

Številka: 018-025/2023-3

Datum: 22. 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. 43/11 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Igorja Luzarja kot predsednika senata ter Marka Medveda in Aleksandra Petrovčiča kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Priprava strateškega načrta razvoja informatike*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj IPMIT Institut za projektni management in informacijsko tehnologijo d.o.o., Kotnikova ulica 30, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Zdravstveni dom Ljubljana, Metelkova ulica 9, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 22. 3. 2023

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi tako, da se v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila razveljavi pogoj za sodelovanje, določen v poglavju »2.3 Pogoji za sodelovanje« pod tretjo alinejo »Tehnična in strokovna sposobnost« v prvi podalineji, ki se nanaša na referenco primerljivega projekta oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike.

V preostalem delu se zahtevki za revizijo zavrne kot neutemeljeni.

2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 800,00 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja v postopku naročila male vrednosti, je bilo 24. 1. 2023 objavljeno na Portalu javnih naročil pod št. objave JN000347/2023-W01 (s popravkoma pod št. objave JN000347/2023-K01 z dne 31. 1. 2023 in pod št. objave JN000347/2023-K02 z dne 14. 2. 2023).

Vlagatelj je 16. 2. 2023, pred potekom roka za predložitev ponudb, vložil zahtevek za revizijo zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija), v katerem predlaga, da se v predmetnem postopku javnega naročila v celoti razveljavi zadevno javno naročilo oziroma podredno, da se razveljavita poglavje »2. NAVODILA PONUDNIKOM ZA IZDELAVO PONUDBE«, točka »2.3 Pogoji za sodelovanje«, tretja alineja »Tehnična in strokovna sposobnost« (vsi trije pogoji) in poglavje »6. MERILO ZA RAZVRŠČANJE IN OCENJEVANJE PONUDB« (v celoti) ter da se naročniku naloži odprava kršitev na način, da navedeno dokumentacijo v razveljavljenih delih ustrezno spremeni oziroma uskladi z določili Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3). Vlagatelj zahteva tudi povrnitev stroškov pravnega varstva (vplačane takse).

Vlagatelj naročniku očita kršitev temeljnih načel javnega naročanja, ki jih določa ZJN-3 (načela zagotavljanja konkurence med ponudniki, načela enakopravne obravnave ponudnikov, načela sorazmernosti ter načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti), ter kršitev 84. člena ZJN-3 (merila za oddajo javnega naročila). V okviru navedenega vlagatelj izpostavlja naslednje naročnikove kršitve:

- nezakonito omejevanje sodelovanja določenih oseb v javnem naročilu oziroma nezakonita kadrovska pogoja, v okviru katerih naročnik postavlja zahtevo po redni zaposlitvi strokovnjakov,
- nejasni oziroma nezakoniti pogoji za sodelovanje (tj. reference),
- nezakonito določeno merilo za oddajo javnega naročila,
- neobjava čistopisa dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in
- onemogočena oddaja ponudb v sistemu eJN v času od 10. 2. 2023 od 10.00 ure do vsaj 14. 2. 2023 do 9.40 ure.

Naročnik je z *Odločitvijo o zahtevku za revizijo*, št. NMV-6/2023 z dne 1. 3. 2023 (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo) vlagateljev zahtevek za revizijo zavrnil ter posledično zavrnil tudi njegovo zahtevo za povrnitev stroškov. Naročnik je hkrati v sistemu eJN zadržal predmetni postopek javnega naročila. Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo na vlagateljeve očitke odgovarja:

- da vlagatelj z očitkom glede kadrovskih pogojev ni zmožal trditveno-dokaznega bremena (najverjetneje niti za priznanje aktivne legitimacije), prav tako vlagatelj po nepotrebnem problematizira sporna pogoja za sodelovanje in ju razlaga sebi v škodo;
- da vlagatelj tudi glede očitka o nejasnosti oziroma nezakonitih pogojih za sodelovanje (referenc) ni zmožal trditveno-dokaznega bremena (najverjetneje niti za priznanje aktivne legitimacije), zato ga je treba zavrniti, če že ne zavreči; v nadaljevanju se naročnik podrobneje opredeljuje do posameznih navedb vlagatelja v okviru tega očitka;
- da je upoštevaljoč smernice iz 84. člena ZJN-3 kot merilo določil ekonomsko najugodnejšo ponudbo, določeno na podlagi najnižje skupne vrednosti dopustne ponudbe, pri čemer je glede na prakso Državne revizijske komisije odločitev o relativnem pomenu vsakega posameznega merila v razmerju s celoto poslovna odločitev naročnika, utemeljena v vsakokratnih okoliščinah danega primera;
- da naročnik razen glede neobjave čistopisa razpisne dokumentacije na Portalu javnih naročil na očitke iz točke 4. zahtevka za revizijo ni bil opozorjen, zato glede preostalih očitkov niso izpolnjeni pogoji iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN in teh kršitev v predrevizijskem in revizijskem postopku ni mogoče presojati – vendar se nato v nadaljevanju vsebinsko opredeljuje do obeh očitkov, navedenih v točki 4. zahtevka za revizijo, torej tudi do očitka glede onemogočene oddaje ponudb v sistemu eJN;
- da skladno s prakso Državne revizijske komisije ZJN-3 ne določa, da je v primeru sprememb razpisne dokumentacije oziroma posameznih naročnikovih zahtev obvezen element čistopis razpisne dokumentacije, ponudniki pa morajo v okviru svoje skrbnosti spremljati objave na

- Portalu javnih naročil (popravke, odgovore, pojasnila) in sami ugotoviti, kakšna je zadnja verzija naročnikovih zahtev;
- da je v celoti neutemeljen tudi vlagateljov očitke glede domnevno onemogočene oddaje ponudb.

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo preverila, ali je vložen pravočasno in pri naročniku; ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN; ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN; ali obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je dopusten. Ker je ugotovila, da je vsaj glede nekaterih zatrjevanih kršitev (nejasnosti referenčnega pogoja, nezakonitosti merila in neobjave čistopisa razpisne dokumentacije) podana aktivna legitimacija vlagatelja in da so izpolnjeni tudi ostali pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, je zahtevek za revizijo, na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN, sprejela v obravnavo.

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

I. Glede kadrovskih pogojev

Vlagatelj najprej, ob povzemanju določb 94. člena ZJN-3, navaja, da je naročnikova zahteva o redno zaposlenih strokovnjakih (tj. vsaj dveh strokovnjakih, ki imata najmanj 3 leta delovnih izkušenj na področju strateškega svetovanja pri razvoju informatike, in vsaj enem strokovnjaku s certifikatom za projektno vodenje) nezakonita, saj zakon ne prepoveduje, da bi ponudnik sklenil delovno pogodbo civilnega prava s fizično osebo, ki je upokojenec z bogatimi praktičnimi strokovnimi izkušnjami s področja vsebine predmeta javnega naročila. Dalje navaja, da naročnik napačno tolmači status samostojnega podjetnika s statusom fizične osebe in poudarja, da upokojenec ni samostojni podjetnik in tudi ni redno zaposlen, posledično pa zaradi sodelovanja na zadevnem javnem naročilu ne bo spreminjal svojega statusa. Če je naročnik morda z zahtevo po redni zaposlitvi strokovnjaka skušal zagotoviti trajno in nemoteno izvajanje projekta, tega namena po vlagateljevem mnenju s sporno zahtevo dejansko ni možno doseči, saj je pogodbeno razmerje veliko bolj predvidljivo in zanesljivo kot pa redno delovno razmerje strokovnjaka, npr. tudi z vidika dolžine odpovednega roka. Dodaja, da naročnik ne sme zahtevati od ponudnika, da pri izvedbi naročila sodeluje z določenimi podizvajalci, zato je naročnikova zahteva tudi v nasprotju z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) in načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

Naročnik na očitke odgovarja, da vlagatelj tu ni zmozel niti trditvenega, še zlasti pa ne dokaznega bremena (najverjetneje niti za priznanje aktivne legitimacije), saj niti ne pojasni, kako sporna zahteva vpliva na njegov položaj v tem postopku (ne navaja, da sam zahtevanega kadra nima zaposlenega oziroma, da je nameraval te kadre zagotoviti s partnerji oziroma podizvajalci), še zlasti pa tega ne dokaže. Dalje zatrjuje, da so vlagateljeve navedbe o nezakonitosti spornega pogoja neutemeljene tudi po vsebini. Vlagatelj namreč v zahtevku za revizijo po nepotrebnem problematizira naročnikovo zahtevo in jo razlaga na zase najbolj obremenjujoč način (ter nato to razlago izpodbija), pri čemer takšna stroga vsebina pogoja iz razpisne dokumentacije niti ne izhaja (vlagatelja torej ne omejuje naročnik s svojimi zahtevami, temveč se vlagatelj omejuje sam). Naročnik na nobenem mestu razpisne dokumentacije ni prepovedal, da ponudniki obeh kadrovskih pogojev ne bi smeli izpolniti s partnerji, podizvajalci oziroma drugimi subjekti, katerih zmogljivosti uporabljajo pri javnem naročilu, prav tako pa ni zahteval, da imajo skupine gospodarskih subjektov določeno pravno obliko. Naročnikov odgovor, objavljen 2. 2. 2023 ob 13.35, da je »vsaka oseba, ki opravlja dejavnost, redno zaposlena, tudi s.p.«, temu zgolj dodatno

pritrjuje in ne ustvarja nobenih nejasnosti, kot to želi prikazati vlagatelj, saj je (sicer malce nerodno) pojasnil, da je »redno zaposleni tudi s.p.« (podjetnik posameznik je namreč samozaposlen), kar pomeni, da je izpolnjevanje pogoja omogočil tudi s kadri, ki so samozaposleni (in torej niso zaposleni pri ponudniku), s tem pa je naročnik ustrezno in v mejah, kot to dopušča ZJN-3, ponudnikom omogočil sodelovanje in izpolnjevanje pogoja z zmogljivostmi drugih gospodarskih subjektov. Poudarja, da ima naročnik pravico oziroma celo mora zagotoviti, da javno naročilo izvaja strokovno usposobljena oseba, zato njegova zahteva po redno zaposlenih strokovnjakih ni nerazumna, saj se naročnik ne more (niti se ni dolžan) v konkretnem primeru zanašati na morebitne upokoјence, ki dela ne opravljajo kontinuirano in pogosto, temveč zgolj priložnostno in občasno. Kot neutemeljeno zavrača tudi vlagateljevo navedbo glede razlik v odpovednih rokih pri delovnem in civilnem razmerju, saj je splošno znano, da je sodelovanje na podlagi pogodbe o zaposlitvi bistveno bolj stabilno, konstantno in zanesljivo kot pogodbeno sodelovanje.

Ne glede na vprašanje, ali je naročnik sporna kadrovska pogoja oblikoval upoštevaјe določbe ZJN-3, je treba v konkretnem primeru najprej, glede na naročnikove pomisleke, odgovoriti na vprašanje, ali se vlagatelju za predmetni očitak lahko prizna aktivna legitimacija. Naročnik je namreč kljub temu, da zahtevka za revizijo ni zavrgel (temveč ga je vsebinsko obravnaval in odločil na podlagi prvega odstavka 28. člena ZPVPJN), izrazil pomisleke o vlagateljevi aktivni legitimaciji. Državna revizijska komisija uvodoma pripominja, da je naročnik dolžan, skladno z določili tretjega odstavka 26. člena ZPVPJN, v primeru, kadar zahtevka za revizijo ne vložī aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN, tega v treh delovnih dneh od prejema zavreči. Ravnanje naročnika, ki v odločitvi o revizijskem zahtevku najprej ugotovi, da vlagatelj ni aktivno legitimiran za vložitev revizijskega zahtevka, kljub temu pa tega ne zavre, temveč ga vsebinsko obravnava, je neskladno z določili ZPVPJN (prim. odločitev Državne revizijske komisije št. 018-164/2019).

Ker je aktivna legitimacija tudi procesna predpostavka za vodenje revizijskega postopka (31. člen ZPVPJN), je vlagateljevo aktivno legitimacijo za predmetni očitak v nadaljevanju preverila Državna revizijska komisija.

Aktivno legitimacijo v predrevizijskem in revizijskem postopku ureja ZPVPJN v 14. členu. Upoštevaјe, da vlagatelj ni zagovornik javnega interesa (drugi odstavek 6. člena ZPVPJN v povezavi z drugo alineo prvega odstavka 14. člena ZPVPJN), je v obravnavnem primeru relevantna prva alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev (med drugim) javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda. Prva poved drugega odstavka 14. člena ZPVPJN določa, da se, če je rok za oddajo prijav ali ponudb že potekel, šteje, da je interes za dodelitev javnega naročila izkazala tista oseba, ki je oddala pravočasno prijavo oziroma ponudbo.

Za priznanje aktivne legitimacije vlagatelju sta tako kumulativno potrebna dva elementa: 1.) interes za dodelitev javnega naročila in 2.) nastala škoda ali možnost nastanka škode vlagatelju zaradi očitane kršitve naročnika.

Med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da vlagatelju ni mogoče odrekati dejanskega interesa za pridobitev predmetnega javnega naročila (prvi element za priznanje aktivne legitimacije), saj je registriran za opravljanje dejavnosti, ki je predmet javnega naročila (med drugim za opravljanje dejavnosti, povezane z informacijsko tehnologijo in računalniškimi storitvami). Naročnik pa je v odločitvi v zahtevku za revizijo podvomil, ali je vlagatelj izkazal, da mu je zaradi ravnanja naročnika, ki ga v zahtevku za revizijo navaja kot kršitev (tj. nezakonito določena kadrovska pogoja), nastala ali bi mu lahko nastala škoda (drugi element za priznanje aktivne legitimacije). Zatrjuje namreč, da vlagatelj v zahtevku za revizijo na nobenem mestu ne pojasni, ali mu sporna

zahteva onemogoča oziroma ovira sodelovanje pri javnem naročilu oziroma mu zmanjšuje njegovo konkurenčnost.

V zvezi z navedbami naročnika, da vlagatelj ni izpolnil trditveno-dokaznega bremena za priznanje aktivne legitimacije, saj ni pojasnil, kako sporna zahteva vpliva na njegov položaj v tem postopku, Državna revizijska komisija najprej poudarja, da je skladno s prvim odstavkom 26. člena ZPVPJN naročnik tisti, ki je po prejemu zahtevka za revizijo dolžan opraviti predhodni preizkus zahtevka za revizijo in torej preveriti, ali zahtevke za revizijo izpolnjuje vse procesne pogoje (prim. smiselno odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-225/2018-4, 018-208/2019-3, 018-069/2022-10, 018-001/2023-4). Pri tem naročnik ni vezan na morebitno vlagateljevo (izrecno) zatrjevanje ali utemeljitev procesnih pogojev, saj iz 15. člena ZPVPJN, ki določa obvezne sestavine zahtevka za revizijo, ne izhaja, da bi bil vlagatelj v zahtevku za revizijo obstoj procesnih predpostavk dolžan zatrjevati in utemeljiti. Četudi pa vlagatelj v zahtevku za revizijo ni dolžan utemeljiti in dokazati obstoja aktivne legitimacije, ima vlagatelj v postopku pravnega varstva možnost, da zatrjuje nepravilnost naročnikovega zaključka v odločitvi o zahtevku za revizijo o umanjkanju aktivne legitimacije oziroma da utemelji obstoj aktivne legitimacije.

Glede (možnosti) nastanka škode je treba pojasniti, da vlagatelj z vložitvijo zahtevka za revizijo zavaruje svoj položaj, in sicer, ko zatrjevane kršitve naročnika vplivajo na njegov položaj v smislu, da bi mu bilo zaradi njih onemogočeno ali bistveno oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila in s tem onemogočena ali bistveno otežena možnost pridobitve naročila. Kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo tako imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pridobitve konkretnega javnega naročila. Da bi bila možnost nastanka škode verjetna, mora biti podana (vsaj hipotetična) vzročna zveza med zatrjevanimi kršitvami naročnika (tj. nezakonito določena pogoja za sodelovanje) in prikrajšanjem na strani vlagatelja, ki je nastalo (ali bi utegnilo nastati) zaradi naročnikovih kršitev (tj. nemožnost oddaje konkurenčne ponudbe in posledično pridobitve javnega naročila). Vlagatelj v zahtevku za revizijo namreč ne more uveljavljati kršitev, ki vplivajo ali bi lahko vplivale na položaj drugih potencialnih ponudnikov, saj bi v takem primeru uveljavljal kršitve v bran drugih ponudnikov in bi torej prevzel vlogo zagovornika javnega interesa, ki je nima. Možnost nastanka škode se v vsakem postopku ugotavlja posamično, ob upoštevanju danih okoliščin konkretnega primera (npr. predmeta naročila, vrste postopka, faze postopka, konkretnih očitkov, ki so predmet zahteve za pravno varstvo) (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-126/2015-6, 018-146/2017-6, 018-119/2019-8, 018-046/2022-4, 018-001/2023-4).

V obravnavanem primeru gre ugotoviti, da vlagatelj v zahtevku za revizijo uvodoma (za vse očitke) pavšalno navaja, da ravnanje naročnika pomeni kršitev predpisov javnega naročanja, ki ponudnikom, torej tudi vlagatelju, onemogoča pripravo dopustne ponudbe in posledično pridobitve zadevnega javnega naročila. Očitke o obravnavanih kadrovske pogojih pa utemeljuje (le) z navedbami, da je naročnikova zahteva glede redne zaposlitve strokovnjakov nezakonita, saj s tem prepoveduje nominiranje upokojenca. Iz zahtevka za revizijo torej ne izhaja, da vlagatelj zahtevanega pogoja glede redno zaposlenih strokovnjakov sam (oziroma skupaj z morebitnim partnerjem v skupni ponudbi oziroma podizvajalcem) ne izpolnjuje. Ker je predmet meritorne presoje lahko zgolj vprašanje, ali je naročnik s tako oblikovanima kadrovske pogoja vlagatelju neupravičeno onemogočil sodelovanje v predmetnem postopku, slednji pa v postopku pravnega varstva (tudi po tem, ko je naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo izpostavil vlagateljevo umanjkanje aktivne legitimacije) obstoja nastanka ali možnosti nastanka škode zaradi očitane kršitve (tj. drugega elementa aktivne legitimacije) ni utemeljil, Državna revizijska komisija ugotavlja, da vsebinske presoje zatrjevanega očitka ni mogoče opraviti.

II. Glede referenčnega pogoja

Vlagatelj ob citiranju vprašanj, ki jih je glede pogoja v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo zastavil naročniku na Portalu javnih naročil, in naročnikovih odgovorov na ta vprašanja, najprej zatrjuje, da naročnik na nekatera vprašanja ni ustrezno odgovoril (npr. ker ni jasno in nedvoumno odgovoril, kaj kompleksnost referenčnega projekta sploh pomeni in kako bo ta parameter vrednotil) oziroma da so nekateri odgovori povsem pavšalni in dejansko ne pojasnjujejo tega, kar je bilo zastavljeno v vprašanjih. Dalje navaja, da naročnik zahteva, da primerljiv referenčni projekt pomeni primerljiv glede na velikost naročnika (približno 1.600 zaposlenih), kompleksnost naročnikove dejavnosti in glede na specifične zahteve dejavnosti zdravstva, po drugi strani pa je na Portalu javnih naročil podal odgovor, da ni nujno, da so reference iz zdravstva, zato je tak pogoj kontradiktoren. Prav tako naročniku očita, da bi moral pogoje zapisati na način, da bi bili objektivno dokazljivi v vsakem referenčnem projektu po vnaprej znanih natančnih opredelitvah, sedanja opredelitev pogojev pa je povsem subjektivna in omogoča množico različnih razlag in posledično neenako obravnavo ponudnikov (tudi zato, ker naročnik v razpisni dokumentaciji ni predpisal enotnega obrazca za dokazovanje referenčnih projektov). Dalje vlagatelj izpostavlja, da naročnik ne loči med ocenjeno vrednostjo javnega naročila in zagotovljenimi sredstvi za javno naročilo ter da naročnik ne more zahtevati reference v višini 20.000 EUR (z DDV), če je ta vrednost izpod ocenjene vrednosti javnega naročila, prav tako pa bi morala biti merodajna vrednost brez DDV (ker lahko nekateri ponudniki oddajo ponudbo brez DDV, oziroma ker v vseh državah ni enaka stopnja DDV).

Glede na naročnikov pomislek o podani aktivni legitimaciji se Državna revizijska komisija tudi v okviru predmetnega očitka uvodoma najprej opredeljuje do tega, ali je za predmetni očitek izkazana aktivna legitimacija vlagatelja, pri čemer je tudi pri tem očitku sporen (zgolj) drugi element, tj. nastanek škode ali možnost nastanka škode vlagatelju zaradi očitane kršitve naročnika. Kot je Državna revizijska v tej odločitvi že pojasnila, vlagatelj z vložitvijo zahtevka za revizijo zavaruje svoj položaj, in sicer, ko zatrjevane kršitve naročnika vplivajo na njegov položaj v smislu, da bi mu bilo zaradi njih onemogočeno ali bistveno oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila in s tem onemogočena ali bistveno otežena možnost pridobitve naročila. Upoštevajoč dejstvo, da vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo naročniku očita nejasnost referenčnega pogoja, kot ga je naročnik zapisal v (prvotni) razpisni dokumentaciji in njenih spremembah (z odgovori na vprašanja na Portalu javnih naročil), gre ugotoviti, da zatrjevana kršitev zagotovo vpliva na vlagatelj položaj v postopku oddaje javnega naročila, saj bi mu bila v primeru ugotovljenih nezakonnosti spornega pogoja zaradi njegove nejasnosti vsaj bistveno otežena možnost sodelovanja v postopku in s tem tudi možnost pridobitve naročila. Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da pomislek naročnika glede umanjkanja vlagateljeve aktivne legitimacije ni utemeljen, zato je v nadaljevanju predmetni očitek vlagatelja vsebinsko obravnavala.

Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da lahko naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določi tiste pogoje za sodelovanje oziroma priznanje sposobnosti, 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 nanašajo na: a) ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, b) ekonomski in finančni položaj ter c) tehnično in strokovno sposobnost. Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila (drugi odstavek 76. člena ZJN-3). Naročnik lahko 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.

Glede tehnične in strokovne sposobnosti deseti odstavek 76. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik postavi 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 naročilu gradenj, storitev ali blaga, za katero je treba izvesti namestitvena ali inštalacijska dela, lahko naročnik strokovno sposobnost gospodarskih subjektov, da izvedejo gradnje, storitve ali inštalacijska dela, 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 gospodarski subjekt kot dokaz za lastno tehnično usposobljenost (med drugim) predloži seznam gradenj, opravljenih v zadnjih petih letih, oziroma seznam najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov ter potrdili o zadovoljivi izvedbi del (točki a) in b) osmega odstavka 77. člena ZJN-3).

Kot pravilno izpostavlja naročnik, je Državna revizijska komisija že v številnih odločitvah zapisala, da je referenca po svoji naravi dokazilo, da je ponudnik sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj z njo dokazuje, da je v preteklosti primerljiva dela že uspešno opravil. Naročnik lahko na podlagi dokazila, da je ponudnik (vsaj) enkrat že uspešno izvedel primerljivo naročilo, utemeljeno sklepa, da ima tak ponudnik ustrezno znanje in izkušnje, potrebne za izvedbo javnega naročila. Referenčna dela se morajo seveda nanašati na istovrstna oziroma primerljiva opravila, katerih izvedba se pričakuje od izvajalca javnega naročila, saj je le na ta način mogoče ugotavljati, ali bo izvajalec tudi razpisana dela izvedel uspešno.

ZJN-3 v 76. in 77. členu določa le izhodišča za oblikovanje pogojev za priznanje tehnične in strokovne 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. Vprašanje o tem, na kakšen način in v kakšnem obsegu mora ponudnik izkazovati referenčne in kadrovske zahteve, je torej v vsakem posameznem primeru odvisno od naročnika oziroma od njegove konkretne opredelitve zahteve v razpisni dokumentaciji, pri čemer mora naročnik upoštevati zlasti specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne zahteve ali okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo.

V obravnavanem primeru je naročnik v razpisni dokumentaciji sporni referenčni pogoj določil v prvi podalineeji tretje alineje »Tehnična in strokovna sposobnost« poglavja »2.3 Pogoji za sodelovanje«, kjer je zapisal:

»Da je ponudnik v zadnjih treh letih pred objavo javnega naročila kvalitetno, strokovno, pravilno ter v pogodbenih rokih izvedel vsaj 3, po obsegu in zahtevnosti primerljive projekte oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike.«

Predmetni pogoj je kasneje, kot navaja tudi vlagatelj, večkrat spremenil oziroma dopolnil z odgovori na vprašanja na Portalu javnih naročil, in sicer:

1.) »Datum objave: 27.01.2023 09:27

VPRAŠANJE

Imamo več vprašanj.

Ali morajo biti reference takšne vrednosti kot bo ta ponudba ?

Morajo biti iz dejavnosti zdravstva ?

So lahko reference tudi iz izvedenih analiz stanja delovanja informacijskih tehnologij in pripravo priporočil ?

ODGOVOR

- Naročnik dopolnjuje zahtevo iz razpisne dokumentacije (točka 2.3., prvi odstavek tretje alineje: Tehnična in strokovna sposobnost), ki se pravilno glasi: »Da je ponudnik v zadnjih treh letih pred objavo javnega naročila kvalitetno, strokovno, pravilno ter v pogodbenih rokih izvedel vsaj 3, po obsegu in zahtevnosti primerljive projekte oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike v vrednosti vsaj 20.000 na posamezni projekt.«

- Ne.

- Da, v kolikor so po obsegu in zahtevnosti primerljive s projektom, ki je predmet JN.«,

2.) »Datum objave: 31.01.2023 13:24

VPRAŠANJE

V razpisni dokumentaciji je naročnik zapisal v tč. 2.3. Pogoji za sodelovanje (popravljen z odgovorom na PJN 27.01.2023 09:27):

Tehnična in strokovna sposobnost:

- Da je ponudnik v zadnjih treh letih pred objavo javnega naročila kvalitetno, strokovno, pravilno ter v pogodbenih rokih izvedel vsaj 3, po obsegu in zahtevnosti primerljive projekte oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike v vrednosti vsaj 20.000 na posamezni projekt.

Prosimo naročnika, da pojasni, kaj pomeni: »v vrednosti vsaj 20.000«. Morda EUR? Z DDV ali brez?

Prosimo naročnika, naj bolj natančno, s posameznimi parametri, opredeli, kaj naj bi bil »primerljiv projekt oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike«. Poleg tega prosimo, da razloži besede »obseg« in »zahtevnost« projektov.

Prav tako bi naročnika prosili, na razloži in utemelji, zakaj zahteva za dokaz ravno 3 referenčne projekte in ne morda 2, 4 ali 6? Naše mnenje je, da če je ponudnik izvedel uspešno en (1) referenčni projekt, je s tem dokazal, da je sposoben izvesti tudi razpisani projekt iz tega naročila naročnika in te sposobnosti ni treba dokazovati še z dodatnimi projekti, posebej še, ker imamo za sabo nekaj »koronskih« sušnih let, v katerih so naročniki bistveno zmanjšali število izvedb takih projektov in je težko, nekaterim ponudnikom pa nemogoče, da bi dokazali večje število izvedenih projektov. Tako oblikovana zahteva naročnika popolnoma po nepotrebnem omejuje konkurenco med ponudniki in je neutemeljena.

[...]

ODGOVOR

Vrednost posamezne reference mora znašati vsaj 20.000 z DDV.

Primerljiv projekt pomeni glede na velikost naročnika (približno 1600 zaposlenih), kompleksnost njegove dejavnosti, specifične zahteve dejavnosti zdravstva. Vsaj 3 uspešno izvedeni primerljivi projekti so ustrezno zagotovilo, da bo tudi projekt, ki je predmet razpisa, uspešno izveden.

[...]

3.) »Datum objave: 01.02.2023 12:01

VPRAŠANJE

Predmet javnega naročila je Priprava strateškega načrta razvoja informatike. V PRILOGI 6 je spisec zahtev tehnične specifikacije, vendar opozarjamo, da je v praksi skoraj nemogoče, da bi nekdo izvedel projekt priprave strateškega načrta razvoja informatike, ki bi vseboval natanko te opisane postavke iz teh zahtev (lahko jih je več ali manj, oziroma so drugačne), zato prosimo naročnika, naj opredeli, kateri natanko so tisti parametri, ki opredeljujejo "po obsegu in zahtevnosti primerljive projekte oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike", na podlagi katerih bo določil in kasneje v postopku preverjanja ponudb odločil, kateri referenčni projekti zadovoljujejo zahteve iz razpisne dokumentacije. Prav tako naj naročnik definira termina "obseg" in "zahtevnost" projekta.

ODGOVOR

Naročnik popravlja zahtevo pri Tehničnih in strokovnih sposobnostih (prva zahteva pri tretji alineji točke 2.3.), ki se pravilno glasi:

»Da je ponudnik v zadnjih treh letih pred objavo javnega naročila kvalitetno, strokovno, pravilno ter v pogodbenih rokih izvedel vsaj 3, po obsegu in zahtevnosti (vsaj 200 uporabnikov IR) primerljive projekte oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike v vrednosti vsaj 20.000 z DDV na posamezni projekt.«,

4.) »Datum objave: 02.02.2023 08:02

VPRAŠANJE

V definiciji primerljivega projekta je naročnik uporabil tudi izraz »kompleksnost njegove dejavnosti«. Kako bo naročnik ugotavljal kompleksnost referenčnega projekta? Kaj sploh kompleksnost pomeni in kako bo ta parameter vrednotil?

ODGOVOR

Naročnik je dopolnil zahtevo pri Tehničnih in strokovnih sposobnostih (prva alineja, tretje alineje, točke 2.3 razpisne dokumentacije) iz katere izhajata 2 kriterija po katerih bo naročnik preverjal ustreznost referenc.

Primerljiv projekt pomeni glede na velikost naročnika (približno 1600 zaposlenih), kompleksnost njegove dejavnosti, specifične zahteve dejavnosti zdravstva. Vsaj 3 uspešno izvedeni primerljivi projekti so ustrezno zagotovilo, da bo tudi projekt, ki je predmet razpisa, uspešno izveden.«

5.) »Datum objave: 02.02.2023 08:04

VPRAŠANJE

Če povzamemo popravljene pogoje iz razpisne dokumentacije, se ti sedaj glasijo:

Tehnična in strokovna sposobnost:

- Da je ponudnik v zadnjih treh letih pred objavo javnega naročila kvalitetno, strokovno, pravilno ter v pogodbenih rokih izvedel vsaj 3, po obsegu in zahtevnosti primerljive projekte oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike v vrednosti vsaj 20.000 z DDV na posamezni projekt.

Primerljiv projekt pomeni glede na velikost naročnika (približno 1600 zaposlenih), kompleksnost njegove dejavnosti, specifične zahteve dejavnosti zdravstva. Vsaj 3 uspešno izvedeni primerljivi projekti so ustrezno zagotovilo, da bo tudi projekt, ki je predmet razpisa, uspešno izveden.

Bolj, ko analiziramo zgornje pogoje, bolj nejasni se nam zdijo. V zvezi z vrednostjo vsaj 20.000 z DDV domnevamo, da je naročnik mislil vrednost vsaj 20.000 EUR z DDV. Ali je naša domneva pravilna?

Ali obseg pomeni velikost naročnika (približno 1600 zaposlenih)? Ampak, to ni obseg projekta. Ali zahtevnost pomeni kompleksnost njegove (naročnikove) dejavnosti? Kaj sploh je to? Kdaj in kako je taka kompleksnost primerljiva?

Prav tako nas zanima, kako naročnik opredeljuje specifične zahteve zdravstva? Katere so to, ali obstajajo tudi nespecifične zahteve zdravstva in katere so to?

Resnično ne želimo naročniku oteževati postopka, vendar utemeljeno dvomimo, da bo lahko naročnik, glede na zgoraj postavljene pogoje, objektivno odločal, katere referenčne projekte bo priznal in katere ne. Naročnik bi moral pogoje zapisati na tak način, da bi bili objektivno dokazljivi v vsakem referenčnem projektu po vnaprej znanih natančnih opredelitvah. Menimo, da so sedanje opredelitve pogojev povsem subjektivne in omogočajo množico različnih razlag in posledično neenakopravno obravnavo ponudnikov.

Predlagamo naročniku, da še enkrat razmisli in določi take pogoje, ki bodo objektivno jasni in dokazljivi in jih bodo vsi potencialni ponudniki razumeli na enak način.»

ODGOVOR

Specifične zahteve zdravstva so opredeljene v Prilogi 6 in morajo biti usklajene s strategijo digitalizacije zdravstva v Sloveniji za obdobje 2022-2027.

Naročnik je dopolnil zahtevo pri Tehničnih in strokovnih sposobnostih (prva alineja, tretje alineje, točke 2.3 razpisne dokumentacije) iz katere izhajata 2 kriterija po katerih bo naročnik preverjal ustreznost referenc.»

6.) »Datum objave: 02.02.2023 08:05

VPRAŠANJE

V odgovoru potencialnemu ponudniku na Portalu javnih naročil (Datum objave: 31.01.2023 13:24) je med drugim naročnik opredelil primerljiv projekt in navedel med drugim tudi »specifične zahteve dejavnosti zdravstva«. Ali je tu mišljeno zdravstvo na splošno ali zdravstvo pri nas, v Sloveniji?

ODGOVOR

Mišljeno je zdravstvo na splošno.»

7.) »Datum objave: 02.02.2023 13:23

VPRAŠANJE

Se pravi da veljajo samo reference iz zdravstva čeprav se informacijska tehnologija uporablja povsod, no ta pogoj diskriminatoren?

ODGOVOR

Ni nujno, da so reference iz zdravstva.»

Tudi v odgovoru, objavljenem 2. 2. 2023 ob 13.33, je naročnik ponovno pojasnil, da je kompleksnost vezana na število uporabnikov informacijske rešitve pri naročniku (200 uporabnikov) ter da so specifične zahteve dejavnosti zdravstva opredeljene v Prilogi 6 in morajo biti usklajene s strategijo digitalizacije zdravstva v Sloveniji za obdobje 2022-2027.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je naročnik vsebinsko obravnaval tudi navedbe vlagatelja glede števila referenc, ki jih je naročnik zahteval v spornem pogoju, čeprav vlagatelj v zahtevku za revizijo očitka glede slednjega ne podaja. Res je, da je vlagatelj v zahtevku za revizijo najprej (zgolj) citiral vprašanja, ki jih je v obravnavanem javnem naročilu zastavil na Portalu javnih naročil, in naročnikove odgovore nanje, pri čemer je v enem izmed teh vprašanj naročnika spraševal tudi, zakaj zahteva ravno tri referenčne projekte, in podal mnenje, da bi zadoščal le eden, vendar dalje v zahtevku za revizijo na nobenem mestu predmetnega očitka ne izpostavlja oziroma problematizira. Glede na navedeno je mogoče sklepati, da je naročnikovo pojasnilo na Portalu glede števila zahtevanih referenc vlagatelj štel kot ustrezno in da predmetna zahteva med strankama ni (več) sporna, zato Državna revizijska komisija ni presojala njene zakonitosti.

Kot je Državna revizijska komisija zapisala že v številnih odločitvah, mora naročnik, skladno z načelom transparentnosti javnega naročanja, pogoje za sodelovanje, merila za oddajo javnega naročila ter druge zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določiti na jasen, natančen in nedvoumen način oziroma tako, da vsi povprečno usposobljeni in običajno skrbni ponudniki natančno razumejo njihov pomen in jih lahko enako razlagajo ter da lahko naročnik pri pregledu in ocenjevanju ponudb dejansko preveri, ali so ponudbe izpolnjevale zahteve, ki veljajo za zadevno naročilo (prim. tudi npr. sodbo Sodišča EU, C-223/16, Casertana Costruzioni, ECLI:EU:C:2017:685, točka 34). Namen zahteve po vnaprejšnji jasni, natančni in nedvoumni določitvi zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila je preprečiti naročnikovo subjektivno oziroma arbitrarno ocenjevanje in vrednotenje ponudb ter zagotoviti, da se ponudniki že vnaprej seznanijo z okoliščinami, ki bodo vplivale na oddajo javnega naročila, saj lahko ponudniki le na ta način pripravijo ne samo dopustno, temveč tudi konkurenčno ponudbo, ki jo bo mogoče primerjati s ponodbami drugih ponudnikov. Naročnik z jasnimi, natančnimi in nedvoumni informacijami zagotovi, da ni razlikovanja med ponudniki (prvi odstavek 7. člena ZJN-3), saj imajo ponudniki na ta način enaka izhodišča za pripravo ponudb in oblikovanje ponudbene cene (kar omogoča zagotovitev konkurence – 5. člen ZJN-3).

Državna revizijska komisija se strinja z naročnikom, da je v primeru, ko se naročnik pri oblikovanju referenčnega pogoja sklicuje na primerljivost oziroma istovrstnost javnega naročila (ki ga oddaja), treba upoštevati najpomembnejše oziroma tiste zahteve, ki so specifične in za katere je mogoče objektivno utemeljiti, da so pomembne pri izvedbi razpisanega javnega naročila in morajo biti izkazane tudi v referenčnem potrdilu. Popolna identičnost dveh predmetov (poslov) namreč po naravi stvari praviloma ni mogoča, takšna zahteva pa bi bila tudi v nasprotju z načelom sorazmernosti in bi praviloma predstavljala nemogoč pogoj (prim. npr. odločitev Državne revizijske komisije št. 018-070/2017-5, na katero se sklicuje tudi naročnik). Ob tem je treba ugotoviti, da vlagatelj s tem, ko zatrjuje, da je sedanja opredelitev spornega pogoja za sodelovanje povsem subjektivna in omogoča množico različnih razlag ter posledično neenakopravno obravnavo ponudnikov, po vsebini opozarja na vprašanje, kako bo naročnik ravnal v fazi, ko bo izbiral ponudbe. Položaj, kako bi bilo treba razlagati posamezno določbo razpisne dokumentacije, bo tako nastopil šele po prejemu ponudb, ko bo naročnik moral presojati, ali posamezni ponudnik s priglašeni referenčnimi posli izpolnjuje naročnikove zahteve iz razpisne dokumentacije. Vendar pa lahko nasprotujoče si zahteve, ki jih v okviru pogoja za sodelovanje določa naročnik, povzročijo takšno nejasnost tovrstnega pogoja, da je s tem kršeno načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3). Navedeno po vsebini zatrjuje tudi vlagatelj s tem, ko navaja, da je sporni pogoj kontradiktoren in nejasen, saj je naročnik po eni strani za primerljivost projekta določil parameter »specifične zahteve zdravstva«, po drugi strani pa je pojasnil, da »ni nujno, da so reference iz zdravstva«. Ugotoviti gre, da je naročnik (s citiranimi odgovori na vprašanja na Portalu javnih naročil) določil, da primerljiv projekt pomeni glede na 1.) velikost naročnika, tj. približno 1600 zaposlenih (kar med strankama niti ni sporno, saj vlagatelj ne zatrjuje nezakonitosti te zahteve), 2.) kompleksnost njegove dejavnosti in 3.)

specifične zahteve dejavnosti zdravstva. Za slednje je naročnik pojasnil, da so opredeljene v Prilogi 6 in morajo biti usklajene s Strategijo digitalizacije zdravstva v Sloveniji za obdobje 2022-2027. Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da je naročnik z odgovorom na Portalu javnih naročil, da »ni nujno, da so reference iz zdravstva«, res ustvaril nejasen in dvoumen pogoj, katerega zahteve si med seboj nasprotujejo. Do navedenega se naročnik v odločitvi o zahtevku niti ne opredeljuje, temveč zgolj splošno pojasnjuje, da je referenčni pogoj, pri katerem primerljivost oziroma istovrstnost ni podrobneje opredeljena (oziroma je referenčni pogoj opredeljen opisno), ponudnikom celo bolj v korist kot pa referenčni pogoj, ki je sestavljen iz številnih podrobno določenih kriterijev. Z navedenim se Državna revizijska komisija lahko načeloma celo strinja, vendar to ne pojasni kontradiktornosti posameznih zahtev, ki jih je v okviru spornega pogoja določil naročnik. Drži tudi naročnikova navedba, da zahteva v konkretnem primeru ni nezakonita zgolj zato, ker naročnik ni podrobno (po vseh parametrih) opredelil, kaj pomeni primerljiv posej. Vseeno pa mora naročnik pogoj (z vsemi nadaljnjimi spremembami in tudi pojasnili na Portalu javnih naročil) določiti tako, da lahko ponudniki natančno razumejo njegov pomen, ter da lahko pripravijo dopustno in tudi konkurenčno ponudbo. Naročnik tako ni pojasnil, kako je lahko referenca, ki mora izpolnjevati specifične zahteve zdravstva, opredeljene v Prilogi 6 (ki predstavlja izjavo o izpolnjevanju zahtev iz tehničnih specifikacij) in usklajene s Strategijo zdravstva v Sloveniji za obdobje 2022-2027, pridobljena tudi na drugih področjih kot zgolj na področju dejavnosti zdravstva. V Prilogi 6 je namreč navedeno, da je pri projektu treba (med drugim) upoštevati Strategijo zdravstva v Sloveniji za obdobje 2022-2027 (do katere naročnik navaja tudi spletno povezavo), svetovne trende, standarde dejavnosti osnovnega zdravstva in najboljšo prakso na tem področju. Upoštevajoč navedeno se vlagatelju upravičeno postavlja vprašanje, kako lahko referenca, ki ni pridobljena na področju dejavnosti zdravstva, izpolnjuje specifične zahteve dejavnosti zdravstva (in še toliko bolj tehnične zahteve iz Priloge 6 ter iz Strategije zdravstva v Sloveniji za obdobje 2022-2027), s tem pa tudi dvom v kontradiktornost tako določenega pogoja. Naročnik je tako ustvaril nejasnost, katere so tiste specifične zahteve dejavnosti zdravstva, ki jih referenčni projekt mora izpolnjevati, da bo ustrezal kriteriju primerljivosti projekta.

V zvezi z očitkom vlagatelja, da naročnik ne more (sme) zahtevati reference v višini 20.000 EUR (z DDV), če je ta vrednost izpod ocenjene vrednosti, s čimer naročniku očita kršitev načela sorazmernosti (8. člen ZJN-3), Državna revizijska komisija pritrjuje naročniku, da ZJN-3 naročniku tega ne prepoveduje, ob tem pa še ugotavlja, da se vlagatelj s takšnim očitkom zavzema, da bi naročnik določil strožje kriterije glede ustreznosti referenčnih projektov. Vlagatelj se tako zavzema za določitev strožjih pogojev, da bi se na ta način zožil krog potencialnih ponudnikov. Škoda, ki bi lahko ponudniku nastala zato, ker naročnik ne vključi določenega (strožjega) pogoja in se zaradi tega poveča krog potencialnih ponudnikov, praviloma ne more biti relevantna z vidika ugotavljanja obstoja aktivne legitimacije (prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-018/2022-15, 018-044/2021-9, 018-250/2017-5, 018-132/2015-6). Tudi za vlagateljev očitek, da bi morala biti glede primerljivosti referenčnega projekta odločilna vrednost projekta brez DDV, Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj ne izkazuje aktivne legitimacije. Kot je mogoče ugotoviti na podlagi javno dostopnih podatkov (iz Seznama davčnih zavezancev pri Finančni upravi RS), je vlagatelj zavezanec za DDV, zato je naročnikova zahteva, da je za primerljivost referenčnega projekta določil vrednost z DDV, za vlagatelja ugodnejša in mu posledično s tem ne more nastati škoda. S tem, ko se vlagatelj sklicuje na primere ponudnikov, ki niso zavezanci za DDV, oziroma ko poudarja, da ni v vseh državah enaka stopnja DDV, pa vlagatelj niti ne ščiti svojega pravnega položaja v predmetnem postopku oddaje javnega naročila, čemur je namenjen zahtevk za revizijo, temveč varuje splošni (javni) interes, za kar glede na 6. člen ZPVPJN ni aktivno legitimiran. Upoštevajoč navedeno Državna revizijska komisija obeh izpostavljenih vlagateljevih očitkov ni vsebinsko presojala.

V posledici vsega navedenega Državna revizijska komisija zaključuje, da naročnik pri določitvi spornega pogoja za sodelovanje ni izpolnil dolžnosti, da v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahteve določi jasno in nedvoumno, s čimer je naročnik kršil načelo transparentnosti javnega naročanja, kot ga določa 6. člen ZJN-3.

III. Glede merila

Vlagatelj naročniku očita tudi, da je skupna vrednost dopustne ponudbe edino merilo, pri čemer naročnik v odgovoru na Portalu javnih naročil ni razložil, kako je pri tem upošteval določila 84. člena ZJN-3 glede ekonomsko najugodnejše ponudbe in kje so razvidna merila kakovosti, ki določajo skupno vrednost ponudbe. Dalje vlagatelj navaja, da naročnik pri določitvi merila ni upošteval določil ZJN-3, zato mu očita kršitev 84. člena ZJN-3.

Naročnik na drugi strani pojasnjuje, da je določitev posameznih meril, na podlagi katerih bo v konkretnem primeru poiskal najboljše razmerje med ceno in kakovostjo, prepuščeno naročniku, saj jih ZJN-3 v drugem odstavku 84. člena ZJN-3 našteva zgolj primeroma. Zakonska izhodišča naročniku nalagajo, da v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in lastne potrebe, presodi, kaj v danem primeru zanj predstavlja največjo korist za vloženi denar (ekonomsko najugodnejšo ponudbo) in kako naj pri vrednotenju ponudb na transparenten način upošteva različne vidike predmeta javnega naročila, kot so cena, kakovost in druge komercialne, socialne in/ali okoljevarstvene dejavnike. Upoštevajoč smernice iz 84. člena ZJN-3 je naročnik kot merilo za oddajo konkretnega javnega naročila določil ekonomsko najugodnejšo ponudbo, določeno na podlagi najnižje skupne vrednosti dopustne ponudbe – ta je razdeljena na dve postavki, in sicer na 1.) izvedbo projekta oblikovanja Strateškega načrta razvoja informatike in 2.) izvedbeno delo. Na ta način je naročnik v celoti sledil in spoštoval določbo 84. člena ZJN-3, na podlagi katere morajo biti merila za izbiro in z njimi povezana metoda vrednotenja ponudb določena na način, ki omogoča objektivno primerjavo in ocenjevanje ponudb, kakor tudi naknadno preverjanje rezultatov ocenjevanja, ki ga je izvedel naročnik.

Ker ZPVPJN v drugem odstavku 15. člena določa le, da mora vlagatelj v zahtevku za revizijo navesti očitane kršitve ter dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo, je treba zahteve v zvezi z zatrjevanjem kršitev in dejstev ter njihovega dokazovanja poiskati v Zakonu o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), katerega določbe se na podlagi prvega odstavka 13. člena ZPVPJN v predrevizijskem, revizijskem in pritožbenem postopku uporabljajo glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja. Razpravno načelo, določeno v 7. členu ZPP, od strank zahteva, da navedejo vsa dejstva, na katera opirajo svoje zahtevke, in predlagajo dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo, skladno z 212. členom ZPP pa mora vsaka stranka navesti dejstva in predlagati dokaze, na katere opira svoj zahtevek ali s katerimi izpodbija navedbe in dokaze nasprotnika. Iz navedenih določb ZPP izhaja t. i. trditveno-dokazno breme, ki pomeni dolžnost tožnika, da jasno, določno in konkretno navede dejstva, na katera opira tožbeni zahtevek (trditveno breme) in zanje predlaga dokaze, ki naj resničnost zatrjevanih dejstev potrdijo (dokazno breme). Vlagateljova dolžnost torej je, da v zahtevku za revizijo najprej določno navede pravno pomembna dejstva (trditveno breme) in predlaga dokaze z namenom, da ta dejstva potrdijo (dokazno breme). Trditveno in dokazno breme je torej v izhodišču na vlagatelju, ki ga lahko prevale na naročnika (še)le, ko in če v zahtevku za revizijo navede (in dokaže) dejstva, ki kažejo na nezakonnost naročnikovega ravnanja.

Ob tem gre poudariti, da je bistveno, da je naročnik sposoben razloge za določitev spornega merila upravičiti (zatrjevati in dokazati) v postopku pravnega varstva in ne, ali in v kolikšni meri je naročnik razloge za določitev sporne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila

(že) uspel pojasniti in utemeljiti na Portalu javnih naročil v okviru odgovorov na vprašanja zainteresiranih ponudnikov. Namen, ki ga naročnik zasleduje pri odgovarjanju na vprašanja namreč ni v njegovem utemeljevanju razlogov za oblikovanje posameznih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in torej tudi ne v pojasnjevanju ali izkazovanju razlogov za določitev spornega merila, pač pa v zagotavljanju dodatnih informacij, potrebnih za pripravo ponudbe (četrti odstavek 61. člena ZJN-3). Zato dejstvo, da naročnik na Portalu javnih naročil v okviru odgovorov ni upravičil spornega merila oziroma je vztrajal pri merilu, kot ga je določil v razpisni dokumentaciji, ne predstavlja naročnikove kršitve določb ZJN-3. Naročnik je šele v postopku pravnega varstva, ko vlagatelj konkretizirano zatrjuje domnevne kršitve, dolžan navesti razloge za določitev spornih zahtev. Vendar, kot že navedeno, je v postopku pravnega varstva v prvi vrsti vlagatelj tisti, ki mora navesti dejstva ter predložiti dokaze o zatrjevanih kršitvah, kot mu to nalaga trditveno in dokazno breme.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj glede obravnavanega očitka svojega trditveno-dokaznega bremena ni izpolnil, saj je – poleg navedbe, da naročnik na Portalu javnih naročil ni pojasnil upoštevanje določil zakona glede določitve ekonomsko najugodnejše ponudbe v konkretnem primeru – zgolj pavšalno navedel, da naročnik pri določitvi merila ni upošteval določil 84. člena ZJN-3. Vlagatelj predmetnega očitka tako ni konkretiziral in obrazložil, ampak je ostal na nivoju splošnega in pavšalnega zatrjevanja. Ker Državna revizijska komisija odloča v mejah zahtevka za revizijo (prvi odstavek 38. člena ZPVPJN), so lahko, skladno z že navedenim pravilom o trditvenem in dokaznem bremenu, predmet njene meritorne presoje le konkretizirane kršitve, za katere vlagatelj navede dejstva in predloži dokaze. Navedbe, ki so nekonkretizirane in pavšalne, v revizijskem postopku ne morejo predstavljati podlage za vsebinsko presojo Državne revizijske komisije.

Upoštevajoč navedeno je Državna revizijska komisija na podlagi določil prvega odstavka 7. člena ter 212. člena ZPP v povezavi s 13. členom ZPVPJN, in ob upoštevanju pravila trditvenega in dokaznega bremena, predmetne revizijske navedbe vlagatelja zaradi njihove pavšalnosti in neobrazloženosti zavrnila kot neutemeljene.

IV. Glede neobjave čistopisa razpisne dokumentacije

Vlagatelj v zahtevku za revizijo opozarja tudi na naročnikovo zavezo, da bo do roka za objavo odgovorov objavil čistopis razpisne dokumentacije, vendar tega ni storil. Pojasnjuje, da na navedeno kršitev preko Portala javnih naročil ni mogel opozoriti, saj se je rok za postavljanje vprašanj iztekel 9. 2. 2023 ob 12.00.

Revizijske navedbe, v okviru katerih vlagatelj zatrjuje kršitev določb ZJN-3 zaradi neobjave čistopisa razpisne dokumentacije, je treba presojati z vidika 6. člena ZJN-3 (načelo transparentnosti javnega naročanja), ki določa, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku ter da so postopki javnega naročanja javni, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami obvestil glede javnih naročil na portalu javnih naročil ali na portalu javnih naročil in v Uradnem listu Evropske unije. V skladu s prvim odstavkom 61. člena ZJN-3 mora naročnik od datuma objave obvestila o naročilu ponudnikom z elektronskimi sredstvi omogočiti neomejen, popoln, neposreden in brezplačen dostop do dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. V obvestilu mora naročnik navesti spletni naslov, na katerem je dostopna dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila. Dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila mora naročnik v skladu s prvim odstavkom 67. člena ZJN-3 objaviti na portalu javnih naročil ali prek njega (razen če oddaja naročilo po postopku, kjer objava izjemoma ni potrebna). Dokumentacija mora vsebovati najmanj tiste podatke, ki jih zahteva ZJN-3, ter osnutek pogodbe o izvedbi javnega naročila, pri čemer se kot del te dokumentacije štejejo tudi informacije, ki jih posreduje naročnik

gospodarskim subjektom, sodelujočim v postopku javnega naročanja. Glede na 9. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3, ki določa, da naročnik v dokumentih v zvezi z oddajo javnega naročila opiše ali določi elemente javnega naročila ali postopka naročanja (vključno z obvestilom o javnem naročilu, predhodnim ali periodičnim informativnim obvestilom, tehničnimi specifikacijami, opisnim dokumentom, predlaganimi pogoji javnega naročila, formati dokumentov, ki jih predložijo kandidati in ponudniki, informacijami o splošno veljavnih obveznostih in kakršnimi koli dodatnimi dokumenti ter vključno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), mora naročnik v dokumentaciji v zvezi z javnim naročilom navesti vse potrebne informacije o predmetu naročila, načinu predložitve ponudbe, pogojih za priznanje sposobnosti, izključitvenih razlogih, merilih in načinu ocenjevanja, pogojih izvedbe naročila, zavarovanjih ter o vseh drugih zahtevah, vključno z načinom njihovega izkazovanja. V skladu z drugim odstavkom 67. člena ZJN-3 naročnik po izteku roka za prejem ponudb ne sme več spreminjati ali dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Informacije, ki jih posreduje naročnik gospodarskim subjektom na portalu javnih naročil ali prek njega, se štejejo za spremembo, dopolnitev ali pojasnilo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, če iz vsebine informacij izhaja, da se z njimi spreminja ali dopolnjuje ta dokumentacija ali če se s pojasnilom odpravlja dvoumnost navedbe v tej dokumentaciji.

Na podlagi vpogleda na Portal javnih naročil gre ugotoviti, da je naročnik na vprašanje:

»Prosimo naročnika, da naredi čistopis razpisne dokumentacije, vključno s Prilogo 6., da bo popolnoma jasno in nedvoumno vsem ponudnikom, kakšni so dokončno določeni pogoji. Trenutno nam sploh ni več jasno, kaj je naročnik spremenil oziroma dopolnil. Hvala.«

2. 2. 2023 ob 13.43 objavil odgovor:

»Naročnik bo objavil čistopis razpisne dokumentacije do roka za odgovore naročnika.«

Državna revizijska komisija pritruje naročniku, da citirane določbe ZJN-3 ne določajo, da je v primeru sprememb razpisne dokumentacije oziroma posameznih naročnikovih zahtev obvezen element čistopis razpisne dokumentacije (prim. odločitev Državne revizijske št. 018-142/2019-4, na katero se sklicuje tudi naročnik). Prav tako se strinja z njim, da morajo ponudniki v okviru svoje skrbnosti spremljati objave na Portalu javnih naročil (popravke, odgovore, pojasnila) in sami ugotoviti, kakšna je zadnja verzija naročnikovih zahtev. Vendar se je v konkretnem primeru naročnik z izpostavljenim odgovorom na Portalu javnim naročil sam zavezal, da bo takšen čistopis objavil, in sicer do roka za podajo odgovorov, česar pa ni storil. Pojasniti gre še, da je Državna revizijska komisija v obravnavanem primeru (že) ugotovila kršitev načela transparentnosti, ker je naročnik referenčni pogoj določil nejasno. Ne glede na navedeno pa je pri presoji predmetnega očitka ključno dejstvo, da se je naročnik z odgovorom na vprašanje zavezal, da bo objavil čistopis razpisne dokumentacije.

V posledici navedenega Državna revizijska zaključuje, da je naročnik (tudi) s tem, ko ni objavil čistopisa dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, za kar se je s podanim odgovorom na Portalu javnih naročil sam zavezal, kršil načelo transparentnosti javnega naročanja, pri čemer pa predmetno naročnikovo ravnanje bistveno ne vpliva na oddajo javnega naročila (prva alineja prvega odstavka 39. člena ZPVPJN).

V. Glede onemogočene oddaje ponudbe

Vlagatelj naročniku očita tudi, da je bilo v sistemu eJN onemogočeno oddajanje ponudb od 10. 2. 2023 od 10.00 do vsaj 14. 2. 2023 do 9.40 (ko je vlagatelj preverjal možnost oddaje ponudb).

Vlagatelju se zdi problematično, da je sistem eJN za zadevno javno naročilo samodejno zaključil postopek zbiranja ponudb 10. 2. 2023 ob 9.00 in samodejno izvedel javno odpiranje ponudb 10. 2. 2023 ob 10.00, zato se sprašuje, 1.) kakšna je pravna veljavnost takšne izvedbe postopka, 2.) ali je bil postopek dejansko že zaključen z izvedenim odpiranjem ponudb in obvestilom v sistemu eJN, 3.) ali lahko naročnik tak že zaključen postopek kasneje, tj. 14. 2. 2023, »podaljša« z objavo nove povezave v sistemu eJN in 4.) ali bi v primeru, če bi v zadevnem javnem naročilu prispela ponudba in bila odprta v sistemu eJN, to pomenilo, da je naročnik omogočil predčasno javno razkritje podatkov, ki se objavijo ob javnem odpiranju ponudb in s tem prekršil načelo zaupnosti.

Naročnik na predmetni očitke odgovarja, da je zmotna že vlagateljeva izhodiščna teza, na kateri temelji celoten njegov očitke, in sicer, da naj bi bilo javno odpiranje ponudb v tem postopku izvedeno dne 10. 2. 2023. Naročnik je namreč 31. 1. 2023 roka za prejem in odpiranje ponudb spremenil na (edini) ustrezen in upošteven način, in sicer preko Portala javnih naročil (roka sta bila s tem pravilno podaljšana, ponudniki pa so se na to podaljšanje lahko v celoti zanesli), vendar zaradi človeške napake teh dveh rokov ni podaljšal tudi v sistemu eJN, kjer naj bi ponudniki oddali ponudbe (kar sicer ni pogoj za veljavno spremembo roka). Ker je naročnik to napako pravočasno odkril, je zagotovil, da je bil tudi v sistemu eJN do poteka roka za prejem ponudb ustvarjen (nov) zavihek s pravilnima (podaljšanima) rokoma, in sicer na novi povezavi, o kateri je ponudnike obvestil tudi s popravkom št. JN000347/2023-K02, objavljenim na Portalu javnih naročil dne 14. 2. 2023. Dalje naročnik pojasnjuje, da na povezavo v sistemu eJN, kjer je navedeno, da je rok potekel 10. 2. 2023, ni prispela nobena ponudba, kar zgolj dodatno potrjuje, da je bil rok za prejem ponudb (preko Portala javnih naročil) ustrezno podaljšan. In ker je bila ponudnikom kljub tej napaki pravočasno, do poteka (podaljšanega) roka za prejem ponudb, omogočena oddaja ponudb, vlagatelj v ničemer ni bil omejen pri pripravi in oddaji ponudbe.

Državna revizijska komisija ob vpogledu na Portal javnih naročil in v sistem eJN najprej ugotavlja, da držijo naročnikove navedbe glede pojasnitve dejanskega stanja, do katerega je v konkretnem primeru prišlo pri podaljševanju rokov za predložitev in odpiranje ponudb.

Kot je Državna revizijska komisija v tej odločitvi že pojasnila, skladno s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN (ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda) vlagatelj z vložitev zahtevka za revizijo varuje svoj pravni položaj, in sicer ko zatrjevane kršitve naročnika vplivajo na njegov pravni položaj v smislu, da bi mu bilo zaradi njih onemogočeno ali bistveno oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila in s tem možnost pridobitve naročila.

V konkretnem primeru gre ugotoviti, da zaradi naročnikove napake pri podaljševanju rokov za oddajo in odpiranje ponudb nekaj časa (dokler naročnik ni objavil nove povezave) v sistemu eJN res ni bilo mogoče oddati ponudb, vendar zaradi tega še ni mogoče ugotoviti, da je navedeno vplivalo na vlagateljev pravni položaj. Po naročnikovem kreiranju nove povezave v sistemu eJN, o čemer je naročnik ponudnike tudi seznanil z objavo popravka na Portalu javnih naročil 14. 2. 2023, so imeli ponudniki (in torej tudi vlagatelj) možnost, da oddajo ponudbe v sistem eJN do podaljšanega roka, tj. do 16. 2. 2023 do 9.00. Dalje vlagatelj s tem, ko opisuje primer morebitnega razkritja podatkov, če bi prišlo do prejema in odpiranja ponudb v sistemu eJN v prvotno ustvarjeni povezavi do predmetnega javnega naročila, izpostavlja hipotetično situacijo. Ob tem je tudi (že) jasno, da do takšne situacije v obravnavanem primeru ni prišlo. Kot namreč na podlagi vpogleda v sistem eJN ugotavlja Državna revizijska komisija (in kar izpostavlja tudi naročnik), na prvotno ustvarjeno povezavo v sistem eJN ni prispela (oziroma bila javno odprta) nobena ponudba, torej tudi ne vlagateljeva.

Upoštevajoč navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju zaradi naročnikove napake (nepravočasnega podaljšanja roka za oddajo ponudb v sistemu eJN) ni nastala nobena škoda, saj je bilo vlagatelju (kljub temu) omogočeno sodelovanje v predmetnem postopku, prav tako pa ni prišlo do situacije, da bi vlagatelj v sistem eJN na prvotno ustvarjeni povezavi, na kateri se je rok za oddajo ponudb iztekel 10. 2. 2023 ob 9.00, oddal ponudbo in bi bila ta 10. 2. 2023 ob 10.00 tudi (javno) odprta. Posledično ni podana aktivna legitimacija vlagatelja za predmetni očitek, zato ga Državna revizijska komisija ni vsebinsko obravnavala.

Ker vlagatelj v zahtevku za revizijo uvodoma naročniku očita tudi kršitev načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3), Državna revizijska komisija pojasnjuje, da izpostavljeno načelo prvenstveno ni namenjeno zaščiti položaja ponudnikov, temveč zaščiti javnega interesa (prim. npr. odločitve št. 018-126/2015-6, 018-090/2016-5 in 018-010/2017-4), ki se odraža zlasti v racionalni porabi javnofinančnih sredstev. Že po sami naravi stvari se zato ponudnik praviloma ne more uspešno sklicevati na kršitev omenjenega načela, saj se z njim varuje javni interes in ne interes posameznega ponudnika, kar velja tudi za vlagatelja v obravnavanem postopku oddaje javnega naročila. Posledično Državna revizijska komisija ni presojala morebitnih kršitev naročnika v zvezi s porabo javnih sredstev.

VI. Sklepno

Državna revizijska komisija je na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN in na podlagi vsega zgoraj navedenega ugodila zahtevku za revizijo tako, da je delno razveljavila postopek javnega naročanja na način, da je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila razveljavila pogoj za sodelovanje, določen v prvi podaljšani tretje alineje »Tehnična in strokovna sposobnost« poglavja »2.3 Pogoji za sodelovanje«, ki se nanaša na referenco primerljivega projekta oblikovanja strateškega načrta razvoja informatike. V preostalem delu je Državna revizijska komisija na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevek za revizijo zavrnila.

Skladno s tretjim odstavkom 39. člena ZPVPJN mora dati Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka v delu, ki je bil razveljavljen. Ugotovljene kršitve je mogoče odpraviti le na stopnji postopka oddaje javnega naročila pred potekom roka za predložitev ponudb. V kolikor se bo naročnik odločil za nadaljevanje postopka javnega naročanja, mora dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije ustrezno spremeniti, spremembe objaviti skladno z ZJN-3 in določiti nov rok za predložitev ponudb ter njihovo odpiranje. Pri tem naj bo še posebej pozoren, da bo vse zahteve oziroma informacije podal jasno, natančno in nedvoumno, saj bo s tem zagotovil, da bodo imeli ponudniki enaka izhodišča za pripravo ponudb in med njimi ne bo razlikovanja (prvi odstavek 7. člena ZJN-3), s tem pa bo zagotovljena tudi konkurenca med ponudniki (5. člen ZJN-3).

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo zahteval povračilo stroškov, vplačane takse v višini 2.000,00 EUR. 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 vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel le delno (tj. v delu, ki se nanaša na referenčni pogoj in neobjavo čistopisa razpisne dokumentacije), je Državna revizijska komisija odločila, da se vlagatelju, v skladu z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na postavljeni zahtevek ocenjuje na dve petini, povrne dve petini priznanih potrebnih stroškov, nastalih v postopku

pravnega varstva, tj. 800,00 EUR (drugi odstavek 154. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Naročnik je dolžan vlagatelju stroške v navedeni višini povrniti v 15 dneh po vročitvi tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Igor Luzar, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.