

Številka: 018-16/2023-6
Datum: 1. 3. 2023

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 Sama Červeka kot predsednika senata ter Andraža Žvana kot člana senata in mag. Zlate Jerman kot članice senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*ODSTRLIC-39/2022 Naročilo licenčne opreme sistema posredniških strežnikov*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Sophos Zastopanje, posredovanje, trgovina Novo mesto d.o.o., Germova ulica 9, Novo mesto, ki ga po pooblastilu zastopa odvetnik Tomaž Čad, Miklošičeva cesta 20, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo, Tržaška cesta 21, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 1. 3. 2023

odločila:

1. Vlagateljevemu revizijskemu zahtevku se ugotovi tako, da se razveljavi dne 15. 12. 2022 izvedena elektronska dražba in vsa nadaljnja ravnanja naročnika, vključno z odločitvijo o oddaji javnega naročila, kot izhaja iz naročnikovega dokumenta »*ODLOČITEV O ODDAJI NAROČILA*« z dne 4. 1. 2023, št. 4300-73/2022/20.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 10.410,02 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa.
3. Zahteva naročnika za povrnitev stroškov predrevizijskega postopka se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je 29. 8. 2022 sprejel sklep o začetku postopka oddaje javnega naročila. Obvestilo o naročilu je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno 12. 9. 2022, pod št. objave JN006239/2022-B01, 13. 9. 2022 pa tudi v Uradnem listu Evropske unije, pod št. objave 2022/S 176-497741. Naročnik izvaja odprti postopek z uporabo elektronske dražbe.

Naročnik je 4. 1. 2023 na Portalu javnih naročil (pod št. objave JN006239/2022-ODL01) objavil »ODLOČITEV O ODDAJI NAROČILA« z dne 4. 1. 2023, št. 4300-73/2022/20, s katero je javno naročilo oddal ponudniku NIL Podatkovne komunikacije, d.o.o., Baragova ulica 5, Ljubljana (v nadaljevanju: izbrani ponudnik). Iz obrazložitve odločitve izhaja, da je naročnik po odpiranju ponudb in pred izvedbo elektronske dražbe vse prejete ponudbe pregledal, po pregledu pa ponudbo vlagatelja zavrnil kot nedopustno. S tem v zvezi je navedel, da iz vlagateljeve ponudbe izhaja (iz vpisa v obrazec konfiguracija in predračun), da ponuja blagovno znamko opreme »Sophos Web Proxy«, z nazivom »Web Protection license«, ki se na uradnih proizvajalčevih straneh uporablja kot sistemska storitev oziroma funkcionalnost znotraj posameznega modela/tipa naprave. Na podlagi prejetega pojasnila ponudnika z dne 18. 10. 2022, na poziv naročnika št. 4300-73/2022/8 z dne 14. 10. 2022, naročnik ugotavlja, da je iz priložene tehnične specifikacije v ponudbi razvidno, da vlagatelj ponuja licenco »tip Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License) model XGS5500 ali boljši«; ker pa ni zapisal točno kateri model ponuja, kot je bilo to zahtevano v točki 10.1.2 in točki 12.2.3 navodil ponudnikom, je njegova ponudba nedopustna iz razloga, ker ne ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Dalje naročnik ugotavlja, da vlagatelj z nobeno od obeh predloženih referenc ni izkazal izpolnjevanja tehničnega pogoja iz točke 10.1.2 navodil ponudnikom. Pri referenci, katere referenčni naročnik je naročnik predmetnega naročila, naročnik ugotavlja, da je predmet referenčne pogodbe drug tip opreme kot ga ponudnik ponuja v ponudbi, in sicer »Web Appliance« s funkcionalnostjo »Sophos Web Protection«, ki po pregledu na proizvajalčevih straneh ni več v prodaji in se predlaga prehod na drug produkt »Sophos Firewall«: migracija na tip »Sophos Firewall« funkcionalnost »Web Protection«. Naročnik glede na navedeno ugotavlja, da predmet reference ni isti tip opreme kot jo vlagatelj ponuja v ponudbi, in sicer »tip Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License) model XGS5500 ali boljši«. V odgovoru z dne 27. 10. 2022, podanem na prvi poziv, je vlagatelj tudi navedel, da gre pri ponujenem produktu za novejšo vrsto produkta, da je ponujeni produkt naslednik produkta, ki je predmet reference. V skladu z odgovorom, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 26. 9. 2022 ob 10.48 uri, starejša različica oziroma predhodnik ponujenega tipa in modela opreme ne ustreza za izpolnjevanje zahtev iz tehničnega pogoja 10.1.2 navodil ponudnikom. Glede na navedeno na podlagi predmetne reference vlagatelj ne izkazuje izpolnjevanje predmetnega tehničnega pogoja v delu: »ki jo ponuja v ponudbi (ista blagovna znamka, tip in model opreme)«. Tudi za drugo referenco naročnik ugotavlja, da predmet reference ni v ponudbi ponujena licenca »tip Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License), model XGS5500 ali boljši«. Dodaja še, da je pri preverjanju druge reference prejel odgovor, da se uporablja proxy prehod za precej manjše število notranjih uporabnikov od zahtevanega v tehničnem pogoju predmetnega naročila. Vsled zapisanega je vlagatelja v drugem dopisu pozval za podajo odgovora o številu uporabnikov. Kontaktna oseba referenčnega naročnika druge reference ni konkretno potrdila niti ni bilo s strani ponudnika predloženo ustrezno potrdilo, iz katerega bi izhajalo, da gre za opremo, preko katere najmanj 8.000 notranjih uporabnikov dostopa do interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy). Iz predloženega dokazila s strani ponudnika z dne 1. 12. 2022, podanega na podlagi drugega poziva, izhaja, da gre za statistiko vzpostavljenih sej na napravi. Ker napravo pri referenčnem naročniku uporabljajo za različne namene, med drugim tudi kot varnostno napravo, kot že navedeno, kot požarno pregrado, iz dokazila ne izhaja, da preko opreme, ki je predmet reference, najmanj 8.000 notranjih uporabnikov dostopa do interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy). Naročnik na konkretno vprašanje ni prejel odgovora o številu uporabnikov. Glede na navedeno na podlagi predmetne reference ugotavlja, da vlagatelj ne izkazuje izpolnjevanje predmetnega tehničnega pogoja v delu: »prek katerih najmanj 8000 notranjih uporabnikov dostopa do interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy)«.

Zoper navedeno odločitev je vlagatelj 16. 1. 2023 pravočasno vložil zahtevek za revizijo, s katerim predlaga, naj se zahtevku za revizijo ugotovi ter v celoti razveljavi odločitev o oddaji naročila;

zahteva tudi povrnitev priglašenih stroškov pravnega varstva. Uvodoma navaja, da gre že za drugi zahtevek za revizijo, vložen v zvezi s predmetno problematiko (z istim predmetom javnega naročila). Prvemu revizijskemu zahtevku, ki ga je vlagatelj vložil zoper odločitev naročnika, št. 4300-1/2022/18 z dne 15. 4. 2022, v postopku javnega naročila, ki je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno pod št. objave JN000762/2022-B01 z dne 7. 2. 2022, je Državna revizijska komisija v celoti ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev, naročnik pa je nato izvedel nov – tj. predmetni – postopek oddaje javnega naročila, s katerim naroča isti predmet, in v katerem je ponudbo vlagatelja, z nezakonitim motivom favoriziranja točno določenega ponudnika (lastnostim katerega je naročnik poskušal tudi oblikovati razpisno dokumentacijo), ponovno nezakonito in neutemeljeno zavrnil. Vlagatelj enako kot v prejšnjem postopku pravnega varstva podrobneje pojasnjuje, da in kako sta naročnik in vlagatelj pri medsebojnem poslovanju v zvezi s predmetom javnega naročila sodelovala že v preteklosti, naročnik pa je bil s storitvami vlagatelja več kot zadovoljen. Zatrjuje, da mu naročnik neutemeljeno osporava izpolnjevanje pogojev in zahtev, saj vlagatelj, kljub izbranemu ponudniku prilagojenim zahtevam in pogojem razpisne dokumentacije, slednje v celoti izpolnjuje in bi mu moral naročnik kot najugodnejšemu dopustnemu ponudniku zadevno naročilo tudi oddati. Vlagatelj meni, da je skladno z zahtevami naročnika (ki ni natančneje definiral pojmov model/tip) predmet naročila jasno in nedvoumno identificiral v ponudbenem predračunu in v obrazcu »Konfiguracija«, kjer je kot blagovno znamko ter model/tip ponujene licence navedel »SOPHOS, Web proxy, Web protection license«; v priloženi tehnični dokumentaciji je v zvezi z izpolnjevanjem vsake posamezne tehnične zahteve navedel tudi vir, iz katerega je razvidno izpolnjevanje te zahteve. Iz tega je – kot poudarja – razvidno, da se ponujeni in jasno identificiran tip produkta nanaša na podvrsto ponujenega tipa v podrobnejši členitvi »Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Web protection License)«, kar je naročniku tudi pojasnil v njuni medsebojni korespondenci. Vlagatelj poudarja, da nikakor ni ponudil (pod)tipa oziroma (pod)modela z oznako »XGS5500 ali boljši«, kot to napačno trdi naročnik, saj ta s ponujeno licenco tipa »Web Proxy Web Protection License« nima nikakršne zveze – gre namreč za model strojne opreme, ne pa za tip/model virtualne licence (programske opreme), ki je predmet vlagateljeve ponudbe in naročnikovega razpisanega javnega naročila in pri kateri (oz. na splošno pri licencah) podobna oznaka kot za model pri strojni opremi ne obstaja. Pojasnjuje še, da je sporni model strojne opreme navedel zgolj kot primerjavo in za lažjo predstavo izključno glede specifikacije posredniškega strežnika ter kot pojasnilo, da je zahtevano sposobnost možno doseči ne samo s strojno opremo, kot npr. »XGS5500 ali boljši«, pač pa tudi s programsko opremo (virtualno licenco) »Sophos Web Proxy Web Protection License (SF SW/Virtual Unlimited Web protection License)« ob ustrezni virtualizacijski infrastrukturi naročnika. V podkrepitev svojih navedb dodaja, da je navsezadnje tudi izbrani ponudnik tip ponujenega predmeta predstavil (poimenoval) podobno, in sicer kot »Cisco System WSA«, ki je krovno poimenovanje in predstavlja družino (tip) varnostnih naprav »CISCO WSA« kot sistemsko storitev oziroma funkcionalnost, ne pa posameznega tipa. Iz razloga, ker predmet ponudbe ni »Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License), model XGS5500 ali boljši«, ki predstavlja model strojne opreme, pač pa je predmet vlagateljeve ponudbe programska oprema (virtualna licenca), za katero je predvidena virtualna postavitev na kupčevi lastni strojni opremi, kot je to zahteval naročnik, vlagatelj posledično kot neutemeljene označuje navedbe naročnika glede ustreznosti obeh predloženih referenc (kjer je naročnik tudi referenčni naročnik). Iz razloga previdnosti (in čeprav mu naročnik tega ne očita) vlagatelj še izpostavlja, da je ponujeni produkt »Sophos Web Proxy Web Protection License Sophos Firewall« (funkcionalno) enak referenčnemu produktu »Sophos Web Appliance«, kot je to naročnik zahteval v okviru referenčnega pogoja – gre le za novejšo različico istega produkta. Obširno pojasnjuje, zakaj je naročnikova zahteva o tem, da mora biti ponujena oprema identična referenčni, nejasna v toliko, da je ni mogoče razlagati tako ozko, kot zatrjuje naročnik; če bi pojem identičnosti tolmačili tako ozko, kot ga razume naročnik, pa bi bilo treba tudi ponudbo izbranega ponudnika spoznati za nedopustno, saj tudi izbrani ponudnik v okviru priglašenega referenčnega posla ni dobavil identičnega produkta, kot ga sedaj ponuja. Smiselno enako vlagatelj navaja tudi za drugo

referenco, kjer poudarja, da je ponujena licenčna oprema (vsaj v delu dodatnega varnostnega sistema) funkcionalno identična referenčni opremi drugega referenčnega naročnika N., ki ima sicer v uporabi dve vrsti licenčne opreme, in sicer virtualno in hardversko (na strojni opremi). Kot povsem napačne označuje ugotovitve naročnika, da naj iz predloženih dokazil vlagatelja ne bi izhajalo, da preko referenčne opreme do interneta preko storitve posredovalnih strežnikov (proxy) dostopa najmanj 8.000 notranjih uporabnikov. Navedeno naj ne bi držalo, ker ima drugi referenčni naročnik postavljeno licenco za neomejeno število uporabnikov, kar pomeni, da jo lahko uporablja več kot zahtevano število uporabnikov, saj ima ta naročnik skupno več kot 8.000 zaposlenih, ki vsi lahko dostopajo do interneta preko navedenih strežnikov.

Izbrani ponudnik se je o zahtevku za revizijo izjasnil z vlogo z dne 23. 1. 2023. Navaja, da se do dopustnosti vlagateljeve ponudbe ne more opredeljevati, saj njene vsebine ne pozna, se pa strinja z naročnikovo presojo referenčnega posla pri naročniku. Zanika očitek vlagatelja o neidentičnosti produkta izbranega ponudnika, saj naj bi bila razlika med »Cisco WSA« in »Cisco Ironport« le v imenu.

Naročnik je 3. 2. 2023 z dokumentom št. 4300-73/2022/27 zahtevek za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov. Poleg tega je vlagatelju naložil, da mu mora povrniti stroške pravnega varstva v višini 208,96 EUR. Najprej pojasnjuje, da vlagatelja ni izločil iz razloga, ker na točno določenem mestu v ponudbi ni zapisal, kaj ponuja, temveč zaradi tega, ker iz ponudbe kot celote, pojasnil in dopolnitev ponudnika ter pregleda ponujene opreme pri proizvajalcu ni mogoče razbrati točno katera oprema je ponujena. Naročnik v nadaljevanju podrobneje povzema vsebino ponudbe, pozivov na pojasnila ponudbe, samih pojasnil ponudbe ter na spletu dostopnih informacij. Poudarja, da je v času pregleda ponudbe vlagatelja ugotovil, da je edina nedvoumna oznaka za produkt »Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License)«, uradna proizvajalčeva dokumentacija za produkt »Web Proxy Web Protection License« pa ne obstaja. Obstaja samo dokumentacija za tip/model naprave »Sophos Firewall«, in sicer gre za točno določen model/tip naprave »Sophos Firewall XGS« oz. njegov ekvivalent v primeru, da gre za programsko opremo »Sophos Firewall«. Navaja, da je iz dokumentacije pravilno razumel, da gre za model/tip naprave »Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License)«; ali gre za model XGS ali XG, pa da je razbral iz priložene tehnične dokumentacije. Iz vseh ugotovitev in jasne dokazne dokumentacije naj bi tako izhajalo, da je vlagatelj bodisi navedel produkt (model/tip), ki uradno ne obstaja na proizvajalčevih straneh (nikjer ni dokazov o tem), bodisi je ponudil tip naprave Sophos Firewall, model primerljiv oziroma ekvivalenten modelu XGS. V zvezi s prvo referenco izbranega ponudnika naročnik (ki je hkrati bil tudi referenčni naročnik) navaja, da »Sophos Web Protection Appliance« kot predmet reference ni isti produkt ponujenemu niti po lastnostih niti po postavitvi in funkcijah: referenčni produkt je bil namenjen izključno za funkcionalnost posredovanja zahtevkov (ang. proxy) v državnem omrežju HKOM, hkrati pa je vmesnik za upravljanje tega produkta bil namenjen samo tej funkcionalnosti (namenski napravi). Nov produkt, tip naprave »Sophos Firewall«, je bolj obsežen produkt, ki ima čisto drugačno upravljavsko orodje (temu primerno, ker ne gre več za namensko napravo) in ga je potrebno temu ustrezno postaviti v določeno okolje z ustreznimi nastavitvami in prilagoditvami na sosednje naprave v omrežju. Poudarja, da beseda »isti« v zadevnem pogoju za sodelovanje ne dopušča funkcionalno enakega referenčnega produkta ali novejših različic. V zvezi z drugo predloženo referenco naročnik navedbam iz izpodbijane odločitve dodaja, da je bila predmet dobave tedaj strojna oprema in, kot naj bi vlagatelj sam trdil v zahtevku za revizijo, ni del njegove ponudbe. Poudarja še, da mu vlagatelj niti po pozivu na pojasnilo ni podal podatka o tem, koliko notranjih uporabnikov dejansko dostopa do interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy), ampak je ponovil, da gre za licenco za neomejeno število uporabnikov, ter koliko je pri referenčnem naročniku zaposlenih ljudi, kar je sicer naročniku že znano. Manjkalo je torej podatek, koliko notranjih uporabnikov dostopa do interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy). Torej ne koliko jih lahko, ampak koliko jih dostopa.

Vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 9. 2. 2023. Vse naročnikove navedbe, v kolikor se z njimi izrecno ne strinja, označuje za zmotne in neutemeljene ter jim nasprotuje. Izpodbijano odločitev označuje za konfuzno napisano in obrazloženo, pri čemer za to navaja številne razloge. Kot bistveno ponovno izpostavlja napačnost naročnikove ugotovitve v izpodbijani odločitvi glede identitete ponujene opreme in iz njih izvirajočih napačnih zaključkov glede ustreznosti referenc. Kot prepozne označuje naročnikove nove navedbe o tem, zakaj v smislu zadevnega pogoja za sodelovanje ponujeni produkt naj ne bi bil isti kot referenčni.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 6. 2. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Naročnik je z vlogo z dne 10. 2. 2023 odgovoril na (nekatero) vlagateljeve navedbe.

Državna revizijska komisija je prejela še pripravljeno vlogo vlagatelja z dne 11. 2. 2023, s katero je odgovoril na navedbe naročnika v vlogi z dne 10. 2. 2023.

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

V zvezi z navedbami vlagatelja glede prejšnjega postopka oddaje javnega naročila oziroma glede preteklih dobav opreme naročniku gre opozoriti na prvi odstavek 5. člena ZPVPJN, ki določa, da se lahko zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja vložijo zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja, razen če zakon, ki ureja javno naročanje, ali ta zakon določa drugače. Iz izpostavljene določbe (kot tudi iz drugih določb ZPVPJN) izhaja, da je zahtevek za revizijo namenjen pravnemu varstvu ponudnikov zoper domnevne naročnikove kršitve v postopku oddaje javnega naročila. Vlagatelj s sklicevanjem na domnevno problematično ravnanje naročnika v predhodnih postopkih oddaj javnih naročil oziroma njihove izvedbe ne more izkazati nezakonitega ravnanja naročnika v predmetnem postopku javnega naročanja. Državna revizijska komisija se tako do teh navedb niti ne opredeljuje posebej in kot nepotrebne zavrača vse z njimi povezane dokazne predloge.

V obravnavanem primeru vlagatelj očita naročniku, da je bila njegova ponudba nezakonito izločena iz postopka oddaje predmetnega javnega naročila. Zatrjuje, da je njegova ponudba dopustna, saj je ustrezno opredelil ponujeni predmet ter z obema spornima referencama izpolnil vse naročnikove referenčne zahteve iz razpisne dokumentacije. Iz navedb smiselno tudi izhaja očitke o neenakopravni obravnavi v primerjavi z izbranim ponudnikom.

Dopustna ponudba je 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 [29. točka drugega odstavka 2. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3)]. Skladno s prvim odstavkom 89. ZJN-3 sme naročnik javno naročilo oddati le ponudniku, čigar ponudba je dopustna. Naročnik namreč skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 (pregled in ocenjevanje ponudb ter način oddaje javnega naročila) odda javno naročilo na podlagi meril, potem ko preveri, da so izpolnjeni naslednji pogoji:

- a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu in 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 tega zakona in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

Naročnik lahko, v kolikor so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne, oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, v skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3, zahteva, da gospodarski subjekti v ustreznem roku predložijo manjkajoče dokumente ali dopolnijo, popravijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave ponudnikov in transparentnosti. Ista določba ZJN-3 med drugim določa tudi, da naročnik od gospodarskega subjekta zahteva dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam ter da se lahko predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj je pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, mogoče objektivno preveriti. Če gospodarski subjekt ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti. Očitne ali nebistvene napake naročnik lahko spregleda.

Opredelitev predmeta

V točki »12.1 Ponudba« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija) je naročnik navedel, da ponudbeno dokumentacijo sestavljajo med drugim tudi izpolnjen obrazec ESPD (za vse gospodarske subjekte v ponudbi), izpolnjen obrazec »Konfiguracija« in tehnična dokumentacija opreme.

Razpisna dokumentacija vsebuje še naslednja določila, vezana na vprašanje opredelitve predmeta in vsebine ponudbe:

- pod točko »12.2.2 Konfiguracija«:

»Ponudnik mora obrazec Konfiguracija izpolniti na način kot je to določeno v obrazcu. V skladu z vpisi v obrazec konfiguracija ponudnik v ponudbi predloži dokazila (kot so primeroma navedena v obrazcu) v katerih se nahajajo ustrezni tehnični podatki za vso ponujeno opremo, iz katerih je mogoče ugotoviti vse karakteristike in zahteve glede opreme, ki je opredeljena v tehničnih specifikacijah naročila, na način, da se ugotovi skladnost ponujene opreme z vsemi zahtevami iz tehničnih specifikacij naročila.«
- pod točko »12.2.3 Predračun«:

»[...] Ponudnik v stolpec »Ponujeno (naziv)«, vpiše blagovno znamko opreme, ki jo ponuja in tip/model produkta. Ponujena oprema mora izpolnjevati vse zahteve, ki so navedene v tehničnih specifikacijah predmetnega naročila, v poglavju »Pogoji in zahteve za nadgradnjo licenčne opreme sistema posredniških strežnikov«. [...]«
- pod točko »12.2.4 Tehnična dokumentacija za opremo«:

»Ponudnik mora za ponujeno opremo priložiti tehnično dokumentacijo (tehnična dokumentacija proizvajalca, katalogi, certifikati, deklaracije, ustrezni tehnični podatki, izpisi spletne strani (ne samo navedba spletnega naslova), izjave proizvajalcev, ali druga dokazila), iz katere je jasno razvidna skladnost ponujene opreme z zahtevami iz tehničnih specifikacij naročila, iz poglavja »Pogoji in zahteve za nadgradnjo licenčne opreme sistema posredniških strežnikov«.«

Vlagatelj je v ponudbeni predračun in v obrazec »Konfiguracija« kot blagovno znamko, model/tip ponujene licence navedel »Sophos, Web proxy, Web Protection license«, skupaj s ponudbo pa predložil tudi tehnično dokumentacijo, pri čemer je z zaporednimi številkami označil, na katero zahtevo se posamezna navedba in spletni vir nanaša. Enako oštevilčenje je po drugi strani razvidno tudi iz izpolnjenega obrazca »Konfiguracija«, kjer je za vsako od zahtevanih tehničnih lastnosti pod razdelkom »Dokazilo« navedeno, na katero točko v tehnični dokumentaciji se nanaša.

Tudi iz navedb naročnika v postopku pravnega varstva je mogoče razbrati, da je kot bistveno za vprašanje dopustnosti štel, ali je iz celotne ponudbene vsebine mogoče razbrati, kaj vlagatelj ponuja, ne pa tega, da na določenem mestu v ponudbi ni predstavil ustreznega podatka. Kot je razbrati iz odstopljene dokumentacije, je naročnik vlagatelja z dopisom 14. 10. 2022 pozval na pojasnilo ponudbe »[...] kje iz ponudbe je razvidno, v skladu z navedenimi zahtevami naročnika iz dokumentacije naročila, kateri tip, model licence ponujate«, na kar je vlagatelj odgovoril, »da je iz ponudbene dokumentacije razvidno, da smo ponudili licenco blagovne znamke Sophos, model / tip Web Proxy Web Protection License, iz ponudbenega dokumenta Tehnična dokumentacija opreme pa je razvidno, da gre za Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Web Protection License) in na to se v dokumentu nanašajo tudi povezave na proizvajalčeve uradne spletne strani«.

Naročnik je nato vlagatelja z dopisom 24. 10. 2022 pozval na dopolnitev ponudbe s predložitvijo druge reference (kar bo obravnavano v nadaljevanju), pri čemer je uvodoma zapisal: »Iz ponudbene dokumentacije in sicer iz obrazca konfiguracija in predračuna izhaja, da ponujate blagovno znamko opreme Sophos Web Proxy, s funkcionalnostjo Web Protection license. Tip oziroma model opreme, v skladu z zahtevo naročnika, ni zapisan v navedenih dokumentih, vendar pa iz predložene tehnične dokumentacije izhaja, da ponujate tip oziroma model opreme oziroma licenco Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License).«

Iz navedenega je mogoče razbrati, da je naročnik v fazi pregleda in ocenjevanja lahko ugotovil (in s tem tudi seznanil vlagatelja), da vlagatelj ponuja »Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License).« Ne glede na to pa je v izpodbijani odločitvi zapisal drugače, saj je neidentificiranost ponujene opreme kot razlog za zavrnitev ponudbe utemeljeval z navedbo, da je vlagatelj ponudil »Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License) model XGS5500 ali boljši«, kakor naj bi izhajalo iz ponudbe. Drugače kot v izpodbijani odločitvi pa naročnik v sklepu o zavrnitvi zahtevka za revizijo ponovno navaja, da je »[...] v času pregleda ponudbe vlagatelja ugotovil, da je edina nedvoumna oznaka za produkt, za katerega vlagatelj dokazuje izpolnjevanje tehničnih zahtev v ponudbeni dokumentaciji in jo je tudi možno preveriti pri proizvajalcu Sophos, oprema Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License)« ter da je »[...] iz dokumentacije pravilno razumel, da gre za model/tip naprave Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License)«. V nadaljevanju sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo sicer pojasnjuje, zakaj je štel, da je ponujen bodisi izdelek, ki uradno ne obstaja na proizvajalčevih straneh (»Sophos, Web proxy, Web Protection license«) bodisi tip naprave »Sophos Firewall model primerljiv oziroma ekvivalenten modelu XGS« – naročnik tu navaja, da je v ponudbi napisan »model XGS5500 ali boljši in ki je lahko XXX, YYY ali XXX«.

Državna revizijska komisija z zaključki naročnika ne more soglašati, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju.

Naročnik sicer prepričljivo pojasnjuje in izkazuje, da je na svoje vprašanje na javno dostopni podpori na spletni strani proizvajalca ponujene opreme glede tega, kateri produkt je možno uporabiti za funkcionalnost posredovalnih strežnikov, dobil odgovor, da gre za napravo »*Sophos Firewall XGS Series*« (gre torej za strojno in programsko opremo) oz. za ekvivalent temu, v primeru, da se produkt implementira kot programska oprema znotraj virtualnega okolja. Ta navedba naročnika je skladna tudi z navedbami vlagatelja, ki je v zahtevku za revizijo smiselno enako navedel, da ima na voljo produkte, ki zagotavljajo storitve dostopa do interneta prek posredniških strežnikov (proxy), ti produkti (tj. programska oprema) pa imajo možnost delovanja bodisi na proizvajalčevi strojni opremi bodisi kot virtualna postavitve na kupčevi lastni strojni opremi. Med strankama torej ta razmejitveni niti ni sporna, predmet obravnavanega javnega naročila pa je programska oprema, ki se bo namestila v virtualni sistem pri naročniku – to potrjuje tudi navedba v dokumentu »*TEHNIČNE SPECIFIKACIJE*« v razpisni dokumentaciji [»*Namestitve v virtualni sistem pri naročniku (vmware)*«].

Državna revizijska komisija ugotavlja, da noben del ponudbe ali naknadnih pojasnil vlagatelja ne utemeljuje zaključka, da vlagatelj ponuja napravo v smislu strojne opreme oziroma kakršnekoli naprave iz serije XGS, kot bi bilo mogoče razbrati iz očitkov naročnika, kjer očitek o nedoločnosti ponujenega produkta opira na pristavek »*XGS5500 ali boljši*«. Naročnik se v zvezi s tem neutemeljeno sklicuje na navedbo v 9. in 32. točki dokumenta »*Tehnična dokumentacija opreme.pdf*« kot dela ponudbene dokumentacije vlagatelja, na katerega – kot že pojasnjeno – odkazujejo navedbe v izpolnjenem obrazcu »*Konfiguracija*«. 9. točka v zadevnem dokumentu se nanaša na dokazovanje izpolnjevanja tehnične zahteve »*Sposobnost obdelovanja najmanj 10.000 zahtevkov na sekundo na posamezen strežnik*«, s tem v zvezi pa je vlagatelj med drugim zapisal: »*Specifikacija posredniškega strežnika je odvisna od virtualizacijske infrastrukture*« ter »*Ponujena oprema je primerljiva z opremo XGS5500 ali boljšo*«. Izhajajoč iz predhodnih ugotovitev glede možnih načinov zagotavljanja funkcionalnosti posredovalnih strežnikov, pa iz obeh citiranih zapisov vlagatelja povsem jasno in nedvoumno izhaja, da se 9. točka v tem dokumentu nanaša na produkt, ki se implementira kot programska oprema znotraj virtualnega okolja in ne na strojno napravo iz serije XGS. Glede same zmogljivosti take rešitve je mogoče razbrati, da je zmogljivost ponujene (ekvivalentne oz. programske) opreme ob ustrezni virtualizacijski infrastrukturi najmanj taka, kot bi bila, če bi naročnik naročil in uporabljal napravo »*XGS 5500*«. Glede vsebine 31. točke, ki se nanaša na dokazovanje izpolnjevanja tehnične zahteve »*Centralno mesto za upravljanje politike in sinhronizacija nastavitev preko vseh proxy sistemov*«, pa naročnik navaja in izkazuje, da se za konfiguracijo in nadzor naprav uporablja orodje »*Sophos Central management*« za *XG tip oziroma model naprave*«. Po presoji Državne revizijske komisije navedeno ni relevantno za presojo glede opredelitve ponujenega predmeta, saj ni z ničemer izkazano, da se navedeno orodje uporablja izključno za konfiguracijo naprav XG, ne pa tudi za ekvivalentno rešitev, implementirano kot programska oprema znotraj virtualnega okolja.

Ker vlagatelj v postopku pravnega varstva po tem, ko naročnik že odloči o njegovem zahtevku za revizijo, praviloma ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov (prim. šesti odstavek 29. člena ZPVPJN), tudi naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo ne sme navajati novih razlogov za utemeljitev svoje odločitve o (ne)oddaji javnega naročila vlagatelju, ki jih ni navedel že v sami izpodbijani odločitvi, saj bi bil vlagatelj s tem onemogočen v možnosti uveljavljanja učinkovitega pravnega varstva. Navedeno pomeni, da argumentov, ki jih je naročnik v zvezi z domnevno neopredeljenostjo ponujenega predmeta prvič navedel šele v odločitvi o zahtevku za revizijo, pri odločanju o zahtevku za revizijo ni mogoče upoštevati. Ne glede na to in ne glede na to, da je že ob upoštevanju vsega do sedaj navedenega treba ugotoviti, da je naročnik

neutemeljeno zavrnil vlagateljevo ponudbo kot nedopustno zaradi tega, ker naj bi ponujal »Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License) model XGS5500 ali boljši« (kot že pojasnjeno, ni utemeljen zaključek naročnika, da se ponudba nanaša na »model XGS5500 ali boljši«), pa Državna revizijska komisija ne more kot utemeljenega sprejeti niti naročnikovega razlogovanja iz odločitve o zahtevku za revizijo o tem, da niti »Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License)« (kar glede na navedbo v zavrnitvi zahtevka za revizijo šteje za edino nedvoumno oznako za ponujeni produkt) ne definira dovolj natančno ponujenega predmeta ali da tak produkt uradno ne obstaja na proizvajalčevih spletnih straneh. Iz dokumenta »*dokas st. 3 Sophos_Firewall_modeli_ekvivalenti_licence.pdf*«, na katerega se v zavrnitvi zahtevka za revizijo sklicuje naročnik, je mogoče povsem jasno ugotoviti, da licenca »Unlimited« (kakršna je nesporno ponujena) obstaja tudi v proizvajalčevi dokumentaciji in je kot licenca za virtualno okolje oz. programsko opremo na lastni strojni opremi ekvivalent napravi »XGS 5500«.

Pogoj za sodelovanje

Naročnik lahko gospodarskim subjektom kot zahtevo za sodelovanje naloži pogoje, ki so določeni v 76. členu ZJN-3. V skladu s prvim odstavkom 76. člena ZJN-3 lahko naročnik določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo na (a) ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, (b) ekonomski in finančni položaj ter (c) tehnično in strokovno sposobnost. V skladu z drugim odstavkom 76. člena ZJN-3 lahko naročnik v postopek javnega naročanja vključi le tiste zahteve, ki so potrebne za zagotovitev, da ima ponudnik ustrezne pravne in finančne zmogljivosti ter tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja. Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila.

Glede tehnične in strokovne sposobnosti deseti odstavek 76. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila v skladu z ustreznim standardom kakovosti. Naročnik lahko zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil. Pri javnem naročanju gradenj, storitev ali blaga, za katera je treba izvesti namestitvena ali inštalacijska dela, lahko naročnik strokovno sposobnost gospodarskih subjektov za izvedbo gradenj, storitev ali inštalacijskih del oceni glede na njihove veščine, učinkovitost, izkušnje in zanesljivost (enajsti odstavek 76. člena ZJN-3). Možna dokazila za izkazovanje tehnične sposobnosti so navedena v osmem odstavku 77. člena ZJN-3, v skladu s katerim lahko ponudnik kot dokaz za lastno tehnično usposobljenost (med drugim) predloži seznam gradenj, opravljenih v zadnjih petih letih, oz. seznam najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov [točki a) in b) osmega odstavka 77. člena ZJN-3].

ZJN-3 v 76. in 77. členu določa le izhodišča za oblikovanje pogojev za priznanje tehnične in strokovne oziroma kadrovske sposobnosti oziroma možna dokazila za njeno izkazovanje, naročnik pa je tisti, ki mora v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo, določiti vsebinske, vrednostne in časovne kriterije posameznih pogojev ter način izkazovanja v primeru skupne ponudbe ali ponudbe s podizvajalci. Naročnik mora torej, ob upoštevanju predmeta naročila, v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določiti vsebinske kriterije, ki jih mora izpolnjevati referenčni posel za presojo primerljivosti del, da lahko ponudnik z izkazovanjem njegove uspešne izvedbe dokaže strokovno in kadrovske usposobljenost za izvedbo naročila, ter način dokazovanja, ki ga mora ponudnik upoštevati pri izkazovanju ustreznosti referenc.

Naročnik je v razpisni dokumentaciji pod točko »10.1.2 Tehnični pogoji oziroma sposobnost« kot pogoj za sodelovanje določil:

»1. Ponudnik je v obdobju zadnjih treh (3) let, šteto od dneva objave obvestila o tem naročilu na portalu javnih naročil, uspešno dobavil, namestil in ponujal podporo za opremo, ki jo ponuja v ponudbi (ista blagovna znamka, tip in model opreme, prek katerih najmanj 8000 notranjih uporabnikov dostopa do Interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy).

DOKAZILA: Izpolnjen obrazec »ESPD« (del IV: Pogoji za sodelovanje, razdelek C: Tehnična in strokovna sposobnost, poglavje z nazivom »Za naročila blaga: izvedba dobave blaga določene vrste«) in sicer ponudnik v polje:

- *»Opis« vpiše referenčno dobavo in opis zahtevane konfiguracije*
- *»EUR«- /*
- *»Datum« vpiše datum in št. pogodbe, naročilnice, dogovora ali druge podlage,*
- *»Prejemniki« vpiše naziv referenčnega naročnika ter kontaktno osebo referenčnega naročnika, njeno telefonsko številko in elektronski naslov.*

Ponudnik ne more biti hkrati referenčni naročnik sam sebi ali svojim podizvajalcem, kar pomeni, da v polju »Prejemniki«, kjer se vpiše naziv referenčni naročnik, ponudnik ne sme vpisati samega sebe.«

Nič drugače ne izhaja niti iz odgovora naročnika na vprašanje enega od potencialnih ponudnikov, objavljenega na Portalu javnih naročil 26. 9. 2022 ob 10.48, s katerim je potrdil že zapisano v razpisni dokumentaciji.

Vlagatelj se je v ponudbi skliceval na dve referenci:

- *»Dobava Sophos Web Proxy Web Protection licence za 17.000 uporabnikov za 1 leto, za Ministrstvo za javno upravo (MJU), dobava je bila posredna preko podjetja NIL d.o.o. preko pogodbe z MJU št.C3130-21-009601, kjer je bil ponudnik Sophos d.o.o. tudi podizvajalec za vzdrževanje in podporo s svojim kadrom, na Sophos licenci za MJU pa tudi piše, da je Reseller Sophos d.o.o.« in*
- *»Dobava Sophos Web Proxy Web Protection licence za neomejeno število uporabnikov za 3 leta, za N[...]«.*

Iz odstopljene dokumentacije je razvidno, da je naročnik vlagatelja z dopisom 24. 10. 2022 pozval na predložitev druge reference, pri čemer je v dopisu pojasnil, zakaj nobena od obeh v ponudbi predloženih referenc ni ustrezna. Kot že pojasnjeno, je naročnik v tem dopisu uvodoma navedel, da *»[...] iz predložene tehnične dokumentacije izhaja, da ponujate tip oziroma model opreme oziroma licenco Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License)«* in torej ne, da je ponujen *»Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License) model XGS5500 ali boljši«*, kot je kasneje navedel v izpodbijani odločitvi. Obenem je glede prve reference pojasnil, da je bil predmet prve reference (kjer je bil sam tudi referenčni naročnik) *»model/tip opreme Sophos Web Protection Appliance, ki po pregledu na proizvajalčevih straneh ni več v prodaji oz. se predlaga prehod na drug produkt Sophos Web Appliance: Migration to Sophos Firewall Web Protection«*, kar naj bi bilo v nasprotju s pogojem za sodelovanje, ker se referenca ne nanaša na opremo, ponujeno v ponudbi. Vlagatelj je z dopisom z dne 27. 10. 2022 na navedeno v bistvenem odgovoril, da gre pri ponujenem produktu le za novejšo vrsto produkta kot njegovega naslednika. V zvezi z drugo referenco je naročnik v pozivu navedel, da na podlagi preveritve predmetne reference, ki je bila izvedena že v okviru predhodno izvedenega postopka oddaje javnega naročila, ugotavlja, da je vlagatelj dobavil, namestil in ponujal podporo za tip/model opreme za *»tip/model opreme Sophos UTM Web Appliance in ne za tip/model Sophos Firewall (SF SW/Virtual Unlimited Protection License), kot je ponujen v predmetnem naročilu«*. Vlagatelj je z

dopisom z dne 27. 10. 2022 na navedeno v bistvenem odgovoril, da je referenčni naročnik N. že v predhodnem postopku pojasnil, »[...] da imajo v uporabi blago znamke »SOPHOS«, pri čemer imajo postavljenih več različnih modelov, med drugim tudi model z oznako »XG Web Protection«, ki predstavlja oznako produkta »SOPHOS Firewall« (torej »Web Proxy Web Protection License«, kot je ponujen v konkretnem naročilu«.

Naročnik je po prejemu pojasnil vlagatelja na vlagatelja 25. 11. 2022 naslovil »Dopolnitev poziva na dopolnitev ponudbe«, v katerem je navedel, da je od referenčnega naročnika N. pridobil različne informacije glede tipa/modela opreme, glede števila notranjih uporabnikov pa odgovor, da N. uporablja proxy prehod za precej manjše število uporabnikov od zahtevanega v tehničnem pogoju predmetnega naročila; z dopisom je vlagatelja pozval, »naj uredi[...], da bo naročnik prejel potrditev referenčnega naročnika N[...] iz katere bo razviden tip in model blagovne znamke opreme, ki je bila predmet reference in da je v predmetni referenci šlo za opremo preko katere najmanj 8000 notranjih uporabnikov dostopa do Interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy) in glede na vse navedeno za preveritev navedb tudi predloži[...] ustrezna dokazila kot so naročilnica, dobavnica ali izpis iz sistema iz katerih bodo razvidni navedeni podatki.« Vlagatelj je na ta poziv odgovoril z dopisom z dne 1. 12. 2022, predložil dokazila in pojasnila glede tipa/modela referenčne opreme, glede števila notranjih uporabnikov, ki dostopajo prek posredovalnih strežnikov v omrežju referenčnega naročnika N., pa (sklicujoč se na izjavo referenčnega naročnika) navedel, da:

- ima N. licenco za neomejeno število uporabnikov;
- požarni zid ne prikazuje števila trenutno aktivnih uporabnikov, ampak le žive povezave (»live connections«), ki se filtrirajo prek požarnega zidu;
- je živih povezav pri N. preko 100.000; in
- je skupno število povezav oziroma uporabnikov, povezanih na požarni zid pri N., neomejeno;
- je v skupini N. zaposlenih 8.185 ljudi.

Naročnik je v izpodbijani odločitvi kot razlog za neizkazanost pogoja za sodelovanje z drugo referenco (naročnika N.) med drugim zatrjeval, da glede te reference ni bilo mogoče ugotoviti, ali prek referenčne opreme najmanj 8.000 notranjih uporabnikov dostopa do interneta prek storitve posredovalnih strežnikov (proxy). Državna revizijska komisija tej ugotovitvi naročnika pritruje, saj se ne pojasnila ne kasnejše navedbe oziroma dokazila vlagatelja ne nanašajo na število uporabnikov, ki dostopajo do interneta – vlagatelj v bistvu navaja in dokazuje zgolj to, da bi do interneta lahko dostopalo več kot 8.000 notranjih uporabnikov referenčnega naročnika, ne pa tudi tega, da jih najmanj toliko do interneta tudi (dejansko) dostopa. Neutemeljeno je pri tem tudi sklicevanje vlagatelja na sklep Državne revizijske komisije št. 018-051/2022-7, saj tedanje ugotovitve temeljijo na drugačnem dejanskem stanju – v obravnavanem primeru je naročnik pridobil izrecno pojasnilo, da referenčni naročnik uporablja proxy prehod za precej manjše število uporabnikov od zahtevanega v tehničnem pogoju predmetnega naročila. Upošteva se navedeno in iz razloga, ker je v smislu zadevnega pogoja za sodelovanje ključno število uporabnikov, ki (dejansko) dostopajo do interneta, ni mogoče ugotoviti, da je naročnik ravnal v nasprotju z ZJN-3 ali določili razpisne dokumentacije, ko te reference ni štel kot ustrezne za izkazovanje pogoja za sodelovanje iz točke 10.1.2 razpisne dokumentacije. Državna revizijska komisija je zavrnila dokazne predloge vlagatelja z zaslišanjem Ž. S. in M. K., ki opravljata naloge prodajnih inženirjev pri vlagatelju, ter postavitev izvedenca IT stroke, ki naj bi potrdili in pojasnili podatek o tem, da preko referenčne opreme pri N. lahko do interneta dostopa neomejeno število uporabnikov, saj – kot že pojasnjeno – za presojo izpolnjevanja pogoja za sodelovanje ni bistveno, koliko uporabnikov bi lahko dostopalo do interneta.

V zvezi s prvo predloženo referenco pa naročnik zastopa stališče, da predmet reference ni isti tip opreme kot jo ponudnik ponuja v ponudbi. Ker – kot že pojasnjeno – ni mogoče soglašati z

naročnikovo ugotovitvijo in navedbo v izpodbijani odločitvi, da vlagatelj ponuja »Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License) model XGS5500 ali boljši«, tako ta opredelitev ne more predstavljati niti podlage za ugotovitev (ne)ustreznosti predložene reference.

Ker vlagatelj v postopku pravnega varstva po tem, ko naročnik že odloči o njegovem zahtevku za revizijo, praviloma ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov (prim. šesti odstavek 29. člena ZPVPJN), tudi naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo ne sme navajati novih razlogov za utemeljitev svoje odločitve o (ne)oddaji javnega naročila vlagatelju, ki jih ni navedel že v sami izpodbijani odločitvi, saj bi bil vlagatelj s tem onemogočen v možnosti uveljavljanja učinkovitega pravnega varstva. Navedeno pomeni, da argumentov o neustreznosti reference tudi če ni ponujen »Sophos Firewall XGS (SF SW/Virtual Unlimited Protection License) model XGS5500 ali boljši« iz razloga, ker »referenčna oprema ne zadosti pogoju že v drugih delih« (kakor je naročnik navedel v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo), pri odločanju o zahtevku za revizijo ni mogoče upoštevati. V posledici predstavljenih ugotovitev je Državna revizijska komisija kot nepotrebne zavrnila dokazne predloge vlagatelja z zaslišanjem Ž. S. in M. K., ki opravljata naloge prodajnih inženirjev pri vlagatelju, ter postavitev izvedenca IT stroke, ki naj bi izpovedali o funkcionalni identičnosti ponujenih in referenčnih tipov licenčne programske opreme.

Ne glede na to in ne glede na vprašanje, na kakšen način je mogoče razlagati zahtevo naročnika glede tipa in modela referenčne opreme ob hkratni odsotnosti opredelitev pojmov »tip« in »model« pri nabavi licenčne programske opreme (naročnik se namreč v postopku pravnega varstva zavzema za razlago, da niti novejša ali starejša različica iste opreme ni mogoče šteti kot iste opreme), pa Državna revizijska komisija ugotavlja in s tem pritruje smiselnim navedbam vlagatelja v tem, da je naročnik v zvezi s presojo izpolnjevanja pogojev za sodelovanje kršil načelo enakopravne ponudnikov (7. člen ZJN-3), saj je vlagateljevo ponudbo zavrnil kot nedopustno, ker se referenca ne nanaša na isti produkt, kot je ponujen, medtem ko je ponudbo izbranega ponudnika sprejel kot dopustno, čeprav je izbrani ponudnik izkazoval izpolnjevanje pogoja za sodelovanje z naročilom programske opreme »Cisco IronPort«, ponudil pa je »Cisco Systems WSA-WSE, WSA-AMM, SMA-WMG T«. Smiselno enako je mogoče ugotoviti tudi v primeru primerjave obravnave vlagatelja z drugouvrščenim ponudnikom, katerega ponudbo je naročnik prav tako sprejel kot dopustno (in torej tudi tega ponudnika povabil k sodelovanju v elektronski dražbi), čeprav je ta ponudnik izkazoval izpolnjevanje pogoja za sodelovanje z implementacijo »McAfee web proxy rešitev, ki se je v letošnjem letu preimenovala v Trellix Sky High«, ponudil pa je »McAfee/Skyhigh SWG Software license«.

Sklepno

V posledici vsega navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik s tem, ko je vlagateljevo ponudbo označil za nedopustno, ravnal v neskladju z določili prvega odstavka 89. člena ZJN-3, s tem povezane revizijske navedbe vlagatelja pa so utemeljene.

Državna revizijska komisija ob tem ugotavlja, da je naročnik po ugotovitvi, da vlagateljeva ponudba ni dopustna, s preostalima dvema ponudnikoma 15. 12. 2022 izvedel elektronsko dražbo (kar je sicer v odstopljeni dokumentaciji pomanjkljivo dokumentirano – ni namreč razvidno povabilo k pogajanju tema dvema ponudnikoma), na tej podlagi pa izdal tudi izpodbijano odločitev. Da bi bilo mogoče sanirati ugotovljeno kršitev v zvezi s presojo dopustnosti vlagateljeve ponudbe, je predmetni postopek potrebno vrniti v fazo pregledovanja in ocenjevanja ponudb, tako pa torej v fazo pred izvedbo elektronske dražbe.

Državna revizijska je zato, na podlagi 2. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, vlagateljevemu zahtevku za revizijo ugodila tako, da je razveljavila elektronsko dražbo ter vsa nadaljnja ravnanja naročnika, vključno z odločitvijo o oddaji javnega naročila, kot izhaja iz naročnikovega dokumenta »ODLOČITEV O ODDAJI NAROČILA« z dne 4. 1. 2023, št. 4300-73/2022/20.

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo predlagal tudi izvedbo ustne obravnave. Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni predlagal izvedbe ustne obravnave, zaradi česar pogoj za njeno obvezno izvedbo ni podan. Izvedba ustne obravnave je namreč obvezna le, če njeno izvedbo predlagata tako vlagatelj kot naročnik, torej oba (gl. tretjo poved iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN v povezavi z drugo povedjo iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN). Čeprav lahko Državna revizijska komisija, skladno s prvo povedjo 35. člena ZPVPJN, na pobudo vlagatelja (ali naročnika ali na lastno pobudo) izvede ustno obravnavo z namenom pridobitve natančnejših pojasnil o dejanskih okoliščinah, od katerih je odvisna odločitev v revizijskem postopku, pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bilo dejanske okoliščine, dejansko stanje in pravna dejstva, relevantna za sprejem odločitve v obravnavani zadevi, mogoče pravilno in popolno ugotoviti na podlagi dokumentacije iz postopka javnega naročanja in predrevizijskega postopka, ne da bi bilo treba izvesti še ustno obravnavo. Državna revizijska komisija je zato upoštevala drugo poved iz prvega odstavka 35. člena ZPVPJN vlagateljevo pobudo za izvedbo ustne obravnave zavrnila.

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. Če se bo naročnik odločil za nadaljevanje postopka s sprejemom odločitve o oddaji naročila, mora vlagateljevo ponudbo pregledati ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa. Naročnik mora pri svojih ravnanjih upoštevati, da mora spoštovati načelo transparentnosti javnega naročanja (8. člen ZJN-2), zagotoviti pa mora tudi enakopravno obravnavo ponudnikov (9. člen ZJN-2). Če bo naročnik ugotovil, da obstoječa razpisna dokumentacija ne omogoča oddaje naročila, ki bo izpolnilo njegova pričakovanja glede tehnične sposobnosti ponudnikov, lahko ravna tudi v skladu s četrtem odstavkom 90. člena ZJN-3, v morebitnem ponovljenem postopku oddaje javnega naročila pa naj referenčno zahtevo v spornem delu določi na način, ki mu bo to omogočal, ob upoštevanju pravil in temeljnih načel javnega naročanja.

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

Vlagatelj zahteva povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015, s sprem.; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala vse priglašene stroške, in sicer:

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 8.554,40 EUR,
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 2.500 točk (prva točka tar. št. 40 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22 % DDV znaša 1.830,00 EUR in
- izdatke v pavšalnem znesku (vlagatelj izdatkov v dejanski višini ni specificiral niti izkazal) po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk

in 1 % od presežka nad 1.000 točk) v višini 35 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22% DDV znaša 25,62 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala stroškov za postavki »Sestanek s stranko 1 ura po tar. št. 43/1« in »Pregled listin in dokumentacije 1 ura po tar. št. 43/2«, navedenih v zahtevku za revizijo, saj je upoštevala, da ti predstavljata storitve, ki so zajete v storitve iz tarifne številke 40/1 OT. Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala priglašenih stroškov za sestavo vlog z dne 9. 2. 2023 in 11. 2. 2023, s katerima se je vlagatelj opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo in do kasnejših navedb naročnika, saj v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe v teh vlogah niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašenega presežka nad priznanimi stroški za izdatke v pavšalnem znesku po 11. členu OT, saj upoštevajoč skupno priznano vrednost storitve za njegovo priznanje ni pravne podlage.

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 10.410,02 EUR, ki mu jih je dolžan povrniti naročnik v roku 15 dni od prejema tega sklepa.

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

Naročnik je v odločitvi o zahtevku za revizijo odločil, da mu mora vlagatelj povrniti stroške postopka, ki so mu nastali zaradi odločanja o zahtevku za revizijo (naročnik je navedel, da je pri pripravi sklepa sodeloval en uslužbenec, katerega stroški izhajajo iz naslednje opredelitve: strošek plače javnega uslužbenca na delovnem mestu podsekretar na mesečnem nivoju znaša 2.297,79 EUR, kar pomeni, da vrednost ene ure znaša 13,06 EUR – ker je bilo za pripravo predmetne odločitve porabljenih 16 ur, znaša strošek 208,89 EUR). Ker je odločitev o stroških postopka odvisna od končne odločitve o zahtevku za revizijo, je Državna revizijska komisija odločila tudi o naročnikovi zahtevi za povrnitev stroškov.

Naročnikovo stroškovno zahtevo je treba zavrniti že zato, ker naročnik v predrevizijskem postopku na podlagi določb ZPVPJN sprejema odločitve v vlogi organa odločanja oziroma pravnega varstva (1. alineja 2. člena ZPVPJN v povezavi z 28. členom ZPVPJN), ne pa v vlogi stranke predrevizijskega postopka (prvi odstavek 3. člena ZPVPJN), zato do povrnitve priglašenih stroškov ni upravičen.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 3. 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,
predsednik Državne revizijske komisije

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve.