

Številka: 018-42/2022-4

Datum: 10. 5. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 55. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Aleksandra Petrovčiča kot predsednika senata ter Tadeje Pušnar kot članice senata in Marka Medveda kot člana senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Poštna storitve*« in na podlagi pritožbe, ki jo je vložil vlagatelj MAKSMAIL, prenos poštne pošiljke, d.o.o., Likozarjeva ulica 1, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Nacionalni inštitut za javno zdravje, Trubarjeva cesta 2, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 10. 5. 2022

odločila:

Pritožbi se ugodi tako, da se razveljavi naročnikov sklep o zavrženju zahtevka za revizijo št. 4300-10/22-12(178) z dne 19. 4. 2022.

Naročnik mora o zahtevku za revizijo, ob ugotovitvi izpolnjevanja procesnih predpostavk, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN.

Obrazložitev:

Naročnik je na Portalu javnih naročil 29. 3. 2022 pod št. objave JN001998/2022-L01 objavil prostovoljno obvestilo za predhodno transparentnost. Iz obvestila je razvidno, da je za oddajo predmetnega javnega naročila izvedel konkurenčni postopek s pogajanji v skladu z b) točko prvega odstavka 44. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) in k oddaji ponudbe v tem postopku povabil ponudnika Pošta Slovenije, d.o.o., ki je v naročnikovem javnem naročilu »*Poštna storitve*« (izvedenem po odprtem postopku), št. objave na Portalu javnih naročil JN008062/2021-B01 z dne 26.11.2021, predložil ponudbo v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja, vendar je ponudba presegala naročnikova zagotovljena sredstva, zato jo je naročnik kot nedopustno zavrnil.

Dne 30. 3. 2022 je naročnik na Portalu javnih naročil objavil tudi dokument »*Odločitev o izidu javnega naročila*« št. 4300-10/2022-8(172) z dne 22. 3. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o oddaji javnega naročila), iz katere izhaja, da je ponudniku Pošta Slovenije, d.o.o. (v nadaljevanju: izbrani

ponudnik) v konkurenčnem postopku s pogajanji po izvedenem tretjem krogu pogajanj oddal predmetno javno naročilo.

Vlagatelj je 7. 4. 2022 zoper odločitev o oddaji javnega naročila vložil zahtevek za revizijo. V njem naročniku očita kršitev načela zagotavljanja konkurence in načela sorazmernosti, kršitev načela transparentnosti in načela enakopravne obravnave ponudnikov ter nedopustnost ponudbe izbranega ponudnika oziroma nedopustnost izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanji, pri čemer zatrjuje, da je dopustna njegova dopolnitev ponudbe z novo referenco in bi jo naročnik v prvotnem postopku lahko upošteval, da je naročnik konkurenčni postopek s pogajanji uporabil v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja in v nasprotju z namenom tega postopka ter da je izbrani ponudnik v konkurenčnem postopku s pogajanji oddal nedopustno ponudbo (če ni prišlo do spremembe tehničnih specifikacij) oz. v nasprotnem primeru, da je naročnik v konkurenčnem postopku s pogajanji spremenil tehnične specifikacije in s tem kršil določbe ZJN-3.

V zahtevku za revizijo vlagatelj svojo aktivno legitimacijo utemeljuje na podlagi drugega odstavka 14. člena ZPVPJN in navaja, da se glede to določbo v ostalih netransparentnih postopkih aktivna legitimacija ne presoja glede na dejstvo, ali je bila ponudba oddana, temveč lahko interes za dodelitev naročila izkaže vsaka oseba, ki opravlja dejavnost, potrebno za izvedbo predmetnega javnega naročila. Poudarja, da niti iz drugega odstavka 14. člena ZPVPJN niti iz katerekoli druge določbe ZPVPJN ni mogoče razbrati, da gre za zaprt krog primerov, v katerih se vlagatelju prizna interes za dodelitev javnega naročila, in je posledično treba v takšnem primeru šteti, da je mogoče interes za dodelitev naročila priznati tudi v drugih primerih, ki v tej določbi niso urejeni, pri čemer je na samem vlagatelju, da interes utemeljeno izkaže. Zato zatrjuje, da sta v konkretnem primeru oba postopka javnega naročila med seboj neločljivo povezana, saj konkurenčni postopek s pogajanji ne bi bil izveden, če bi katerikoli izmed (dveh) ponudnikov predložil dopustno ponudbo. Interes za dodelitev javnega naročila v konkretnem primeru tako izhaja iz samega predmeta javnega naročila – tj. poštne storitve, ki je skupen obema postopkoma. Iz navedenega razloga bi bilo treba za ugotavljanje obstoja vlagateljevega interesa za dodelitev javnega naročila obravnavati oba postopka kot celoto in šteti, da je njegov interes za dodelitev javnega naročila v konkretnem primeru podan že iz razloga, ker je v prvotnem, odprtem postopku oddal ponudbo. Poleg tega vlagatelj zatrjuje, da izpolnjuje tudi drugi pogoj za priznanje aktivne legitimacije, tj. možnost nastanka škode. Naročnik je namreč s kršitvijo določb ZJN-3 in temeljnih načel javnega naročanja vlagatelja neupravičeno izločil iz nadaljnega konkurenčnega postopka s pogajanji, s čimer je vlagatelju povzročil škodo, saj mu je s tem onemogočil konkuriranje pri pridobitvi predmetnega javnega naročila, s tem pa tudi samo pridobitev javnega naročila. Že pred izdajo odločitve je bilo namreč jasno, da je vlagateljeva ponudba ugodnejša od ponudbe izbranega ponudnika, zato bi se moralo šteti, da obstaja velika verjetnost, da bi vlagatelj v konkurenčnem postopku s pogajanji javno naročilo tudi dobil.

Naročnik je zahtevek za revizijo s sklepom št. 4300-10/22-12(178) z dne 19. 4. 2022 zavrgel. V obrazložitvi sklepa naročnik citira določbo prvega in drugega odstavka 14. člena ZPVPJN, ki se nanaša na aktivno legitimacijo, in navaja, da bi moral vlagatelj zahtevek za revizijo vložiti zoper odločitev o zavrnitvi vseh ponudb (v predhodnem odprtem postopku), št. 4300-120/21-10 (172), na Portalu javnih naročil objavljeno 10. 2. 2022 pod št. JN008062/2021-ODL01 (v nadaljevanju: odločitev o neoddaji javnega naročila), in sicer v osmih dneh od njene objave. Nadalje navaja, da vlagatelj utemeljuje svojo aktivno legitimacijo na podlagi prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, kar bi bilo relevantno samo v tem primeru in ker je tak zahtevek prepozen, je naročnik aktivno legitimacijo presojal po drugem odstavku 14. člena ZPVPJN, saj gre za dva ločena in različna postopka in ne eno celoto, kot to zatrjuje vlagatelj. V nadaljevanju naročnik pojasnjuje, da je ravnal v skladu z določbami ZJN-3, saj je skladno s točko b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 v konkurenčni postopek s pogajanji povabil ponudnike, ki so izpolnjevali pogoje za sodelovanje in zanje niso obstajali razlogi za izključitev in so v predhodno izvedenem odprtem postopku

predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja. Navaja, da vlagatelj v predhodnem postopku ni predložil dopustne ponudbe, saj ni izpolnjeval pogoja za sodelovanje, kar je razvidno iz odločitve o neoddaji javnega naročila. Navedeno naročnik v nadaljevanju citiranega sklepa še dodatno obrazloži in zaključi, da pogoj za priznanje aktivne legitimacije vlagatelju v skladu drugim odstavkom 14. člena ZPVPJN ni izpolnjen, saj vlagatelj zaradi neizpolnjevanja pogoja za priznanje sposobnosti ne bi smel biti povabljen v konkurenčni postopek s pogajanji.

Zoper sklep o zavrženju zahtevka za revizijo je vlagatelj pravočasno vložil pritožbo z vlogo z dne 22. 4. 2022. Navaja, da naročnik dejstvo, da naj bi bili v konkurenčni postopek s pogajanji vključeni le ponudniki, ki so v predhodnem neuspelem postopku izpolnjevali pogoje za priznanje sposobnosti, dejansko obravnava kot enega izmed pogojev za zakonito izvedbo konkurenčnega postopka s pogajanji, ter da naročnik meni, da iz zahtevka za revizijo izhaja, da se vlagatelj dejansko ne strinja s prvotno odločitvijo o neoddaji javnega naročila, zato bi moral zahtevek za revizijo vložiti zoper prvo odločitev. Posledično mu naročnik s sklicevanjem na drugi odstavek 14. člena ZPVPJN odreka aktivno legitimacijo za vložitev zahtevka za revizijo v konkurenčnem postopku s pogajanji, saj vlagatelj naj ne bi izkazoval interesa za dodelitev javnega naročila. Vlagatelj meni, da je navedeno stališče naročnika zmotno, saj temelji na napačni interpretaciji določb ZJN-3 in ZPVPJN ter je že na prvi pogled v nasprotju s stališči, ki jih je v svoji dosednji praksi podala Državna revizijska komisija. Navaja, da je že v zahtevku za revizijo obrazloženo pojasnil, zakaj mu je treba priznati aktivno legitimacijo in podal argumente, do katerih pa se naročnik v svojem sklepu o zavrženju zahtevka za revizijo ni opredelil, niti ni svoje odločitve utemeljil na argumentih, ki bi prestali resno presojo. Zatrjuje, da se mu mora aktivna legitimacija oziroma z njo povezan interes za dodelitev javnega naročila presojati glede na prvotno izveden odprt postopek javnega naročila. Navaja, da mu, upoštevaje prakso Državne revizijske komisije, zahtevek za revizijo zoper odločitev o neoddaji javnega naročila (v prvotnem odprtem postopku) ni predstavljal učinkovitega pravnega sredstva, saj mora ponudnik za uspeh z zahtevkom zoper odločitev uspešno izpodbiti vse razloge, iz katerih je bila njegova ponudba opredeljena za nedopustno (kar mu glede nedopustnosti zaradi preseganja zagotovljenih sredstev ne bi uspelo), v nasprotnem primeru se ponudniku ne priznava drugega pogoja aktivne legitimacije, torej verjetnosti nastanka škode. Prav tako glede na prakso Državne revizijske komisije z zahtevkom za revizijo ne more izpodbijati naročnikove napovedi, da bo v ponovnem postopku javnega naročila izvedel netransparenten konkurenčni postopek s pogajanji, saj sama napoved ne ustvarja pravnih učinkov, ker se nov postopek kljub napovedi še ni pričel izvajati in posledično ni jasno, katerega od ponudnikov, ki so sodelovali v odprtem postopku, bo naročnik dejansko povabil k oddaji ponudbe, zato do kršitev ZJN-3 s tem še ni prišlo; poleg tega pa naročnik s svojo napovedjo ni zavezan, torej mu ni treba začeti oziroma izvesti napovedanega postopka oziroma k oddaji ponudbe povabiti (zgolj) ponudnike navedene v odločitvi, ampak se lahko odloči izvesti drug transparenten postopek na drugi pravni podlagi. Dodatno navaja, da interesa za izpodbijanje odločitve o neoddaji javnega naročila ni imel tudi iz razloga, ker je bilo jasno, da bo naročnik postopek javnega naročila ponovil in ni bila izbrana nobena ponudba, čemur vlagatelj niti ni ne oporeka. Glede na navedeno zaključuje, da mu aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo zoper odločitev o oddaji javnega naročila ni mogoče odreči, ker v konkurenčni postopek s pogajanji ni bil povabljen, saj je to eden izmed bistvenih razlogov, ki jih vlagatelj v zahtevku za revizijo izpodbija. Vlagatelj v vlogi ni zahteval povrnitve stroškov pritožbenega postopka.

Naročnik je z vlogo z dne 26. 4. 2022 Državni revizijski komisiji odstopil pritožbo in dokumentacijo v postopku oddaje javnega naročila in v predrevizijskem postopku.

Državna revizijska komisija po proučitvi pritožbe in predložene dokumentacije ugotavlja, da je pritožba vlagatelja utemeljena, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

V predmetnem postopku pravnega varstva je naročnik vlagatelj zahtevke za revizijo zavrzel, ker je ugotovil, da vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo. Naročnikovo ravnanje z vlagateljevim zahtevkom za revizijo je treba presojeti z vidika 26. člena ZPVPJN, ki v tretjem odstavku (v povezavi s prvim odstavkom) med drugim določa, da naročnik zavrže zahtevek za revizijo, če ugotovi, da ga ni vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN. Slednji v prvem odstavku določa, da se aktivna legitimacija v predrevizijskem in revizijskem postopku prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila, sklenitev okvirnega sporazuma ali vključitev v dinamični nabavni sistem ali kvalifikacijski sistem in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda (1. alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN), ter zagovorniku javnega interesa (2. alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN). Drugi odstavek 14. člena ZPVPJN določa, da se v primeru, 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. V primeru konkurenčnega dialoga, konkurenčnega postopka s pogajanjem ali postopka s pogajanjem brez predhodne objave, ki ga naročnik ob upoštevanju določb ZJN-3 izvaja zaradi prejšnjega neuspešno izvedenega postopka, se interes za dodelitev javnega naročila prizna tudi kandidatu ali ponudniku, ki je v prejšnjem neuspešnem postopku pravočasno oddal prijavo oziroma ponudbo in v tem postopku ni bil povabljen k oddaji ponudbe, pa bi v skladu z ZJN-3 moral biti.

Iz citiranih določb 14. člena ZPVPJN izhajata dva bistvena elementa za priznanje aktivne legitimacije, in sicer: (1) interes za dodelitev javnega naročila in (2) možnost nastanka škode, ki bi vlagatelju utegnila nastati zaradi zatrjevane kršitve. Oba elementa morata biti izpolnjena kumulativno, zato mora vlagatelj za priznanje aktivne legitimacije izkazati tako, da ima interes za pridobitev naročila, kot tudi, da bi mu zaradi kršitev, ki jih navaja v zahtevku za revizijo, lahko nastala škoda. Možnost nastanka škode mora biti povezana z zatrjevano kršitvijo in se v vsakem postopku ugotavlja posamično, ob upoštevanju danih okoliščin konkretnega primera (npr. predmeta naročila, vrste postopka, faze postopka, konkretnih očitkov, ki so predmet zahteve za pravno varstvo, ipd.). Zakon za priznanje aktivne legitimacije ne zahteva konkretiziranja škode, ampak zahteva le izkaz določene stopnje verjetnosti njenega nastanka. Da pa bi bila možnost nastanka škode verjetna, mora biti podana (vsaj hipotetična) vzročna zveza med zatrjevano naročnikovo kršitvijo pravil o javnem naročanju (zatrjevanim protipravnim ravnanjem) in zatrjevanim prikrajšanjem na strani vlagatelja, ki je nastalo (ali bi utegnilo nastati) zaradi naročnikove kršitve teh pravil (škodno posledico). Če med zatrjevano kršitvijo in možnostjo nastanka škode ni mogoče vzpostaviti vzročne zveze, tudi ni mogoče govoriti o aktivni legitimaciji v smislu 14. člena ZPVPJN. In obratno, če je mogoče med zatrjevano kršitvijo in možnostjo nastanka škode vzpostaviti vzročno zvezo, je treba aktivno legitimacijo priznati (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-116/2020, 018-017/2018 in 018-239/2017).

Iz naročnikovega sklepa o zavrženju zahtevka za revizijo izhaja, da je vlagatelju odrekel aktivno legitimacijo, ker je ugotovil, da ni izpolnjen pogoj za priznanje aktivne legitimacije vlagatelju v skladu z drugim odstavkom 14. člena ZPVPJN, saj vlagatelj zaradi neizpolnjevanja pogoja za sodelovanje ne bi smel biti povabljen v konkurenčni postopek s pogajanjem. Naročnik navaja, da bi v primeru, če bi vlagatelju bila priznana aktivna legitimacija, navedeno že pomenilo, da bi vlagatelj moral biti pozvan v izpodbijanem postopku (sicer mu ne more nastati škoda), vendar to ni mogoče, saj ni izpolnjeval pogojev za priznanje sposobnosti, niti v predhodnem postopku tega dejstva ni izpodbijal, čeprav bi ga po sprejemu naročnikove odločitve o neoddaji javnega naročila mogel in moral. Vlagatelj nasprotno zatrjuje, da bi mu na podlagi drugega odstavka 14. člena ZPVPJN moral biti priznan interes za dodelitev javnega naročila, prav tako pa utemeljuje tudi možnost nastanka škode.

Kot je torej mogoče razumeti naročnika, je na podlagi navedenih ugotovitev zaključil, da vlagatelj ne izkazuje interesa za pridobitev naročila, posledično pa mu tudi ne bi mogla nastati škoda.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da za takšno naročnikovo stališče ni zakonske podlage. Drugi odstavek 14. člena ZPVPJN namreč, kot je že zapisano, določa, da se v primeru konkurenčnega postopka s pogajanjem, ki ga naročnik ob upoštevanju določb ZJN-3 izvaja zaradi prejšnjega neuspešno izvedenega postopka, interes za dodelitev javnega naročila prizna tudi kandidatu ali ponudniku, ki je v prejšnjem neuspešnem postopku pravočasno oddal prijavo oziroma ponudbo in v tem postopku ni bil povabljen k oddaji ponudbe, pa bi v skladu z ZJN-3 moral biti. Okoliščina, da je vlagatelj v prejšnjem postopku oddaje javnega naročila predložil ponudbo, je torej le ena izmed možnih podlag za priznanje aktivne legitimacije v novem postopku, ni pa edina. Z drugimi besedami: aktivno legitimacijo v primeru izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanjem ima vsak gospodarski subjekt, ki izpolnjuje kriterije iz prvega odstavka 14. člena ZPVPJN – ki ima torej interes za dodelitev naročila in ki bi mu lahko zaradi zatrjevanih kršitev naročnika nastala škoda, ne glede na to, ali je v prejšnjem, neuspešno izvedenem postopku, predložil ponudbo. To pomeni, da je treba v predmetnem postopku pravnega varstva za presojo obstoja aktivne legitimacije primarno ugotoviti, ali vlagatelj izkazuje interes za pridobitev naročila in ali bi mu lahko zaradi kršitev, ki jih zatrjuje v zahtevku za revizijo, nastala škoda (prim. odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-071/2018).

V zvezi z navedenim vprašanjem je mogoče ugotoviti, da je vlagatelj gospodarska družba, ki lahko glede na vsebino Akta o ustanovitvi družbe z omejeno odgovornostjo opravlja dejavnosti, ki so predmet konkretnega javnega naročila. Poleg tega je mogoče ugotoviti, da je vlagatelj predložil tudi ponudbo v neuspešno izvedenem predhodnem odprtem postopku oddaje javnega naročila »Poštne storitve«, s čimer je jasno izrazil namero, da si prizadeva za pridobitev izvajanja storitev, ki so predmet javnega naročila. Navedena dejstva so v predmetnem postopku pravnega varstva odločilna za presojo aktivne legitimacije vlagatelja in kažejo na to, da vlagatelj izkazuje interes za pridobitev naročila. Nadalje je za možnost nastanka škode v povezavi z zatrjevanimi kršitvami ključno dejstvo, da vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da bi mu naročnik, glede na določbe ZJN-3, moral omogočil sodelovanje v konkurenčnem postopku s pogajanjem. Če bi se te vlagateljeve revizijske navedbe izkazale za utemeljene, vlagatelj zaradi ravnanja naročnika ni imel možnosti sodelovanja v konkurenčnem postopku s pogajanjem in s tem konkurirati za pridobitev naročila, posledično pa vlagatelj ni imel možnosti pridobitve posla, kar je temeljni poslovni interes vsake gospodarske družbe, s čimer je podan tudi element možnosti nastanka škode zaradi zatrjevanih kršitev.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik ravnal v nasprotju s 14. členom ZPVPJN, ko vlagatelju ni priznal aktivne legitimacije, posledično pa tudi v nasprotju s četrtem odstavkom 26. člena ZPVPJN, ko je zahtevek za revizijo zavrgel. Državna revizijska komisija je zato pritožbi vlagatelja, na podlagi prvega odstavka 55. člena ZPVPJN, ugodila in razveljavila sklep št. 4300-10/22-12(178) z dne 19. 4. 2022, s katerim je naročnik zavrgel vlagateljev zahtevek za revizijo.

Državna revizijska komisija kljub predlogu vlagatelja, naj zahtevek za revizijo sama sprejme v obravnavo, tega vrača v odločanje naročniku z napotkom, da mora o zahtevku za revizijo, ob ugotovitvi izpolnjevanja ostalih procesnih predpostavk, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN. Naročnik, ki se v predmetnem postopku pravnega varstva do zahtevka za revizijo vsebinsko ni opredeljeval, ima namreč pravico in dolžnost, da po ugotovitvi obstoja vseh procesnih predpostavk o zahtevku za revizijo najprej meritorno odloči sam.

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:

Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.