pri splošni določbi glede priprave raztopine (*»Substanca mora biti ustrezne kakovosti za pripravo oljne raztopine kanabidiola v srednje verižnih trigliceridih (Ph. Eur.) v koncentraciji 100 mg v 1 mL raztopine v skladu z monografijo 22.10 DAC/NRF 2017/2.«*), nadalje pa je naročnik določno in izrecno sam določil, kakšno raztopino in v kolikšni količini bo pripravil v okviru preizkušanja ponujene substance ter kakšne lastnosti mora imeti tako pripravljena raztopina, pri čemer ni predvidel filtracije morebitnih neraztopljenih delcev – kot že navedeno, je zapisal, da mora biti pripravljena raztopina brez kakršnihkoli delcev ali nečistoč, iz česar jasno izhaja, da mora takšne lastnosti imeti že sama pripravljena raztopina, brez da bi jo bilo treba še filtrirati. Na podlagi tako jasne zahteve ni mogoče pritrditi vlagatelju, da bi naročnik moral izvesti odstranitev oz. filtracijo morebitnih netopnih delcev iz pripravljene raztopine, četudi bi moral filtrirati zgolj usedlino (na kar se sklicuje vlagatelj v vlogi z dne 28. 10. 2022). Strinjati se gre z naročnikom, da bi s tem določbam dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila po poteku roka za oddajo ponudb dal drugačen pomen, kot iz njih izhaja na jasen, natančen in nedvoumen način, kar pa ni dopustno.

V posledici navedenega Državna revizijska komisija pritrjuje naročniku, da je vlagatelj z navedbami glede identifikacije neraztopljenih delcev in količine pripravljene raztopine, kot tudi glede filtracije delcev, prepozen. V kolikor je menil, da bi morale biti tehnične zahteve oblikovane drugače, je imel možnost na naročnika preko Portala javnih naročil nasloviti zahtevo za dodatno pojasnilo in vložiti zahtevke za revizijo, vendar bi moral to storiti v rokih, ki jih za vložitev zahtevka za revizijo (ki se nanaša na vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe ali na razpisno dokumentacijo) določa 25. člen ZPVPJN. Po poteku teh rokov vsebinska presoja navodil in zahtev iz razpisne dokumentacije ni več dopustna, zaradi česar lahko Državna revizijska komisija, kot že navedeno, le še preveri, ali ponudba izpolnjuje zahteve na način, kot je določen v razpisni dokumentaciji.

Dalje so v predmetnem postopku pravnega varstva sporne pravilnost postopka ocenjevanja oz. testiranja predloženih vzorcev in ugotovitve, do katerih je na tej podlagi prišel naročnik. Navedeno predstavlja del postopka pregledovanja in ocenjevanja ponudb oz. del presoje dopustnosti ponudb. Vzorci, ki so predloženi v postopku oddaje javnega naročila, so reprezentativne narave – ponudnik se z njimi predstavi naročniku in dokazuje, da ponujeno blago izpolnjuje tehnične zahteve naročnika. Če se predloženi vzorec v postopku pregledovanja oz. testiranja izkaže za neustreznega, je treba ugotoviti, da takšna ponudba ni dopustna.

Ker gre pri pregledovanju in ocenjevanju vzorcev ponujenega blaga za del postopka pregledovanja in ocenjevanja ponudb, je naročnik pri tem dolžan upoštevati tista pravila, ki so določena v ZJN-3. Naročnik mora tekom ocenjevanja in vrednotenja ponudb ravnati tudi v skladu z načeloma preglednosti in enakopravne obravnave vseh ponudnikov. Postopek ocenjevanja in vrednotenja ponudb mora tako naročnik ustrezno dokumentirati, kar se nanaša tudi na preizkušanje vzorcev. Iz dokumentacije mora biti razvidno, na kakšen način je izvedel postopek preizkušanja vzorcev in kaj je pri tem ugotovil. Ugotovitev naročnika mora biti objektivno preverljiva, saj mora naročnik ponudnike v skladu z drugim in tretjim odstavkom 90. člena ZJN-3 obvestiti o svoji odločitvi ter navesti ugotovitve in razloge zanjo, ponudniki pa morajo imeti možnost (tudi v postopku pravnega varstva) preveriti, ali je naročnik odločitev sprejel v skladu z

določili dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in pravili javnega naročanja. Z drugimi besedami to pomeni, da mora naročnik v postopku ocenjevanja in vrednotenja ponudb vse prejete ponudbe oceniti na enak način in jih razvrstiti na podlagi enakih kriterijev.

Glede na navedeno je treba v predmetnem postopku oddaje javnega naročila odgovoriti na dve vprašanji, in sicer 1) ali je bil postopek testiranja vzorcev ponujenih substanc ustrezno izveden in dokumentiran ter 2) ali so ugotovitve naročnika ob testiranju vlagateljevega vzorca ponujene substance take narave, da je bil upravičen zavrniti vlagateljevo ponudbo kot nedopustno.

Državna revizijska komisija upoštevajoč posredovano naročnikovo dokumentacijo o testiranju vzorcev ugotavlja, da je naročnik postopek testiranja natančno dokumentiral, prav tako pa ga je izvedel skladno z zahtevami iz razpisne dokumentacije, pri čemer iz razlogov, navedenih v nadaljevanju, tudi ni ugotovila, da bi naročnik ponudnike v okviru testiranja njihovih vzorcev ponujene substance obravnaval v nasprotju z načelom enakopravne obravnave.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami glede neobstoja aglomeratov pri substanci v osnovnem stanju Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju v tem, da stranka praviloma negativnih dejstev ne more dokazovati, gotovo pa jih mora vsaj zatrjevati. V konkretnem primeru vlagatelj zatrjuje, da večjih aglomeratov v vzorcu ni bilo prisotnih, da pa so lahko bili prisotni zgolj manjši in rahli skupki snovi, pri čemer v opredelitvi do navedb naročnika in v vlogi z dne 28. 10. 2022 zatrjuje, da naročnik ne loči med skupki in aglomerati ter da iz slikovnega gradiva, ki ga je kot dokaz podal naročnik, izhaja, da v vzorcu ni bilo prisotnih nobenih aglomeratov (tj. tudi ne manjših aglomeratov), saj so na fotografiji vidni zgolj skupki sprijetega prahu substance, ki pa so glede na razpisne zahteve dovoljeni. Državna revizijska komisija tem navedbam ne more slediti, saj je iz naročnikove dokumentacije jasno razvidno, da vlagatelj vzorec substance v osnovnem stanju vsebuje aglomerate oz. skupke. Pri tem kljub vlagateljevemu zatrjevanju, da pojma aglomerat in skupek nimata enakega pomena, pritrjuje naročniku, gre za sinonima, četudi pa bi imeli skupki drugačen pomen in bi se, kot to zatrjuje vlagatelj, zaradi krhkosti že ob najmanjšem dotiku ali stresanju vsebnika razleteli v prah oz. razpadli, navedenega ni mogoče ugotoviti v obravnavanem primeru. Iz predložene dokumentacije je namreč jasno razvidno, da skupke oz. aglomerate vsebuje tudi vlagatelj vzorec, ki je že v čaši (torej ko je bil pretresen), zato gre pritrditi naročnikovim argumentom, da vlagatelj vzorec vsebuje aglomerate oz. skupke, ki niso tako krhki, da bi ob stresanju razpadli oz. se razleteli v prah. Čeprav vlagatelj v zahtevku za revizijo izpodbija odločitev o oddaji javnega naročila glede naročnikove ocene o nedopustnosti vlagateljeve ponudbe in ne glede ocene o dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika, Državna revizijska komisija z vidika očitane neenakopravne obravnave ponudnikov ugotavlja, da je iz fotografij vzorcev ostalih dveh ponudnikov, torej tudi izbranega ponudnika (čeprav fotografiji nista približani, kar zmoti vlagatelja), jasno razvidno, da le-ta, kljub nasprotnemu zatrjevanju vlagatelja, ne vsebujeta nobenih skupkov oz. aglomeratov – oba preostala vzorca, prav tako pretresena v čašo, namreč predstavljata drobne bele kristale, pri čemer je iz fotografij jasno vidna razlika v strukturi vzorca vlagatelja in vzorcev ostalih dveh ponudnikov, zato Državna revizijska komisija ne more kot prepričljivih in utemeljenih sprejeti vlagateljevih navedb v vlogi z dne 28. 10. 2022, da je naročnik vzorec izbranega ponudnika močno pretresel, tega pa ni storil z vlagateljevim vzorcem, zato so v njem prisotni skupki. Upoštevajoč navedeno ni mogoče ugotoviti, da bi naročnik pri testiranju videza vzorcev v osnovnem stanju ponudnike neenakopravno obravnaval.

Vlagatelj v vlogi z dne 28. 10. 2022 navaja tudi novo dejstvo, in sicer da je možnost nastanka skupkov v bolj finem prahu večja, kar kaže na večjo kvaliteto vlagateljeve substance. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj z izpostavljenimi navedbami prepozen, posledično pa jih v tem postopku pravnega varstva skladno s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN ni mogoče upoštevati. Predmetne vlagateljeve navedbe po vsebini predstavljajo nova dejstva, pri tem pa iz

navedb ne izhaja, da gre za dejstva, ki jih vlagatelj brez svoje krivde ni mogel navesti že v predrevizijskem postopku, niti tega vlagatelj v izpostavljeni vlogi ne dokaže.

Dalje vlagatelj v zahtevku za revizijo pavšalno navaja, da v kolikor bi se izkazalo, da njegov vzorec substance res vsebuje aglomerate, je lahko razlog za prisotnost (večjih) aglomeratov tudi nepravilno in s tem nestrokovno ravnanje na strani naročnika, npr. neprimeren kraj in temperatura hranjenja vzorca. Vlagatelj je dolžan, da v zahtevku za revizijo najprej določeno navede pravno pomembna dejstva (trditveno breme) in predlaga dokaze z namenom, da ta dejstva potrdijo (dokazno breme). Trditveno in dokazno breme je torej v izhodišču na vlagatelju, ki ga lahko prevali na naročnika (še)le, ko in če v zahtevku za revizijo navede in dokaže dejstva, ki kažejo na nezakovitost naročnikovega ravnanja. V konkretnem primeru vlagatelj v okviru tega očitka svojega trditveno-dokaznega bremena ni izpolnil oz. je le-to pomanjkljivo, saj je podal zgolj namigovanja, ki pa jih ni podkrepil s konkretnimi trditvami, s čimer bi trditveno-dokazno breme prevalil na naročnika, ki bi nato moral dokazovati pravilno in ustrezno hrambo vzorcev. Poleg tega se gre v zvezi s predmetnim očitkom strinjati z naročnikom tudi v tem, da je vlagatelj z navedbami o pogojih hranjenja vzorca v vlogi z dne 28. 10. 2022 prepozen. Drži sicer vlagatelj navedba v vlogi z dne 14. 11. 2022, da je naročniku v ponudbi izročil varnostni list, vendar v predrevizijskem postopku ni konkretizirano zatrjeval naročnikove kršitve glede pogojev hrambe vzorca, temveč je zgolj pavšalno navedel, da je lahko vzrok za prisotnost aglomeratov nepravilno ravnanje naročnika. Ker je imel vlagatelj že v zahtevku za revizijo možnosti podati navedbe, v kakšnih pogojih (temperatura, vlaga, tesna zaprtost in zaščitenost substance pred soncem ipd.) bi moral naročnik hraniti prejeti vzorec substance in konkretizirano zatrjevati naročnikove kršitve, Državna revizijska komisija predmetnih vlagateljnih navedb v vlogi z dne 28.10. 2022 pri vsebinski presoji ni upoštevala.

Na tem mestu Državna revizijska komisija še pojasnjuje, da zgolj dejstvo, da je naročnik kljub ugotovljeni neustreznosti videza vzorca substance, ki ga je predložil vlagatelj, izvedel tudi nadaljnje testiranje tega vzorca (tj. pripravo raztopine), ne more biti odločilno za presojo (ne)pravilnosti naročnikove odločitve, da vlagatelj vzorec organoleptično ne ustreza razpisnim zahtevam. Ker je preverjanje videza vzorca ponujene substance predstavljalo le del testiranja vzorcev (v skladu s prvo od sicer štirih alinej 3. točke Strokovnih zahtev), je razumljivo naročnikovo postopanje in pojasnilo, da je iz previdnosti in v skladu z načelom enakopravne obravnave ponudnikov pri vseh vzorcih (torej tudi pri vlagateljevem) v celoti izvedel testiranje v skladu s 3. točko Strokovnih zahtev. Le tako je lahko z gotovostjo sprejel zaključek o (ne)ustreznosti vlagateljevega vzorca.

Dalje gre v zvezi z vlagateljovo navedbo o neenakopravni obravnavi ponudnikov glede količine vzorcev, iz katerih je naročnik v okviru testiranja pripravil oljno raztopino, kot že navedeno, ugotoviti, da je naročnik z odgovorom na Portalu javnih naročil dne 20. 6. 2022 spremenil količino zahtevanega vzorca substance (iz prvotno zahtevanih 100 g jo je zmanjšal na 50 g), zato je eden izmed ponudnikov res predložil 50 g vzorca, tako vlagatelj kot izbrani ponudnik pa sta priložila 100 g, zato je naročnik iz njunih vzorcev pripravil enako količino raztopine. Ne glede na navedeno pa je pri tem ključno dejstvo, da je naročnik iz vzorcev vseh ponudnikov pripravil enako koncentracijo raztopine – glede na stehtano količino posredovanega vzorca je natančno prilagodil količino MCT olja. Državna revizijska komisija se zato strinja z naročnikom, da v kolikor je kontaminiranost substance z delci enakomerna, je delež oz. koncentracija nečistot enaka ne glede na količino pripravljene raztopine iz take substance. Državna revizijska komisija tudi pri pripravi raztopine glede na čas mešanja in poviševanja temperature ni ugotovila neenakopravne obravnave ponudnikov, kar naročniku očita vlagatelj. Ne glede na naročnikovo pojasnilo v vlogi z dne 8. 11. 2022, da je v dokumentaciji o testiranju prišlo do tiskarske napake glede števila obratov pri mešanju vlagateljovega vzorca ob začetku raztapljanja, namreč iz naročnikovih ocen vseh predloženih vzorcev izhaja, da je raztopine pripravil skladno z zahtevami, kot jih je določil v

razpisni dokumentaciji (tj. mešanje na magnetnem mešalu s segrevanjem 70 °C maksimalno 60 minut), pri čemer so se delci v raztopini vzorca izbranega ponudnika popolnoma raztopili v 50 minutah pri segrevanju na 50 °C, raztopina vzorca vlagatelja pa je vsebovala vidne neraztopljene delce še po 60 minutnem segrevanju do 70 °C. Dalje je razumljivo tudi naročnikovo pojasnilo, da je vzorec vlagatelja (pripravljeno raztopino) na fotografiji povečal iz razloga, da je ustrezno dokumentiral vzorec in delce oz. nečistoče v njem, zato ni mogoče kot prepričljivih in utemeljenih sprejeti navedb vlagatelja o neenakopravni obravnavi ponudnikov iz tega razloga. Kot takšnih pa ni mogoče sprejeti tudi vlagateljevih pavšalnih navedb, da je drugačna obarvanost vlagateljeve raztopine (v primerjavi z raztopinama ostalih dveh ponudnikov in z raztopino, ki jo je iz vzorca pripravil sam vlagatelj) posledica MCT olja, ki ga je naročnik uporabil pri raztapljanju, in da lahko neraztopljeni delci v vlagateljevem vzorcu izvirajo iz naročnikovega MCT olja, saj je iz predložene dokumentacije o testiranju (iz spremnih listov za vse tri vzorce) razvidno, da je naročnik za pripravo raztopin vseh vzorcev uporabil MCT olje iste serije istega proizvajalca. Upoštevajoč navedeno in glede na to, da raztopini, pripravljene iz vzorcev ostalih dveh ponudnikov, nista vsebovali nobenih delcev ali nečistoč, je Državna revizijska komisija predmetni očitke zavrnila kot neutemeljen.

V posledici vsega navedenega Državna revizijska komisija zaključuje, da je naročnik vse prejete vzorce ocenil na enak način in na podlagi enakih kriterijev, skladno z načelom enakopravne obravnave ponudnikov ter skladno z zahtevami, kot jih je določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, pri čemer je celoten postopek testiranja ustrezno dokumentiral, zato mu v postopku pregledovanja in ocenjevanja ponudb ni mogoče očitati kršitev pravil javnega naročanja. Ker je v postopku preizkušanja vzorcev ponujenih substanc, ki ga je izvedel na transparenten in objektivno preverljiv način, pri vlagateljevem vzorcu ugotovil neskladnost z zahtevami, ki jih je določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (obstoj aglomeratov pri substanci v osnovnem stanju in obstoj neraztopljenih delcev oz. nečistoč v raztopini, pripravljene iz vzorca substance in MCT olja), naročniku ni mogoče očitati, da je s tem, ko je vlagateljevo ponudbo izločil kot nedopustno, kršil prvi odstavek 89. člena ZJN-3. Državna revizijska komisija je zato, v skladu s 1. alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo zavrnila kot neutemeljen.

Vlagatelj je v potrditev več svojih navedb predlagal zaslišanje osebe U. P., ki opravlja delo kemika pri vlagatelju, vendar je Državna revizijska komisija dokazni predlog z zaslišanjem omenjene priče kot neprimeren zavrnila, saj po oceni Državne revizijske komisije z zaslišanjem te priče ne bi bilo mogoče dokazovati spornih dejstev. Strinjati se gre namreč z naročnikom, da ta priča ni bila prisotna pri testiranju vzorcev pri naročniku, zato bi lahko izpovedala le o internem testiranju substance pri vlagatelju, ne pa tudi o poteku testiranja in opažanjih glede vzorcev, testiranih pri naročniku, torej tudi glede testiranega vzorca vlagatelja.

V zvezi z navedbami glede videza substance in neraztopljenih delcev v raztopini je vlagatelj predlagal tudi postavitev izvedenca farmacevtske, kemijske ali druge stroke, ki bi po izvedenem testiranju vlagateljevega vzorca substance, posredovanega naročniku, lahko potrdil navedbe vlagatelja, tj. da ponujena substanca v celoti ustreza razpisnim zahtevam. Državna revizijska komisija je tudi ta dokazni predlog zavrnila kot neprimeren in hkrati tudi kot nepotrebnega. Poudariti je treba, da posredovanega vzorca ni mogoče ponovno testirati – vzorec je bil namreč v okviru naročnikovega testiranja v celoti porabljen, vsakršen drug vzorec (tudi morebiti iz iste serije) pa tako ne bi bil identičen tistemu, ki je bil posredovan naročniku in katerega lastnosti je ocenjeval naročnik. S ponovnim testiranjem drugega vzorca s strani strokovnjaka tako vlagatelj ne bi mogel dokazati utemeljenosti dejstev, zatrjevanih v zahtevku za revizijo, hkrati pa je naročnik z ustrezno dokumentiranim postopkom testiranja vzorcev dokazal neustreznost vlagateljevega vzorca, zato je bila neutemeljenost vlagateljevih navedb ugotovljena že z izvedbo teh (listinskih) dokazov.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje tudi, da bi naročnik filtracijo raztopine, pripravljene iz vlagateljevega vzorca, moral izvesti že zaradi razlik v višinah ponudbenih cen vlagatelja in izbranega ponudnika, saj je naročnik skladno s 4. členom ZJN-3 dolžan izvesti javno naročilo na način, da z njim zagotovi gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev in uspešno doseže cilje svojega delovanja, določene skladno s predpisi, ki urejajo porabo proračunskih in drugih javnih sredstev. Kot pravilno izpostavlja tudi naročnik, izpostavljeno načelo prvenstveno ni namenjeno zaščiti položaja ponudnikov, temveč zaščiti javnega interesa (prim. npr. odločitve št. 018-126/2015, 018-90/2016 in 018-10/2017), ki se odraža zlasti v racionalni porabi javnofinančnih sredstev. Že po sami naravi stvari se zato ponudnik praviloma ne more uspešno sklicevati na kršitev omenjenega načela, saj se z njim varuje javni interes in ne interes posameznega ponudnika, kar velja tudi za vlagatelja v obravnavanem postopku oddaje javnega naročila. Posledično Državna revizijska komisija ni presojala navedb vlagatelja, povezanih z (domnevnim) naročnikovim oškodovanjem javnih sredstev.

Glede na vse navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da vlagatelju ni uspelo izkazati, da je naročnik v postopku oddaje predmetnega javnega naročila njegovo ponudbo nezakonito ocenil kot nedopustno in mu posledično ni oddal javnega naročila, zato je na podlagi 1. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN vlagateljev zahtevek za revizijo zavrnila kot neutemeljenega.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo in ostalih vlogah uveljavljal povračilo stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Ker z zahtevkom za revizijo ni uspel, je Državna revizijska komisija v skladu z določbo tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva zavrnila.

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

Pravni pouk:

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

Predsednik senata:
Samo Červek, univ. dipl. prav.,
predsednik Državne revizijske komisije

Vročiti (na portalu eRevizija):

- naročnik,
- vlagatelj,
- izbrani ponudnik,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.