

Številka: 018-120/2022-8

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. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu dr. Mateje Škabar kot predsednice senata ter Tadeje Pušnar in Aleksandra Petrovčiča kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Najem biokemično-imunokemijskega analiznega sistema z vključenim vzdrževanjem ter dobavo pripadajočega potrošnega materiala za obdobje sedem let*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Roche farmacevtska družba d.o.o., Stegne 13g, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Zupančič Gregor – odvetnik, Mala ulica 5, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Zdravstveni dom Ptuj, Potrčeva cesta 19a, Ptuj (v nadaljevanju: naročnik), dne 28. 11. 2022

**odločila:**

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o izidu javnega naročila*«, št. JR/B-6/2022-02 z dne 21. 9. 2022.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 3.742,80 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

**Obrazložitev:**

Obvestilo o naročilu je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno dne 12. 7. 2022, št. objave JN004861/2022-B01 ter v Dopolnilu k Uradnemu listu Evropske unije dne 13. 7. 2022, št. objave 2022/S 133-378893.

Naročnik je dne 18. 8. 2022 sprejel in istega dne na Portalu javnih naročil (pod št. objave JN004861/2022-ODL01) objavil »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« (v nadaljevanju: odločitev z dne 18. 8. 2022), iz katere izhaja, da se predmetno javno naročilo odda ponudniku Interexport mednarodna trgovina, d.o.o., Komenda (v nadaljevanju: ponudnik Interexport d.o.o., Komenda).

Vlagatelj je na naročnika naslovil dve vlogi (eno z dne 25. 8. 2022 in eno brez datuma), v katerih zatrjuje, da naročnikova odločitev z dne 18. 8. 2022 ni pravilna in naročnika poziva k njeni razveljavitvi.

Dne 30. 8. 2022 je naročnik sprejel in istega dne na Portalu javnih naročil (pod št. objave JN004861/2022-ODL01P1) objavil »*Spremembo odločitve o oddaji javnega naročila 90. člen ZJN-3 (6. točka) ter Sklep o zavrnitvi vseh ponudb 90. člen ZJN-3 (5. točka)*« (v nadaljevanju: odločitev z dne 30. 8. 2022). Iz navedene odločitve izhaja, da je naročnik tekom razpisa in v času obdobja mirovanja ugotovil bistvene spremembe pri količinah in vrstah preiskav, vezanih na najem analizatorja, zaradi česar je na podlagi petega odstavka 90. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS; št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) vse ponudbe zavrnil. Navedel je, da bo izvedel nov postopek oddaje javnega naročila.

Zoper naročnikovo odločitev z dne 30. 8. 2022 je vlagatelj dne 8. 9. 2022 preko portala eRevizija vložil zahtevek za revizijo z dne 8. 9. 2022, v katerem zatrjuje, da naročnikova odločitev z dne 30. 8. 2022 ni obrazložena in da so razlogi za njen sprejem navidezni.

Naročnik je dne 15. 9. 2022 sprejel *Sklep*, iz katerega izhaja, da je vlagateljevemu zahtevku za revizijo z dne 8. 9. 2022 ugodil in svojo odločitev z dne 30. 8. 2022 razveljavil. Naročnik je navedel, da so utemeljeni vlagateljevi očitki o nezadostni obrazloženosti odločitve z dne 30. 8. 2022, ne pa tudi njegovi očitki o navideznosti razlogov za njen sprejem.

Dne 21. 9. 2022 je naročnik sprejel in istega dne na Portalu javnih naročil (pod št. objave JN004861/2022-ODL01P2) objavil (novo) »*Odločitev o izidu javnega naročila*« (v nadaljevanju: odločitev z dne 21. 9. 2022 oz. izpodbijana odločitev), iz katere izhaja, da je v predmetnem postopku oddaje javnega naročila obe prispeli ponudbi zavrnil in da bo postopek oddaje javnega naročila ponovil. Naročnik navaja, da je v obdobju mirovanja (tj. do pravnomočnosti odločitve z dne 18. 8. 2022) ugotovil, da je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (obrazec ponudbeni predračun) napačno ovrednotil predvidene količine preiskav. Pojasnjuje, da:

- pri določanju števila potrebnih količin preiskav ni upošteval relevantnih statističnih podatkov analiznega sistema, saj je upošteval podatke iz obdobja od 1. 9. 2021 – 30. 11. 2021, ki so bili relevantni za postopek oddaje javnega naročila z dne 18. 11. 2021;
- je v obdobju 1. 9. 2021 – 30. 11. 2021 opravil približno 550 preiskav Vitamin B12-S in 550 preiskav Folati-S, torej 2.200 preiskav vsake vrste v enem letu ter da navedeno, upošteva sedem letno obdobje, za katerega se sklepa pogodba in letno rast povpraševanja po preiskavah (do 7%) pomeni približno 19.000 preiskav vsake vrste;
- je v ponudbenem predračunu predvidel 24.500 preiskav vsake vrste;
- je še enkrat preveril statistične podatke analiznega sistema, tokrat v obdobju 1. 4. 2022 – 30. 6. 2022 in ugotovil, da je opravil približno 950 preiskav Vitamin B12-S in 950 preiskav Folati-S, torej 3.800 preiskav vsake vrste v enem letu ter da navedeno, upošteva sedem letno obdobje, za katerega se sklepa pogodba in letno rast povpraševanja po preiskavah (do 7%) pomeni približno 33.000 preiskav vsake vrste v 7-letnem obdobju;
- bo v naslednjih letih število preiskav bistveno večje, kot predvideno in da bo opravljenih predvidoma 34% več preiskav, kot je predvideno v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila;
- je vsled navedenega potrebna prilagoditev dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (obrazca ponudbenega predračuna), kar pomeni, da morajo ponudniki prilagoditi cene storitev novim količinam, naročnik pa mora pridobiti nove ponudbe.

Zoper izpodbijano odločitev je vlagatelj preko portala eRevizija vložil *Zahtevek za revizijo* z dne 3. 10. 2022, v katerem predlaga, da se zahtevku za revizijo ugoti in izpodbijana odločitev

razveljavi. Zatrjuje, da je naročnik pri sprejemu izpodbijane odločitve kršil pravila ZJN-3, saj je odločitev o zavrnitvi vseh ponudb sprejel sklicujoč se na navidezne razloge; zahteva tudi povračilo stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: zahtevke za revizijo).

Vlagatelj zatrjuje, da navedbe naročnika o ugotovljenih, količinsko nezadostno opredeljenih potrebah izvajanja preiskav Vitamin B12 in Folati-S nimajo osnove v dejanskih potrebah naročnika. Ob sklicevanju na deseti odstavek 24. člena ZJN-3 zatrjuje, da mora naročnik pri izračunu ocenjene vrednosti upoštevati dejanske pretekle potrebe in vključiti morebitne spremembe, ki bi nastale v času trajanja predmeta naročila. Izračun mora imeti osnovo v dejansko naročenih količinah v preteklem 12 mesečnem obdobju, za morebitne spremembe pa mora imeti naročnik osnovo v potrebah, kar v konkretnem primeru pomeni, da mora razpolagati z dejstvi in dokazili, da se mu bo povečal zdravstveni program in njegovo financiranje ter da gre povečanje števila preiskav utemeljeno pričakovati.

Vlagatelj zatrjuje, da se v zvezi z zavrnitvijo vseh ponudb naročnik sklicuje na neobjektivne in zavajajoče podatke in da je izpodbijano odločitev sprejel samo z namenom, da bi v novem postopku oddaje javnega naročila omogočil izbor favoriziranega ponudnika. Ko je ugotovil, da predmetnega javnega naročila ne more oddati favoriziranemu ponudniku, je ad hoc, v roku enega dne (tj. z dne 29. 8. 2022 na 30. 8.2022) ugotovil »spremenjene okoliščine«, in to kljub temu, da je količine pred tem že preverjal, saj so v predmetnem postopku, objavljenem v mesecu juliju 2022, glede na postopek z dne 18. 11. 2021, le-te zmanjšane.

Vlagatelj tudi meni, da naročnik vpliva spremenjenih količin ni ovrednotil absolutno in celovito, pač pa zgolj relativno (34% povečanje) in z zavajajočimi podatki želi izkazati veliko spremembo potreb oz. vzpostaviti občutek znatnega povečanja celotnega posla, vendar to ne drži, saj gre za spremembo, ki je vezana zgolj na dve od 38 preiskav in ki tudi finančno predstavljata minimalen obseg odstopanja glede na celotno vrednost naročila.

Vlagatelj zatrjuje, da naročnikova obrazložitev glede podatkov iz analitskega sistema v dveh različnih časovnih obdobjih ni resnična. Navaja (in s tem v zvezi prilaga posnetke zaslonov, na katerih so obrazci ponudbenega predračuna posameznih postopkov oddaje javnega naročila), da je naročnik predvidel naslednje število (spornih) preiskav Vitamin B12 in Folati-S:

- v postopku JN007856/2021-B01 (objava dne 18. 11. 2021) - 28.000 preiskav vsake vrste,
- v postopku JN002701/2022-B01 (objava dne 22. 4. 2022) - 24.500 preiskav vsake vrste (število preiskav glede na predhodni postopek je znižal za 12,5%),
- v (predmetnem) postopku (objava dne 12. 7. 2022) - 24.500 preiskav vsake vrste (število preiskav glede na predhodni postopek je ohranil enako).

Vlagatelj zatrjuje, da iz navedenih podatkov izhaja, da

- je naročnik pred objavo drugega postopka oddaje javnega naročila količine preiskav očitno preverjal, saj jih je, glede na prvi postopek, znižal;
- ne drži naročnikovo zatrjevanje, da je količino preiskav določil glede na podatke do 18. 11. 2021, saj je takrat naročnik predvidel 28.000 in ne 24.500 preiskav vsake vrste;
- ne drži naročnikovo zatrjevanje, da je v postopku z dne 18. 11. 2021 upošteval količine preiskav, izvedenih v obdobju od 1. 9. 2021 do 30. 11. 2021, saj naročnik ni mogel upoštevati števila preiskav, ki so bile izvedene po objavi javnega naročila, torej po 18. 11. 2021.

Vlagatelj zatrjuje, da bi moral naročnik, v kolikor bi bili resnični podatki, ki jih navaja kot podlago za izračun predvidenega potrebnega števila preiskav posamezne vrste iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (tj. podatek o 550 preiskavah posamezne vrste v obdobju treh mesecev, 7% letno rast števila preiskav in sedem letno obdobje) razpisati 19.004 preiskav

posamezne vrste, pa temu ni bilo tako, saj jih je predvidel 24.500. Vlagatelj zatrjuje, da so neresnični in nedokazani tudi podatki, ki jih je naročnik navedel v utemeljitev razloga za zavrnitev vseh ponudb, saj bi moral naročnik, upoštevaje predvideno novo potrebno število preiskav posamezne vrste (povprečno število preiskav v kvartalu 1. 9. 2021 – 30. 11. 2021 (tj. 550) in 1. 4. 2022 – 30. 6. 2022 (tj. 950), upoštevaje 7% letno rast in obdobje sedmih let), razpisati 25.962 preiskav posamezne vrste, pa temu ni bilo tako, saj jih predvideva 33.000.

Vlagatelj kot dokaz svojih navedb in v razumevanje dinamike izvedenih testov navaja podatke o porabi reagentov za omenjena testa pri naročniku za obdobje zadnjih petih let. Navaja, da iz predstavljenih podatkov izhaja, da dinamika naročanja variira, saj imajo različne preiskave različne vzvode naročanja (sezona, izkušnost zdravnika, epidemiološke razmere,...) in da je zaradi nihanj v naročanju pomembno, da se pri predvideni porabi upošteva letna vrednost in ne vrednost nekega obdobja.

Podatkovna primerjava med kvartali, ki jo predstavi naročnik, po mnenju vlagatelja ni objektivna, saj naročnik primerja dve, povsem različni časovni obdobji, porazdelitev preiskav v laboratorijski medicini pa ni konstantna skozi celo leto. Čeprav se vlagatelj strinja, da je naročnik pri oceni količin samostojen, to velja le do trenutka, ko jih podaja na objektivni, preverljiv in dokazljiv način, skladno s pravili 24. člena ZJN-3. Sprememba količin pri preiskavah Vitamin B12 in Folati – S, ki jo je naročnik ugotovil »naknadno«, ni značilna do te mere, da bi predstavljala objektivno spremenjeno okoliščino in ki bi imela za posledico ponovitev javnega naročila. Sprememba količin je običajna in pričakovana, naročniku pa je bila znana že pred objavo prvega javnega naročila.

Ob sklicevanju na obširno prakso Državne revizijske komisije glede obsega konkretizacije razlogov za odločitev o zavrnitvi vseh ponudb in peti odstavek 90. člena ZJN-3 vlagatelj zatrjuje, da okoliščine, na katere se v konkretnem primeru sklicuje naročnik, niso resnične, pač pa so navidezne in uporabljene z namenom favoriziranja drugega ponudnika, kar ni skladno s temeljnimi načeli javnega naročanja, določbo petega odstavka 90. člena ZJN-3, ter z njo povezano obširno prakso Državne revizijske komisije.

Vlagatelj nazadnje opisuje še dosedanje postopke oddaje javnega naročila za isti predmet. Navaja, da je predmetni postopek že četrta izvedba postopka za isti predmet in da je naročnik vedno, ko je ugotovil, da ponudnik Interexport d.o.o., Komenda, ni oddal dopustne ponudbe, izvedel nov postopek za isti predmet, dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila pa prilagajal na način, da bi bil izbran favorizirani ponudnik. Pri tem vrst preiskav ali količin le-teh ni spreminjal.

Naročnik je dne 12. 10. 2022 sprejel in istega dne na portalu eRevizija objavil *Sklep*, s katerim je vlagatelj zahtevke za revizijo in njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva zavrnil (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo).

Naročnik najprej navaja, da vlagateljevo sklicevanje na določbo 24. člena ZJN-3, ki opredeljuje metode izračuna ocenjene vrednosti, ni utemeljeno, saj vlagatelj ne izpodbija ocenjene vrednosti javnega naročila, ampak naročnikov razlog za zavrnitev vseh ponudb. Količine preiskav, po katerih povprašuje naročnik, sodijo v polje samostojnih naročnikovih odločitev, saj je edini, ki pozna svoje delovanje in specifične zahteve (s tem v zvezi se naročnik sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-179/2019). Zatrjuje, da ga pri določanju količin, po katerih povprašuje, ne zavezujejo pravila o izračunu ocenjene vrednosti, saj je slednja namenjena odločitvi, če sploh in katero vrsto postopka oddaje javnega naročila mora naročnik izvesti. To potrjuje tudi sistemska razlaga, saj se določba o izračunu ocenjene vrednosti nahaja v poglavju glede področja uporabe ZJN-3. Način izračuna ocenjene vrednosti bi bil kot kršitev relevanten zgolj v primeru napačne izbire postopka, česar pa vlagatelj ne zatrjuje.

Dalje naročnik navaja, da njegove ugotovitve o dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika nimajo nobene zveze z ugotovitvijo, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila upošteval napačno število predvidenih količin. Če bi naročnik želel preferirati izbranega ponudnika, kot to zatrjuje vlagatelj, ne bi zavrnil vseh ponudb, pač pa bi v veljavi ohranil odločitev, s katero je javno naročilo oddal izbranemu ponudniku. Naročnik tudi izpostavlja, da vlagatelj ne zatrjuje, da bo v ponovljenem postopku, zaradi večjega števila razpisanih preiskav, v slabšem položaju oz. da bodo drugi ponudniki iz tega razloga postavljeni v boljši položaj.

Ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-179/2019 naročnik zatrjuje, da veljavni predpisi ne določajo posebnih kriterijev, po katerih bi bilo mogoče presoјati utemeljenost/dopustnost razlogov za zaključek postopka oddaje javnega naročila brez oddaje tega, teh pa ni izoblikovala niti sodna praksa. Ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-150/2018 zatrjuje tudi, da je pri oblikovanju predmeta javnega naročila samostojen. Identifikacija potreb je v domeni naročnika in ne v domeni potencialnih ponudnikov, zato ponudnik ne more določiti, kaj mora naročnik zajeti v svojem javnem naročilu, Državna revizijska komisija pa v to poslovno odločitev naročnika tudi ne more posegati. V sled navedenega kot nerelevantne zavrača trditve vlagatelja o količinah, predvidenih v postopku oddaje javnega naročila z dne 18. 11. 2021.

Naročnik navaja tudi, da ni relevantno, kdaj in kako je prišel do spoznanja, da so količine, predvidene v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila napačne in da so bile vse pretekle naročnikove odločitve razveljavljene, zato se nanje nihče ne more sklicevati. Poudarja še, da lahko svojo odločitev vse do njene pravnomočnosti skladno s šestim odstavkom 90. člena ZJN-3 spremeni.

V zvezi z izračuni, ki jih v zahtevku za revizijo predstavlja vlagatelj, naročnik navaja, da vlagateljevo sklicevanje na 24. člen ZJN-3 v tem delu ni relevantno in da na osnovi svojih izračunov vlagatelj sam priznava, da število opravljenih preiskav skozi 12-mesečno obdobje niha. Ker je v nekem obdobju preiskav lahko bistveno več, v nekem obdobju pa bistveno manj, je naročnik predvidel višje količine od tistih, do katerih je z izračuni prišel vlagatelj. V predvidene količine je naročnik vštél še »rezervo«, saj si v primeru povečanega števila preiskav ne more privoščiti, da jih ne bi mogel zagotavljati. Iz enakega obdobja bi lahko povprečje 12-mesečnega obdobja pripeljalo do izbire ponudnika, ki ne bi bil sposoben opraviti preiskav, ko bi bilo povpraševanje povečano.

Naročnik meni, da si je vlagatelj že sam »izračunal«, da je zahtevek za revizijo dejansko neutemeljen, saj je na podlagi vstopnih podatkov predvidel, da je potrebnih 25.962 preiskav, naročnik pa je v predračunu predvidel le 24.500 preiskav. Tudi brez pričakovanega povečanja števila preiskav je predvideno število v predračunu prenizko za 1500 preiskav, kar je več kot 6% brez pričakovanega povečanja.

Ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-265/2017 naročnik zatrjuje, da naročniki ob sprejemu odločitve o zaključku postopka oddaje javnega naročila brez izbire najugodnejše ponudbe ali začetku novega postopka uživajo širok preudarek in da sprejem takšne odločitve ni omejen le na izjemne primere ali posebej upravičene razloge in da sme naročnik vedno prekiniti postopek oddaje javnega naročila in ga zaključiti brez izbire najugodnejše ponudbe, celo v primeru, če je do nemožnosti izbire prišlo zaradi napake naročnika, pod pogojem, da je takšna odločitev sprejeta ob spoštovanju temeljnih pravil skupnostnega prava o javnem naročanju, zlasti načela enakopravne obravnave ponudnikov. Navaja, da je izpodbijana odločitev torej skladna z zakonodajo, saj nobenega ponudnika, v primerjavi z drugimi, ne postavlja v boljši ali slabši položaj. Zakonita bi bila celo odločitev, ko bi bila ponudba drugega ponudnika res

nedopustna, pa bi se naročnik odločil postopek zaključiti brez oddaje javnega naročila, saj bi tako odločitev narekovali razlogi smotrnosti in pomanjkanje konkurence.

Naročnik zaključuje, da je sprejel obrazloženo odločitev, ki jo je mogoče preizkusiti, zato vlagateljeve očitke, da so njegova ravnanja v nasprotju z ZJN-3, zavrača kot neutemeljene.

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da se je vlagatelj do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo opredelil z vlogo z dne 17. 10. 2022, vloženo preko portala eRevizija dne 18. 10. 2022. Skladno s prvo povedjo šestega odstavka 29. člena ZPVPJN se lahko vlagatelj v treh delovnih dneh od prejema odločitve iz prve ali druge alineje prvega odstavka 28. člena ZPVPJN opredeli do navedb naročnika v tej odločitvi, ne sme pa navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov, razen če dokaže, da jih brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti v predrevizijskem postopku. Po vpogledu na portal eRevizija Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bila vlagatelju odločitev o zahtevku za revizijo vročena dne 12. 10. 2022 (prim. zadnji stavek četrtega odstavka 13.a člena ZPVPJN, v skladu s katerim šteje informacija ali dokument za vročenega z dnem objave na portalu eRevizija). V skladu s pravili o računanju rokov iz drugega odstavka 111. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99, s sprem.), ki se skladno s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja, uporabljajo v predrevizijskem, revizijskem in pritožbenem postopku, se je rok za opredelitev vlagatelja do navedb naročnika iztekel dne 17. 10. 2022. Ker je vlagatelj opredelitev do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo na portal eRevizija vložil dne 18. 10. 2022, torej po izteku roka iz šestega odstavka 29. člena ZPVPJN (tj. po preteku treh delovnih dni), je njegova opredelitev prepozna, Državna revizijska komisija pa navedb v njej zato ni upoštevala.

Naročnik je Državni revizijski komisiji preko portala eRevizija dne 18. 10. 2022 posredoval zahtevek za revizijo in dokumentacijo.

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo opravila predhodni preizkus v skladu z 31. členom ZPVPJN. 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 ter preučitvi navedb vlagatelja in naročnika je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Predmet javnega naročila je najem biokemično-imunokemijskega analiznega sistema z vključenim vzdrževanjem za obdobje 7 let, dobava sistema za pripravo deionizirane, demineralizirane vode, redni in izredni servisi ter ves potrošni material z vzdrževanjem za obdobje 7 let ter dobava pripadajočega potrošnega materiala v tem obdobju. V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila je naročnik (med drugim) predvidel 24.500 testov za preiskavo Folati-S in 24.500 testov za preiskavo Vitamin B12-S (ocena potrebnega števila testov za preiskave za obdobje sedmih let (stolpec D) v zavihku *Reagenti za preiskave IM* v dokumentu *Kopija Ponudbeni predracun 2\_2022.07.05*).

V postopku oddaje predmetnega javnega naročila je naročnik prejel dve pravočasni ponudbi (ponudbo vlagatelja in ponudbo ponudnika Interexport d.o.o., Komenda) in z odločitvijo z dne 18. 8. 2022 javno naročilo najprej oddal ponudniku Interexport d.o.o., Komenda, nato pa je (po prejemu dveh vlog vlagatelja, v katerih ga je le-ta pozival k spremembi odločitve) sprejel novo, odločitev z dne 30. 8. 2022, s katero je obe prejeti ponudbi zavrnil iz razlogov na svoji strani. Zoper to odločitev je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo z dne 8. 9. 2022, naročnik mu je ugodil in tako pritrdil vlagatelju, da odločitev ni bila ustrezno obrazložena, zavrnil pa je njegove navedbe o navideznosti razlogov za njen sprejem. Dne 21. 9. 2022 je naročnik sprejel novo, izpodbijano

odločitev, s katero je obe prejeti ponudbi ponovno zavrnil iz razlogov na svoji strani. Zoper to odločitev je vlagatelj vložil obravnavani zahtevek za revizijo, v katerem zatrjuje, da je razlog, na katerega se v izpodbijani odločitvi sklicuje naročnik (tj. nezadostno določene količine nekaterih preiskav, kot posledica upoštevanja rezultatov analiznega sistema neustreznega obdobja), navidezen oz. takšen, da z njim naročnik v boljši položaj v primerjavi z vlagateljem postavlja ponudnika Interexport d.o.o., Komenda (neenakopravna obravnava ponudnikov). Naročnik vlagateljeve očitke zavrača.

Med vlagateljem in naročnikom je spor glede zakonitosti naročnikove odločitve o zavrnitvi vseh ponudb, saj naj bi bila, po zatrijevanju vlagatelja, sprejeta na podlagi navideznih razlogov.

Pravno podlago za sprejem odločitve o zavrnitvi vseh ponudb predstavlja peti odstavek 90. člena ZJN-3, ki določa, da lahko naročnik na vseh stopnjah postopka po izteku roka za odpiranje ponudb zavrne vse ponudbe. Če je naročnik zavrnil vse ponudbe, mora o razlogih za takšno odločitev in o tem, ali bo začel nov postopek, obvestiti ponudnike ali kandidate. Kadar izvaja naročnik postopek javnega naročanja, v katerem objavi povabilo k sodelovanju, mora navedeno odločitev objaviti na portalu javnih naročil in, če je to glede na vrednost ali predhodne objave primerno, tudi v Uradnem listu Evropske unije. Kadar naročnik zavrne vse ponudbe, lahko izvede za isti predmet nov postopek javnega naročanja le, če so se bistveno spremenile okoliščine, zaradi katerih je zavrnil vse ponudbe.

Državna revizijska komisija je že v več svojih odločitvah, v katerih je obravnavala zakonitost naročnikove odločitve, da zavrne vse ponudbe (npr. odločitve v zadevah št. 018-70/2020, 018-100/2019, 018-120/2018, 018-152/2015, pa tudi odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-265/2017, na katero se sklicuje naročnik), opozorila na prakso Sodišča Evropske unije, ki je pri razlagi skupnostnega prava navedlo, da naročniki ob sprejemu odločitve o zaključku postopka oddaje javnega naročila brez izbire najugodnejše ponudbe ali začetku novega postopka uživajo širok preudarek, pri čemer evropsko pravo javnih naročil ne zahteva, da bi naročniki takšno odločitev smeli sprejeti le v izjemnih primerih, ali na podlagi posebej upravičenih razlogov (na primer v zadevah C-27/98, točki 23 in 25 in C-244/02, točka 29). Sodišče Evropske unije je ob tem opozorilo, da morajo naročniki pri preklicu javnega razpisa (kljub temu, da direktive s področja javnega naročanja, razen dolžnosti obveščanja, ne določajo nobenih posebnih pravil, ki bi se nanašala na vsebinske ali formalne pogoje za sprejem take odločitve) spoštovati temeljna pravila prava Evropske Unije, še posebej načela, vsebovana v Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti, ki zadevajo svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev (zadeva C-92/00, točka 42). Naročnik sme vedno prekiniti postopek oddaje javnega naročila in ga zaključiti brez izbire najugodnejše ponudbe, celo v primeru, če je do nemožnosti izbire prišlo zaradi njegove napake, pod pogojem, da je takšna odločitev sprejeta ob spoštovanju temeljnih pravil skupnostnega prava o javnem naročanju, zlasti načela enake obravnave (zadeva C-244/02, točka 36).

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da samo dejstvo, da je naročnik postopek oddaje javnega naročila zaključil brez izbire najugodnejše ponudbe, še ne omogoča zaključka, da je razlog, na katerega se v izpodbijani odločitvi sklicuje naročnik, navidezen in da vlagatelja postavlja v neupravičeno slabši položaj v primerjavi z drugimi ponudniki, saj zavrnitev vseh ponudb temelji na razlogu, ki ima enak učinek na vse v postopku sodelujoče ponudnike. Dalje Državna revizijska komisija, v zvezi z vlagateljevim navajanjem poteka postopka oddaje predmetnega javnega naročila, tj. da je naročnik z odločitvijo z dne 18. 8. 2022 najprej oddal naročilo ponudniku Interexport d.o.o., Komenda, nato pa odločitev po prejemu vlagateljevih pozivov k spremembi odločitve, spremenil in vse ponudbe zavrnil (nazadnje z izpodbijano odločitvijo z dne 21. 9. 2022), pojasnjuje, da predstavljeni potek postopka in naročnikove, s tem povezane (predhodne) ugotovitve o (ne)dopustnosti prejetih ponudb same po

sebi tudi še ne omogočajo zaključka, da je naročnikov razlog za zavrnitev vseh ponudb navidezen, saj za presojo zakonitosti odločitve o zavrnitvi vseh ponudb ne more biti relevanten morebiten predhodni naročnikov sprejem odločitve o oddaji naročila in naročnikova opredelitev glede (ne)dopustnosti posameznih prejetih ponudb v odločitvah, ki pravno gledano ne obstojijo več.

Kot navaja naročnik ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-179/2019 in kot je Državna revizijska komisija sicer že večkrat zapisala (glej npr. zgoraj navedene odločitve Državne revizijske komisije), veljavni predpisi ne določajo posebnih kriterijev, po katerih bi bilo mogoče presojati utemeljenost/dopustnost razlogov za zaključek postopka oddaje javnega naročila brez oddaje tega, teh pa ni izoblikovala niti sodna praksa. Navedeno posledično pomeni, da ni mogoče kot neskladne s predpisi o javnem naročanju opredeliti pravzaprav nobene odločitve o zavrnitvi ponudb, pri sprejemu katere so bila spoštovana temeljna pravila skupnostnega prava o javnem naročanju. Presoja zakonitosti naročnikove odločitve o zavrnitvi ponudb v revizijskem postopku zato v okviru revizijskih navedb obsega zlasti preverjanje, ali je naročnik pri njenem sprejemu ravnal v skladu s temeljnimi pravili skupnostnega prava o javnem naročanju, predvsem, ali je naročnik morebiti ravnal netransparentno in diskriminatorno oz. je ponudnike obravnaval neenakopravno. Načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) določa, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku. Načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) pa naročnika obvezuje, da mora med ponudniki na vseh stopnjah postopka javnega naročanja glede vseh elementov zagotoviti, da med njimi ni razlikovanja. Kadar naročnik na podlagi petega odstavka 90. člena ZJN-3 postopek oddaje javnega naročila zaključi z zavrnitvijo vseh ponudb, je o kršitvi načela enake obravnave ponudnikov mogoče govoriti zlasti v primeru, kadar je razlog za zaključek postopka naveden le formalno oziroma navidezno, dejansko pa je uporabljen z namenom, da se enega ali več ponudnikov postavi v neupravičeno boljši oziroma slabši položaj v primerjavi z drugimi ponudniki.

V obravnavanem primeru Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku možnosti zavrnitve vseh ponudb na podlagi ugotovitve, da razpisana količina testov za preiskavi Vitamin 12-S in Folati-S ni pravilno določena oz. ni zadostna, ne gre odreči. Najprej zato, ker kot že zapisano, posebni kriteriji, po katerih bi bilo mogoče presojati utemeljenost oz. dopustnost naročnikovega razloga za zaključek postopka oddaje javnega naročila brez oddaje le-tega niso izoblikovani, dalje pa tudi zato, ker je razlog, na katerega se v izpodbijani odločitvi sklicuje naročnik, povezan z oblikovanjem predmeta javnega naročila. Pri oblikovanju predmeta javnega naročila je namreč naročnik samostojen, saj naročnikovo opredeljevanje predmeta in v tem okviru opredeljevanje njegovih potreb (kot pravilno izpostavlja tudi naročnik) sodi v polje naročnikovih poslovnih odločitev, v katere ponudniki in (praviloma tudi) pravila javnega naročanja ne posegajo. Brezpredmetne so zato navedbe vlagatelja, v okviru katerih predstavlja preračune v zvezi s potrebnimi prvotno določenimi količinami testov za navedeni preiskavi in potrebnimi bodočimi količinami, neutemeljeno pa je tudi njegovo sklicevanje na 24. člen ZJN-3, saj ga zmotno predstavlja kot izhodišče za opredeljevanje naročnikovih potreb. Navedena določba ZJN-3 namreč določa pravila v zvezi z določanjem ocenjene vrednosti, ki so namenjena izbiri pravilnega postopka oddaje javnega naročila in opredeljevanju dolžnih postopkovnih ravnanj naročnika, ne pa opredeljevanju količin oz. obsega predmeta javnega naročila, kot zatrjuje vlagatelj.

Ker vlagatelj naročniku očita, da je izpodbijano odločitev sprejel na podlagi navideznega razloga, je Državna revizijska komisija v nadaljevanju, kljub predhodno ugotovljenemu, preverila, ali je naročnik pri sprejemu izpodbijane odločitve ravnal skladno s temeljnimi načeli javnega naročanja.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo izpostavlja, da je naročnik za isti predmet javnega naročila, v katerem med drugim naroča tudi teste za preiskavi Vitamin 12-S in Folati-S, v obdobju od novembra 2021 do julija 2022 izvedel štiri postopke oddaje javnega naročila (tri in predmetnega),



vendar neuspešno. Dalje zatrjuje, da je naročnik v dveh postopkih (postopek iz aprila 2022 (št. objave JN002701/2022-B01) in v predmetnem postopku, objavljenem julija 2022), najprej sprejel odločitev, da se javno naročilo odda ponudniku Interexport d.o.o., Komenda, po njegovih pozivih pa naj bi naročnik odločitev spremenil, ker naročila ni uspel oddati favoriziranemu ponudniku. Vlagatelj še navaja, da je naročnik, v nasprotju z razlogom, ki ga navaja v izpodbijani odločitvi, v postopkih od novembra 2021 do julija 2022 predvidene količine testov za preiskavi Vitamin 12-S in Folati-S dejansko zmanjševal, saj je v prvem postopku (iz novembra 2021) razpisal 28.000 testov za preiskave navedene vrste, v kasnejših postopkih (iz aprila 2022 in v predmetnem) pa je količine zmanjšal na 24.500. Državna revizijska komisija je vpogledala v relevantno dokumentacijo postopkov oddaje javnih naročil, na katere se sklicuje vlagatelj, in ugotavlja, da držijo tako vlagateljeve navedbe glede teka postopkov oddaje javnih naročil, objavljenih na Portalu javnih naročil (postopek iz novembra 2021 (št. objave JN007856/2021-B01), postopek iz aprila 2022 (št. objave JN002701/2022-B01) in predmetni postopek, objavljen julija 2022), kot tudi navedbe vlagatelja glede števila razpisanih testov za preiskavi Vitamin 12-S in Folati-S v navedenih postopkih.

Dalje vlagatelj zatrjuje, da podatki, ki jih je v zvezi z razlogom za zavrnitev vseh ponudb v izpodbijani odločitvi predstavil naročnik niso točni oz. niso resnični. Na podlagi vpogleda v relevantno postopkovno dokumentacijo Državna revizijska komisija ugotavlja, da so vlagateljevi očitku utemeljeni in da se v obrazložitvi izpodbijane odločitve res nahajajo izpostavljene nedoslednosti. Tako najprej ugotavlja, da naročnik zatrjuje, da je pri izračunu potrebnih količin v predmetnem javnem naročilu izhajal iz podatkov časovnega obdobja prvega postopka oddaje javnega naročila (1. 9. 2021 – 30. 11. 2021), čeprav iz Portala javnih naročil izhaja, da je javno naročilo objavil že dne 18. 11. 2021 (št. objave JN007856/2021), torej pred iztekom časovnega obdobja, na katerega se v zvezi z izračunom potrebnih količin testov naročnik sklicuje. Nato ugotavlja, da naročnik zatrjuje, da je količino 24.500 testov za preiskave v obravnavanem postopku oddaje javnega naročila določil glede na podatke iz prvega postopka oddaje javnega naročila (tj. iz novembra 2021), čeprav vpogled v dokumentacijo v zvezi z oddajo tega naročila (št. objave JN007856/2021-B01) pokaže, da je naročnik v njem predvidel 28.000 testov za preiskave posamezne vrste. Nazadnje ugotavlja tudi, da je naročnik predstavil podatke, ki jih je upošteval kot podlago za izračun razpisane, ugotovljeno premajhnega števila testov za relevantni preiskavi v predmetnem naročilu (550 testov v povprečju treh mesecev, do 7% letna rast, 7-letno obdobje), vendar je rezultat izračuna bistveno manjši od razpisnih količin, na katere se sklicuje naročnik (cca 19.000 v primerjavi z razpisanimi 24.500). Da rezultat, v izpodbijani odločitvi predstavljenega izračuna, ne ustreza razpisanim količinam, je očitno ugotovil tudi naročnik sam, saj se v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo sklicuje še na upoštevanje dodatne »rezerve«.

Vlagatelj zatrjuje tudi, da je zavajajoče naročnikovo sklicevanje na podatke o izvedenih preiskavah v 3-mesečnem obdobju in njegova primerjava števila izvedenih preiskav v dveh, povsem različnih, 3-mesečnih obdobjih (september – november 2021 oz. april – junij 2022). Ker število izvedenih preiskav ni konstantno skozi celotno leto in dinamika njihovega izvajanja skozi leto variira, zatrjuje, da bi moral naročnik pri tem upoštevati daljše časovno obdobje. Navedbam vlagatelja, da število preiskav skozi leto ni konstantno, naročnik ne nasprotuje in sam priznava, da je v nekem obdobju preiskav lahko bistveno več, v drugem pa bistveno manj, hkrati pa to izhaja tudi iz podatkov za posamezno od 3-mesečnih obdobjih, ki jih je v izpodbijani odločitvi predstavil naročnik (550 oz. 950 preiskav). Če vlagatelj z navedbami glede krajših časovnih obdobjih zatrjuje, da bi moral naročnik kot podlago za izračun predvidenih potrebnih količin testov za preiskave upoštevati rezultate glede števila opravljenih preiskav v daljšem časovnem obdobju, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da vlagatelj z njimi ne more uspeti. Kot že navedeno namreč niti Državna revizijska komisija niti pravila javnega naročanja v opredeljevanje predmeta javnega naročila oz. naročnikovih potreb (praviloma) ne posegajo. Če pa vlagatelj s temi

navedbami zatrjuje, da sklicevanje na krajša časovna obdobja z različnim številom povprečno izvedenih preiskav naročniku omogoča, da pri pripravi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila upošteva (le) npr. tista obdobja, v katerih je število opravljenih preiskav večje in s tem opravičuje razlog za zavrnitev vseh ponudb, se Državna revizijska komisija z vlagateljem strinja, da bi taka okoliščina naročniku res lahko omogočala posege v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, ki ne bi bil skladen s temeljnimi načeli javnega naročanja.

Kot predhodno že navedeno, je Državna revizijska komisija, upošteva okoliščine, ki jih je v zahtevku za revizijo izpostavil vlagatelj, ugotovila, da je naročnik v obdobju manj kot enega leta za isti predmet javnega naročila (neuspešno) izvajal več postopkov oddaje javnega naročila; da je v zadnjih dveh postopkih (iz aprila 2022 in v obravnavanem postopku) obseg predmeta javnega naročila spremenil in vsaj v delu, ki se nanaša na potrebno število testov za preiskavi Vitamin 12-S in Folati-S, na katerega opira razlog za zavrnitev vseh ponudb, razpisal nižje število potrebnih testov za preiskave, kot v prvem postopku (iz novembra 2021), in sicer namesto 28.000, 24.500. Dalje je ugotovila, da je naročnik v obrazložitvi izpodbijane odločitve sam predstavil določene podatke, povezane z razlogom za zavrnitev vseh ponudb, za katere se je izkazalo da bodisi niso točni (izhodišča za določitev potrebnega števila testov za preiskave) bodisi nimajo podlage v posamezni postopkovni dokumentaciji (podatki o številu opravljenih preiskav v določenem obdobju, vezani na zatrjevana izhodišča preteklih postopkov). Nenazadnje, je Državna revizijska komisija ugotovila tudi, da se naročnik v zvezi s svojimi povečanimi potrebami za obdobje naslednjih sedmih let sklicuje na podatke o številu izvedenih preiskav iz obdobja (zgolj) izračunanih izbranih treh mesecev, in to kljub temu, da je pritrdil vlagateljevim navedbam, da število preiskav na letni ravni ni konstantno in navedel, da število preiskav v posameznih obdobjih lahko močno variira.

Državna revizijska komisija je že večkrat zapisala, da gre v primeru več postopkov oddaje javnih naročil, četudi so le-ti glede na končen predmet javnega naročila povezani, za ločene postopke oddaje javnega naročila, v katerih lahko naročnik (različno) oblikuje predmet javnega naročila, upošteva njegove specifične lastnosti ter svoje potrebe. Čeprav so, kot pravilno zatrjuje naročnik, ti postopki že pravnomočno zaključeni in Državna revizijska komisija v tem postopku njihove zakonitosti ni presojala, pa to ne pomeni, da gre, zlasti v luči zatrjevane navideznosti naročnikovega razloga za zavrnitev vseh ponudb, nekatere, zgoraj navedene okoliščine teh preteklih postopkov povsem zanemariti. Po presoji Državne revizijske komisije se je zato, ob upoštevanju predstavljenih ugotovitev, povezanih s predmetnim postopkom oddaje javnega naročila, mestoma povezanih z ugotovitvami nekaterih okoliščin preteklih postopkov oddaje javnega naročila za isti predmet ter ob upoštevanju celote obravnavanih naročnikovih ravnanj, pri vlagatelju upravičeno pojavil dvom, da je naročnik ponudnike v predmetnem postopku enakopravno in nediskriminatorno obravnaval.

Ker v posledici navedenega v konkretnem primeru ni mogoče zaključiti, da je naročnik pri sprejemu izpodbijane odločitve o zavrnitvi vseh ponudb ravnal skladno s petim odstavkom 90. člena ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja, zlasti z načelom enakopravne obravnave ponudnikov iz 7. člena ZJN-3 in načelom transparentnosti javnega naročanja iz 6. člena ZJN-3, s katerim se zagotavlja preglednost oddaje javnih naročil, je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila in naročnikovo odločitev o zavrnitvi vseh ponudb, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o izidu javnega naročila*«, št. JR/B-6/2022-02 z dne 21. 9. 2022, razveljavila.

Državna revizijska komisija naročnika, z namenom pravilne izvedbe postopka v delu, ki je bil razveljavljen, na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN, napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje predmetnega javnega naročila sprejme eno od odločitev, ki jih predvideva ZJN-3, pri tem pa upošteva ugotovitve Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa. Pri tem

Državna revizijska komisija poudarja, da ima naročnik pravico zaključiti postopek oddaje javnega naročila brez izbire najugodnejšega ponudnika oz. z zavrnitvijo vseh ponudb, pri čemer uživa širok preudarek, vendar pa mora tudi v tem primeru spoštovati temeljna načela javnega naročanja, predvsem načelo preglednosti in nediskriminatorne obravnave ponudnikov.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo zahteval povrnitev stroškov pravnega varstva. Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku, vključno s takso (relevantni del prve povedi tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN).

Ker je Državna revizijska komisija vlagateljevemu zahtevku za revizijo ugodila, je vlagatelju, skladno s 70. členom ZPVPJN ter skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem., v nadaljevanju: OT), priznala naslednje potrebne in opredeljene navedene stroške:

- strošek plačane takse za zahtevek za revizijo v višini 1.000,00 EUR,
- strošek odvetniških storitev za sestavo zahtevka za revizijo v priglašeni višini 3.700 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 2.708,40 EUR in
- materialne stroške v višini 47 točk (tretji odstavek 11. člena OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 34,40 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroška odvetniške storitve za pripravo vloge, s katero se je opredelil do navedb naročnika, in s tem povezane izdatke po 11. členu OT ter DDV, saj je bila ta vloga vložena prepozno.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 3.742,80 EUR, ki mu jih mora naročnik povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude pa skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila. Višja strokovna zahteva vlagatelja se zavrne kot neutemeljena.

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

#### **Pravni pouk:**

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

Predsednica senata:  
dr. Mateja Škabar,  
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (prek portala eRevizija):

- vlagatelj,
- pooblaščenec vlagatelja,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

– v spis zadeve.