

Številka: 018-008/2023-4

Datum: 21. 2. 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 Andraža Žvana, kot predsednika senata ter mag. Zlate Jerman in Aleksandra Petrovčiča, kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »Izdelava poslovne analize«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil Akson, poslovno in informacijsko svetovanje, d.o.o., Leskoškova cesta 2, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Maruša Perko - odvetnica, Slovenska cesta 47, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Ministrstvo za vzgojo in izobraževanje (prej Ministrstvo za izobraževanje, znanost in šport), Masarykova cesta 16, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 21. 2. 2023

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugodi in se v celoti razveljavi postopek oddaje javnega naročila »Izdelava poslovne analize«.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 1.978,96 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je dne 29. 12. 2022 na Portalu javnih naročil objavil Obvestilo o naročilu male vrednosti, št. objave JN008661/2022-W01.

Zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je vlagatelj dne 16. 1. 2023 vložil *Zahtevek za revizijo* z dne 13. 1. 2023 (v nadaljevanju: zahtevek za revizijo), v katerem zatrjuje, da pogoj za ponudnika, kot je opredeljen v točki *Pogoj 2 Reference ponudnika storitev II*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija* ter nekatere zahteve v pogoj za kader, kot so opredeljene v točki *Pogoj 4 Kadrovska usposobljenost*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija*, niso določene sorazmerno in niso

povezane s predmetom naročila, zaradi česar so ponudniki neenakopravno obravnavani, konkurenca pa neupravičeno omejena. Vlagatelj predlaga razveljavitev dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v celoti, podredno pa predlaga razveljavitev posameznih izpodbijanih zahtev. Zahteva tudi povračilo stroškov postopka pravnega varstva. Ob pojasnjevanju izpolnjenosti procesnih predpostavk vlagatelj izpostavlja, da je naročnik dne 12. 1. 2023 na Portalu javnih naročil objavil spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, za katere meni, da so tako bistvene, da bi od naročnika terjale objavo novega obvestila o naročilu oz. glede na določbo prvega odstavka 60. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) vsaj popravek obvestila o naročilu, s čemer bi zagotovil minimalno transparentnost. Čeprav navaja, da zahtevka za revizijo ne vlaga zaradi naročnikovega netransparentnega ravnanja, poudarja, da izpostavljeno ravnanje naročnika predstavlja hujšo kršitev načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), zaradi katere lahko Državna revizijska komisija, na podlagi 3. točke drugega odstavka 39. člena ZPVPJN, razveljavi celoten postopek oddaje javnega naročila.

Naročnik je dne 23. 1. 2023 sprejel in naslednji dan na portalu eRevizija objavil *Odločitev*, v kateri najprej izpostavlja, da vlagatelj zahtevka za revizijo ni vložil pravočasno, tj. v roku, ki ga določa druga poved prvega odstavka 25. člena ZPVPJN, saj se zahtevka za revizijo ne nanaša na spremenjeno, dopolnjeno ali pojasnjeno vsebino objave, povabila ali razpisne dokumentacije ali z njim neposredno povezano navedbo v prvotni objavi in dodaja, da vlagatelj ne zatrjuje, da bi bilo mogoče zahtevka za revizijo šteti za pravočasnega na kakšni drugi podlagi. Naročnik predlaga Državni revizijski komisiji, da zahtevka za revizijo skladno s tretjim odstavkom 26. člena ZPVPJN zavrže. V kolikor bi Državna revizijska komisija zahtevka za revizijo sprejela v obravnavo, v nadaljevanju iz previdnosti kot neutemeljene zavrača tako navedbe vlagatelja iz zahtevka za revizijo kot tudi njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo).

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 24. 1. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj v vlogi z dne 27. 1. 2023 nasprotuje naročnikovim navedbam glede nepravočasnosti zahtevka za revizijo in se opredeljuje do njegovih navedb v odločitvi o zahtevku za revizijo. Dodatno pojasnjuje svoje navedbe iz zahtevka za revizijo in zahteva povračilo nadaljnjih stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika).

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

1. glede pravočasnosti zahtevka za revizijo

Naročnik opozarja, da zahtevka za revizijo ni pravočasen. Navaja, da zahtevka za revizijo ni bil vloženi skladno s prvo povedjo prvega odstavka 25. člena ZPVPJN, tj. v roku desetih delovnih dni ob objavi obvestila o naročilu, niti skladno z drugo povedjo prvega odstavka 25. člena ZPVPJN, ki določa rok za vložitev zahtevka za revizijo v primeru, ko naročnik spremeni ali dopolni dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, saj se zahtevka za revizijo ne nanaša na spremenjeno, dopolnjeno ali pojasnjeno dokumentacijo, pač pa na vsebino prvotne objave. S tem v zvezi se sklicuje na odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-064/2018, 018-094/2018, 018-225/2018, 018-174/2019, 018-210/2018, iz katerih izhaja, da je potrebno pri presoji pravočasnosti zahtevka za revizijo upoštevati vsebinski kriterij za razmejitev, kaj je vsebina informacije, objavljene na Portalu javnih naročil.

Državna revizijska komisija v zvezi z navedbami naročnika, da vlagatelj ni zatrjeval, da bi bilo mogoče zahtevke za revizijo šteti za pravočasnega na kakšni drugi podlagi, kot tisti, ki jo je sam obravnaval v odločitvi o zahtevku za revizijo, najprej pojasnjuje, 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 preveriti, ali zahtevek za revizijo izpolnjuje vse procesne pogoje (prim. smis. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-225/2018, 018-208/2019, 018-069/2022, 018-001/2023). 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.

Ker je vlagatelj zahtevek za revizijo vložil zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, je pri presoji njegove pravočasnosti potrebno upoštevati prvi odstavek 25. člena ZPVPJN. Ta določa, da se zahtevek za revizijo, ki se nanaša na vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe ali razpisno dokumentacijo, vložiti v desetih delovnih dneh od dneva objave obvestila o naročilu ali prejema povabila k oddaji ponudbe. Kadar naročnik spremeni ali dopolni navedbe v objavi, povabilu k oddaji ponudbe ali v razpisni dokumentaciji, se lahko zahtevek za revizijo, ki se nanaša na spremenjeno, dopolnjeno ali pojasnjeno vsebino objave, povabila ali razpisne dokumentacije ali z njim neposredno povezano navedbo v prvotni objavi, povabilu k oddaji ponudbe ali razpisni dokumentaciji, vložiti v desetih delovnih dneh od dneva objave obvestila o dodatnih informacijah, informacijah o nedokončanem postopku ali popravku, če se s tem obvestilom spreminjajo ali dopolnjujejo zahteve ali merila za izbiro najugodnejšega ponudnika.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik obvestilo o naročilu objavil na Portalu javnih naročil dne 29. 12. 2022, dne 5. 1. 2023, dne 9. 1. 2023 in dne 12. 1. 2023 pa je na Portalu javnih naročil objavil tudi več odgovorov na vprašanja zainteresiranih ponudnikov, med drugim tudi v zvezi z deli dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jih z zahtevkom za revizijo izpodbija vlagatelj.

Glede na to, da je bilo obvestilo o naročilu objavljeno dne 29. 12. 2022, zahtevek za revizijo pa je bil vložen (še) dne 16. 1. 2023, torej po izteku desetih delovnih dni od dneva objave obvestila o naročilu, ni dvoma, da zahtevek za revizijo ni bil vložen v roku, ki ga določa prva poved prvega odstavka 25. člena ZPVPJN. Ali je bil zahtevek za revizijo vložen v roku, ki ga določa druga poved prvega odstavka 25. člena ZPVPJN, ki določa rok za vložitev zahtevka za revizijo v primeru, ko naročnik spremeni ali dopolni dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, je Državna revizijska komisija presojala v nadaljevanju.

Državna revizijska komisija je že v več svojih odločitvah zapisala, da skladno z drugo povedjo prvega odstavka 25. člena ZPVPJN za ugotovitev pravočasnosti zahtevka za revizijo ni odločilno, ali je naročnik objavil obvestilo o dodatnih informacijah ali popravku (6. točka prvega odstavka 52. člena ZJN-3), ali pa je gospodarskim subjektom zagotovil informacije, ki so bile objavljene na Portalu javnih naročil kot odgovori na vprašanja gospodarskih subjektov (kot v konkretnem primeru). V taki obliki objavljene informacije so namreč po svoji vsebini in namenu enake informacijam, ki so objavljene v obvestilih o dodatnih informacijah ali popravku. Te informacije so lahko relevantne za ugotovitev pravočasnosti zahtevka za revizijo, vendar le, če je naročnik z njimi spremenil ali dopolnil navedbe v objavi, povabilu k oddaji ponudbe ali razpisni dokumentaciji, ne pa tudi, če je z njimi svoje navedbe le pojasnil, tako, da s pojasnili ni povzročil spremembe ali dopolnitve teh navedb (prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-064/2018, 018-163/2021).

Po vpogledu v odgovore, ki jih je na Portalu javnih naročil dne 5. 1. 2023, dne 9. 1. 2023 in dne 12. 1. 2023 objavil naročnik, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik dokumentacijo

v zvezi z oddajo javnega naročila spremenil z več kot enim odgovorom, nazadnje pa dne 12. 1. 2023 ob 10:31 (kar izrecno priznava tudi sam), ko je objavil odgovor, s katerim je dopustil, da se referenčni pogoj ponudnika iz točke *Pogoj 1 Reference ponudnika storitev I*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija* lahko izkazuje z referencami, ki niso bile izdelane v okviru državne uprave, ampak tudi npr. pri zasebnih gospodarskih subjektih. S tem, ko je naročnik razširil področje, za katerega je morala biti izdelana referenca, je dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila dopolnil oz. spremenil v delu, ki se nanaša na zahteve ali merila za izbiro najugodnejšega ponudnika, in vanjo posegel na način, ki vpliva na zaščito začetka teka roka za vložitev zahtevka za revizijo.

Tudi če držijo navedbe naročnika, da z odgovori na Portalu javnih naročil ni dopolnjeval, spreminjal in niti pojasnjeval delov dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jih v zahtevku za revizijo izpodbija vlagatelj, iz predhodno navedenega izhaja, da je naročnik z odgovorom na Portalu javnih naročil dne 12. 1. 2023 dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v zgoraj opisanem delu dopolnil oz. spremenil. Ker se v primeru dopolnitve ali spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila rok za vložitev zahtevka za revizijo šteje skladno z drugo povedjo iz prvega odstavka 25. člena ZPVPJN, saj se zahtevki za revizijo nanaša »na spremenjeno, dopolnjeno ali pojasnjeno vsebino objave, povabila ali razpisne dokumentacije ali z njim neposredno povezano navedbo v prvotni objavi, povabilu k oddaji ponudbe ali razpisni dokumentaciji«, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je zahtevki za revizijo, ki ga je vlagatelj vložil dne 16. 1. 2023, tj. drugi delovni dan po objavi informacij, s katerimi je naročnik dopolnil oz. spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, pravočasen.

2. glede kršitve načela transparentnosti javnega naročanja

Vlagatelj navaja, da bi moral naročnik zaradi bistvenih sprememb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila objaviti popravek oz. objaviti novo obvestilo o naročilu. Ker tega ni storil, saj je bistvene spremembe objavil le preko odgovorov na Portalu javnih naročil, je zagrešil hujšo kršitev načela transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), ki bi že sama po sebi lahko povzročila, da bi Državna revizijska komisija predmetni postopek oddaje javnega naročila razveljavila v celoti.

Naročnik, ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-161/2016, 018-205/2016 in 018-010/2017 navaja, da so pojasnila, objavljena kot odgovori na Portalu javnih naročil, tako po vsebini kot po namenu enakovredna podatkom iz objave obvestila iz prvega odstavka 60. člena ZJN-3, vsa njegova ravnanja v zvezi z objavami pa so transparentna.

Kljub temu, da vlagatelj izrecno navaja, da, v zvezi z izpostavljenimi objavami sprememb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, naročniku ravnanja v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja ne očita, Državna revizijska komisija vseeno pojasnjuje, da se javnost postopkov po ZJN-3 zagotavlja z brezplačnimi objavami obvestil glede javnih naročil na Portalu javnih naročil ali na Portalu javnih naročil in v Uradnem listu Evropske unije (drugi odstavek 6. člena ZJN-3) ter izpostavlja, da je v svoji praksi (na katero se sklicuje tudi naročnik, pa tudi npr. v odločitvi v zadevi št. 018-107/2017) že večkrat zapisala, da so pojasnila, ki jih naročnik objavi na Portalu javnih naročil kot odgovore na vprašanja zainteresiranih ponudnikov (prvi odstavek 67. člena ZJN-3), po vsebini in namenu enakovredna podatkom iz objave obvestila iz prvega odstavka 60. člena ZJN-3, celota teh podatkov pa je, ne glede na obliko, v kateri jo naročnik izrazi, del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Upošteva navedeno in upošteva, da je bil vlagatelj seznanjen s spremembami dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki so bile objavljene v obliki odgovorov na Portalu javnih naročil (kar izrecno priznava), Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku ne bi bilo mogoče očitati, da je s svojim ravnanjem kršil načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), še manj pa bi bilo mogoče ugotoviti, da je naročnik zagrešil hujšo kršitev zakona v smislu 3. točke drugega odstavka

39. člena ZPVPJN, zaradi katere bi Državna revizijska komisija v celoti razveljavila postopek oddaje javnega naročila.

3. glede pogojev za sodelovanje

Med vlagateljem in naročnikom je spor v tem, ali je naročnik posamezne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki jih kot sporne vlagatelj izpostavlja v zahtevku za revizijo, oblikoval v skladu s 76., 77. členom ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja.

Pogoje za sodelovanje mora naročnik določiti v skladu s 76. členom ZJN-3, ki v prvem odstavku določa, da lahko naročnik določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo na

- ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti,
- ekonomski in finančni položaj,
- 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. V skladu z desetim odstavkom 76. člena ZJN-3 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.

Možna dokazila za izkazovanje tehnične sposobnosti so navedena v osmem odstavku 77. člena ZJN-3, v skladu s katerim lahko ponudnik tehnično usposobljenost (med drugim) izkaže:

- s seznamom najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov (točka b) osmega odstavka 77. člena ZJN-3),
- z navedbo tehničnega osebja ali tehničnih organov, ki bodo sodelovali pri izvedbi javnega naročila, zlasti tistih, ki so odgovorni za nadzor kakovosti, v primeru javnih naročil gradenj pa tistih, od katerih lahko izvajalec zahteva, da izvedejo gradnjo, in sicer ne glede na to, ali so zaposleni pri gospodarskem subjektu ali ne (točka c) osmega odstavka 77. člena ZJN-3),
- z dokazilom o izobrazbi in strokovni usposobljenosti izvajalca storitev ali gradenj ali vodstvenih delavcev podjetja pod pogojem, da ne štejejo kot merilo za oddajo javnega naročila (točka f) osmega odstavka 77. člena ZJN-3).

Iz navedenega izhaja, da 76. in 77. člen ZJN-3 naročniku dajeta osnovna izhodišča za določanje pogojev za priznanje tehnične in strokovne sposobnosti ter posamezna dokazila, s katerimi se bo izkazovalo njihovo izpolnjevanje, ne določata pa samih vsebinskih zahtev. Tako pogoje kot dokazila mora naročnik določiti v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in morebitne posebne okoliščine v zvezi z njegovo izvedbo. Pri njihovem določanju je naročnik omejen s pravili javnega naročanja, ki so primarno izražena skozi temeljna načela javnega naročanja. Naročnik mora tako zagotoviti, da med ponudniki ni razlikovanja in da ne ustvarja okoliščin, ki pomenijo diskriminacijo ponudnikov (načelo enakopravne obravnave ponudnikov, 7. člen ZJN-3); da javno naročanje izvaja sorazmerno predmetu javnega naročanja, pogoje, merila in zahteve pa določi tako, da so smiselno povezani s predmetom javnega naročila (načelo sorazmernosti, 8. člen ZJN-3) in da neupravičeno ne omejuje konkurence med ponudniki (načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki, 5. člen ZJN-3).

Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-063/2016, 018-212/2017, 018-213/2018, 018-196/2021), da načela zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) ni mogoče interpretirati v smislu zahteve po vzpostavljanju konkurenčnosti na tistih področjih oz. v tistih primerih, ko te iz upravičenih razlogov ni mogoče doseči. Prav tako tudi načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) ni mogoče razumeti kot absolutne kategorije. Enakopravnost namreč ne pomeni, da mora naročnik vsem potencialnim ponudnikom omogočiti enak položaj v postopku oddaje javnega naročila, saj je zaradi različnih ekonomskih, tehničnih, kadrovskih in tudi naravnih danosti dejanski položaj ponudnikov in njihovih ponudb različen, prednosti, ki jih te dajejo, pa je dovoljeno in pogosto celo gospodarno upoštevati. Zgolj dejstvo, da naročnik z določeno zahtevo razlikuje gospodarske subjekte, še ne pomeni, da je takšna zahteva že sama po sebi diskriminatorna. V naravi samega pogoja oz. zahteve namreč je, da ponudnike razvršča na tiste, ki pogoj izpolnjujejo in zato lahko sodelujejo v postopku, ter tiste, ki enega ali več posameznih pogojev ne izpolnjujejo in zato v postopku ne morejo sodelovati. Naročniki so zato v postopkih oddaje javnih naročil upravičeni postavljati zahteve, ki imajo za posledico razlikovanje ponudnikov, vendar le iz razlogov, ki so neposredno povezani s predmetom javnega naročila in so objektivno opravičljivi. Razlikovanje ponudnikov glede na kriterije, ki niso objektivno opravičljivi in pomenijo zlasti krajevno, predmetno ali osebno diskriminacijo, s čimer je določen gospodarski subjekt bodisi postavljen v bistveno slabši položaj bodisi je privilegirani, ne da bi za to obstajali utemeljeni razlogi, ni dopustno (smis. prim. tudi sodbo Sodišča EU v zadevah C-513/99, C-195/21).

a. glede reference ponudnika

Naročnik je v točki *Pogoj 2 Reference ponudnika storitev II*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija* določil:

»Gospodarski subjekt, ki nastopa v ponudbi, je v obdobju zadnjih petih (5) let pred datumom objave tega naročila na Portalu javnih naročil, izvedel ali izvaja vsaj en (1) svetovalni projekt na področju vzgoje ali izobraževanja v skupni vrednosti izvedene storitve najmanj 10.000,00 EUR brez DDV.

S tem pogojem ponudnik naročniku dokazuje poznavanje vsebinskega področja iz predmeta javnega naročila.«

V zvezi s to zahtevo je naročnik prejel vprašanje zainteresiranega ponudnika:

»[...]

Hkrati menimo, da je nezakonit pogoj 2 - reference ponudnika storitev II. Glede na ostale zahteve je povsem splošen in kot tak odveč in vsebinsko nepotreben, zato predlagamo, da ga naročnik izloči in s tem omogoči večjo konkurenco.

[...]«,

na katerega je dne 12. 1. 2023 ob 10:31 odgovoril:

»[...]

Naročnik vztraja pri drugem referenčnem pogoj (Reference ponudnika storitev II), saj je ta vsebinsko popolnoma neposredno povezan s predmetom javnega naročila ter izkazuje vsebinsko poznavanje problematike izvajalca. Pogoja zato naročnik ne bo spreminjal.

[...]«.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da mora naročnik referenčne zahteve določiti tako, da so povezane s predmetom naročila in da njihovo izpolnjevanje izkazuje takšno stopnjo ponudnikove usposobljenosti za izvedbo naročila, ki je sorazmerna s kompleksnostjo predmeta naročila. Dalje zatrjuje, da je referenčna zahteva glede izvedbe ali izvajanja kateregakoli svetovalnega projekta na področju vzgoje in izobraževanja (skupaj z vrednostjo) splošna, nesorazmerna in nepovezana s predmetom javnega naročila. Ker je naročnik vsebino referenčne zahteve določil na način, da bo ponudniku priznal sposobnost, če je izvedel ali izvaja katerikoli svetovalni projekt na področju vzgoje in izobraževanja (tudi npr. svetovanje v vrtcu v zvezi z zdravo prehrano, v šoli v zvezi s preprečevanjem nasilja ali v obeh v zvezi z ločevanjem odpadkov), ni gotovo, da bo dosegel cilj, ki ga z referenco zasleduje, tj. ponudnikovo poznavanje vsebinskega področja predmeta javnega naročila, referenčna zahteva pa mu tudi ne zagotavlja, da bo dobil ponudnika, ki bo usposobljen za izvedbo predmeta tega javnega naročila. Vlagatelj zatrjuje tudi, da naročnik z referenčno zahtevo po izvedbi ali izvajanju svetovalnega projekta na področju vzgoje in izobraževanja omejuje dostop do javnega naročila in ponudnike neenakopravno obravnava, za kar nima objektivno opravičljivih in strokovno utemeljenih razlogov.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo, po uvodnem povzemanju določb 7., 8. in 76. člena ZJN-3 ter vlagateljevih navedb, odgovarja, da je pogoj vsebinsko neposredno povezan s predmetom javnega naročila in izkazuje izvajalčevo vsebinsko poznavanje problematike. Pojasnjuje, da je ključno, da je predmet javnega naročila pripravljen s strani gospodarskega subjekta, ki ima izkušnje na področju svetovanja v okviru vzgoje in izobraževanja, ki dobro pozna trenutne trende in najboljše prakse na področju izobraževalne tehnologije, ki ima izkušnje s sodelovanjem z različnimi zainteresiranimi stranmi (učitelji, administratorji in učenci), saj vsled vsega tega dobro razume njihove posebne potrebe in zahteve ter jasno razume posebne potrebe različnih vrst šol. Gre za zapleteno in edinstveno področje, ki zahteva poglobljeno razumevanje posebnih izzivov in potreb izobraževalnega sistema. Navedeno znanje je ključnega pomena pri ugotavljanju potreb izobraževalnega zavoda v zvezi z informacijskim sistemom in pri oblikovanju prilagojene in učinkovite rešitve, ki bi zadovoljila te potrebe. Gospodarski subjekt, ki ima izkušnje s svetovanjem na področju izobraževanja, lahko zagotovi celovitejšo analizo obstoječega stanja ter natančneje oceni trenutno stanje tehnologij v šolah in opredeli področja, na katerih bi bilo mogoče uvesti izboljšave. Referenčna zahteva je ključna tudi z vidika komuniciranja z relevantnimi udeleženci, saj bo moral izvajalec izvajati različne delavnice, intervjuje, ipd.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja pri navedbah iz zahtevka za revizijo in dodaja, da ponudnik v okviru izpodbijane referenčne zahteve ni mogel pridobiti znanja, ki ga naročnik opredeljuje kot ključnega pri ugotavljanju posebnih potreb izobraževalnega zavoda v zvezi z informacijskim sistemom ter pri oblikovanju prilagojene in učinkovite rešitve. Izpostavlja tudi, da glede na vrednost reference ni jasno, kako ima lahko gospodarski subjekt bogate izkušnje pri delu s šolami, kako lahko zagotovi natančno oceno trenutnega stanja tehnologije v šolah in opredeli področja, na katerih bi bilo mogoče uvesti izboljšave. Vlagatelj zaključuje, da si naročnik morda želi, da bi gospodarski subjekt dobro razumel edinstvene izzive in potrebe izobraževalnega sistema, da bi imel bogate izkušnje s sodelovanjem s šolami in da bi bil sposoben komuniciranja z relevantnimi udeleženci, vendar mu referenčna zahteva na način, kot je določena, tega ne zagotavlja.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj smiselno zatrjuje, da bi naročnik moral določiti strožjo referenčno zahtevo oz. da bi moral zahtevo glede »svetovalnega projekta« vsebinsko zožati, bolj konkretizirati in približati predmetu javnega naročila. Izraža tudi bojazen, da bo naročnik oškodovan, saj zaradi referenčne zahteve, na podlagi katere bo priznal sposobnost ponudniku, ki je izvajal katerikoli svetovalni projekt na področju vzgoje in izobraževanja, torej tudi projekt, katerega vsebinsko področje se povsem razlikuje od vsebinskega področja predmetnega

javnega naročila, ne bo (nujno) pridobil ponudnika, ki bi bil sposoben izvesti predmetno javno naročilo.

Prvi odstavek 14. člena ZPVPJN določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi jih lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda. Ker vlagatelj z zahtevkom za revizijo, vloženim skladno s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN, varuje svoj pravni položaj v postopku oddaje javnega naročila, to pomeni, da v zahtevku za revizijo ne more uveljavljati kršitev naročnika, ki neposredno ne posegajo v njegov položaj v postopku oddaje javnega naročila na način, da mu onemogočajo ali vsaj otežujejo sodelovanje v postopku. Kršitve, ki jih vlagatelj zatrjuje v zahtevku za revizijo, morajo torej imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega oteževanja ali onemogočanja pridobitve konkretnega javnega naročila. Ker iz revizijskih navedb izhaja vlagateljevo prizadevanje, da bi naročnik določil strožji referenčni pogoj na način, da bi določil referenco z ožje opredeljenim vsebinskim področjem, škoda, ki bi gospodarskemu subjektu lahko nastala zato, ker naročnik ne določi strožjega referenčnega pogoja (kar ima za posledico povečanje kroga potencialnih ponudnikov), pa z vidika ugotavljanja obstoja aktivne legitimacije praviloma ne more biti relevantna, Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju aktivne legitimacije v izpostavljenem delu ni mogoče priznati (smis. prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-255/2016, 018-060/2019, 018-164/2019 in 018-002/2023).

Ob navedenem gre pojasniti, da referenčni pogoj (zahteva), s katerim naročnik omeji sodelovanje gospodarskim subjektom, ni zakonsko obvezen pogoj za sodelovanje, ki bi bil določen v ZJN-3. Gre za fakultativen pogoj, ki ga lahko naročnik določi, če presodi, da je potreben za zagotovitev tehnične sposobnosti gospodarskih subjektov v konkretnem postopku oddaje javnega naročila, in pod pogojem, da ga določi v skladu z določbami ZJN-3. Naročnik se prav tako lahko tudi odloči, da takega pogoja ne bo določil. Zgolj zato, ker je naročnik postavil »širok« referenčni pogoj oziroma ga omilil, kršitve 76. člena ZJN-3 še ni mogoče ugotoviti. Ker omilitev referenčnega pogoja širi konkurenco (in je torej ne oži), omiljevanje pogojev ni v nasprotju z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3), prav tako pa ne predstavlja kršitve načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3). Omiljeni pogoji veljajo za vse gospodarske subjekte na enak način in v enakem obsegu, saj nobenemu izmed njih, tudi vlagatelju, ni treba dokazati drugačne ali več vsebine kot drugim gospodarskim subjektom, njegovim konkurentom.

Vlagatelj smiselno zatrjuje tudi, da naročnik za določitev referenčne zahteve po izvedbi ali izvajanju svetovalnega projekta (izključno) na področju vzgoje in izobraževanja, nima objektivno opravičljivih in strokovno utemeljenih razlogov ter da naročnik s tako določeno vsebino reference ponudnike neupravičeno omejuje in razlikuje med njimi.

Kot je Državna revizijska komisija predhodno že zapisala, so naročniki v postopkih oddaje javnih naročil upravičeni postavljati zahteve, ki imajo za posledico razlikovanje gospodarskih subjektov in omejevanje števila tistih, ki jim priznajo sposobnost za izvedbo javnega naročila, vendar le iz razlogov, ki so neposredno povezani s predmetom javnega naročila in so objektivno opravičljivi.

Pred ugotavljanjem, ali naročnik za omejevanje in razlikovanje med ponudniki na podlagi izpodbijane referenčne zahteve take razloge ima, je potrebno upoštevati, da mora biti naročnik šele v postopku pravnega varstva sposoben upravičiti (zatrjevati in dokazati) razloge za določitev spornih zahtev, pa tudi to šele, če vlagatelj že v zahtevku za revizijo navede in dokaže kaj, kar bi kazalo na to, da naročnik za njihovo določitev takih razlogov ni imel (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-216/2018, 018-041/2021 in 018-180/2021). Zahtevki za revizijo je namreč namenjen zatrjevanju kršitev, ki naj bi jih v postopku oddaje javnega naročila domnevno storil naročnik, v ta namen pa ZPVPJN od vlagatelja zahteva aktivno vlogo pri

navajanju (pravno relevantnih) dejstev in predlaganju (pravno relevantnih) dokazov. 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 potrebno zahteve v zvezi z zatrjevanjem kršitev in dejstev ter njihovega dokazovanja poiskati v Zakonu o pravdnem 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).

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v obravnavanem delu zahtevka za revizijo te dolžnosti ni izpolnil, saj ne zatrjuje nobenih okoliščin, ki bi kazale na to, da naročnik za referenčno zahtevo, v okviru katere je zahteval izvedbo ali izvajanje svetovalnega projekta (izključno) na področju vzgoje in izobraževanja, ki naj bi neupravičeno omejevala konkurenco in ponudnike postavljala v neenak položaj, ni imel objektivno opravičljivih razlogov. Ker je vlagateljeva trditvena (pa tudi dokazna) podlaga v tem delu v celoti izostala, je Državna revizijska komisija, na podlagi prvega odstavka 7. člena ter 212. člena ZPP, v povezavi s 13. členom ZPVPJN, upoštevala pravilo trditveno-dokaznega bremena in na podlagi slednjega vlagateljeve revizijske navedbe o naročnikovi kršitvi ZJN-3 pri oblikovanju obravnavanega pogoja za sodelovanje, tj. pogoja 2, reference ponudnika, kot neutemeljene zavrnila.

b. glede reference kadra – poslovni analitik

Naročnik je v točki *Pogoj 4 Kadrovska usposobljenost* v podpoglavju *Tehnična sposobnost* poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti* v dokumentu *Razpisna dokumentacija* določil:

»Nominirani poslovni analitik, katerega mora gospodarski subjekt zagotavljati ves čas izvedbe predmeta javnega naročila, mora izpolnjevati najmanj naslednje pogoje:

[...]

- je kot poslovni [analitik] (dodala Državna revizijska komisija) [...] deloval pri izvedbi najmanj ene (1) istovrstne storitve, kot je predmet tega javnega naročila. Kot istovrstno bo naročnik štel storitev [...] kjer je gospodarski subjekt za referenčnega naročnika pripravil in izvedel poslovno analizo za potrebe kasnejšega razvoja informacijske rešitve (pri čemer so storitve zajemale najmanj izdelavo pregleda in analize obstoječega stanja, popis in optimizacijo procesov, izdelavo načrta razvoja informacijske rešitve)

[...]«.

V zvezi s to zahtevo je naročnik prejel vprašanje zainteresiranega ponudnika:

»[...]

Prosimo tudi naročnika, da v pogoj 4 - kadrovske usposobljenosti - umakne referenčne zahteve za vse štiri kadre, ker so po našem mnenju nezakonite. Usposobljenih poslovnih analitikov na trgu ni veliko, njihovo delo pa je zelo ozko usmerjeno in osebe s takšnimi referencami je težko najti. Referenca je tako nepovezana s predmetom naročila in njegovimi nalogami, zato menimo, da bi morala biti umaknjena. Enako velja za strokovnjaka za informacijsko varnost, ker je referenca zanj prav tako zelo stroga in nedopustno omejujoča. Menimo, da bi moral naročnik pogoje glede referenc vseh štirih kadrov, torej tudi vodje projekta, sicer v celoti umakniti, saj je

reference predpisal že kot merilo. Tudi sicer bi, če vlagatelj sprejme takšno stanje, več kot zadostovalo že, da se omogoči referenca pri sodelovanju pri primerljivem naročilu. [...]«,

na katerega je dne 12. 1. 2023 ob 10:31 odgovoril:

»[...]

Naročnik vztraja pri referencah kadrov. Slednje so vsebinsko povezane s predmetom naročila (zakon ne zahteva, da mora biti določenih strokovnjakov na trgu veliko, vsak pogoj ali merilo je seveda (in to je njun namen) diskriminatoren do tistega, ki jih ne izpolnjuje, vendar je relevantno to, ali je pogoj (merilo) sorazmeren in povezan s predmetom naročila. Naročnik tako zahteva reference (izkušnje) kadrov kot pogoj, pri čemer pa kot merilo dodatno nagrajuje izkušenejše kadre (navedeno merilo je skladno s točko b) drugega odstavka 84. člena ZJN-3, ki navaja merila: organiziranost, usposobljenost in izkušnost osebja, ki bo izvedlo javno naročilo, saj lahko kakovost osebja bistveno vpliva na raven izvedbe javnega naročila). Naročnik pri tem v okviru meril ne točkuje istih referenc kot za pogoj.

Tako pogoji glede kadrov kot tudi merila izkušnosti so vsebinsko povezani s predmetom naročila kot tudi sorazmerni, zato naročnik dokumentacije v tem delu ne bo spreminjal. [...]«.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je referenčna zahteva, ki jo mora izkazati poslovni analitik, nesorazmerna, nepovezana s predmetom javnega naročila, neupravičeno omejujoča in diskriminatorna. V referenčni zahtevi je naročnik določil, da mora poslovni analitik izkazati, da je v preteklosti že pripravil in izvedel poslovno analizo, ki je zajemala tudi izdelavo načrta razvoja informacijske rešitve. Ker slednja ni predmet naročila in jo naročnik predvideva šele v naslednji, drugi fazi razvoja informacijskega sistema, vlagatelj zatrjuje, da referenčno delo ni niti primerljivo niti istovrstno predmetu javnega naročila in je kot tako popolnoma nepotrebno za izkaz ustrezne usposobljenosti (s tem v zvezi vlagatelj navaja primer vodje elektro del, ki je moral predložiti referenco za objekt, na katerem so se izvedle strojne inštalacije). Vlagatelj navaja tudi, da ponudnik (kader) z referenco dokazuje, da je storitev, podobno predmetu javnega naročila, v preteklosti že uspešno izvedel, izpodbijana referenčna zahteva pa presega to, kar je potrebno za zagotovitev, da bo naročilo izvedel usposobljen in izkušen poslovni analitik. Da poslovni analitik, ki v okviru poslovne analize (še) ni izdelal načrta razvoja informacijske rešitve, ni usposobljen za izdelavo poslovne analize zahtev informacijskih rešitev, po mnenju vlagatelja ni mogoče trditi.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo poudarja, da sam najbolje pozna svoje potrebe in s tem elemente usposobljenosti ključnih kadrov, ki so zanj pomembni ter pojasnjuje, da je pogoj vsebinsko neposredno povezan s predmetom javnega naročila in izkazuje vsebinsko sposobnost izvedbe predmeta javnega naročila. Navaja, da poslovni analitik, ki v okviru analize poslovanja še ni pripravil načrta razvoja informacijskih rešitev, ni usposobljen za izvedbo predmeta javnega naročila, saj vloga poslovnega analitika ni omejena zgolj na ugotavljanje in analiziranje poslovnega problema, pač pa vključuje tudi priporočanje in izvajanje rešitev za ta problem – da bi poslovni analitik to lahko učinkovito storil, mora celovito razumeti problem in različne informacijske rešitve, ki jih je mogoče uvesti, sposoben pa mora biti tudi razviti načrt za izvedbo rešitve. Naročnik pojasnjuje, da se od gospodarskega subjekta v predmetnem javnem naročilu zahtevajo tudi rezultati poslovne analize, ki se nanašajo na popis obstoječih informacijskih storitev ter pregled primerov dobrih praks sorodnih informacijskih sistemov (tj. analiza obstoječih informacijskih sistemov, s sorodnimi informacijskimi rešitvami, ki predstavljajo dobro izhodišče za načrtovanje informacijskega sistema; analiza obstoječih rešitev z vidika analitike; analiza uporabniških izkušenj obstoječih informacijskih sistemov, ki predstavljajo dobro izhodišče za načrtovanje informacijskega sistema) in se sprašuje, kako bi potencialni poslovni analitik lahko opravil vse zgoraj navedene naloge, ne da bi v preteklosti izdelal načrt razvoja informacijske

rešitve in celovito razumel problem in različne informacijske rešitve. Naročnik meni, da poslovni analitik, brez navedenih veščin, ne bo mogel zagotoviti rezultatov, ki jih naročnik potrebuje za izvedbo nadaljnjih faz projekta oz. bi obstajalo visoko tveganje, da poslovna analiza ne bi bila ustrezno pripravljena za izvedbo druge faze projekta, v okviru katere se bo, s pomočjo izdelkov iz prve faze, izvedlo naročilo za načrt razvoja in izgradnje informacijskega sistema. Naročnik zaključuje, da je le takšen poslovni analitik usposobljen pripraviti poslovno analizo, ki bo predstavljala »most« med prvo in drugo fazo projekta.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja pri navedbah iz zahtevka za revizijo in dodaja, da so navedbe naročnika pavšalne, nesmiselne in zavajajoče. Poudarja, da predmet javnega naročila ni niti razvoj zahtev za informacijske rešitve niti izdelava načrta razvoja informacijske rešitve, temveč izdelava poslovne analize zahtev informacijskih rešitev za vodenje in upravljanje vzgojno-izobraževalnih zavodov, kar je nekaj povsem drugega. Vlagatelj še dodaja, da rezultati poslovne analize, ki jih izpostavlja naročnik, v ničemer ne izkazujejo, da bi bil predmet javnega naročila priprava načrta razvoja informacijske rešitve.

Državna revizijska komisija je že večkrat zapisala (prim. npr. odločitve v zadevah št. 018-233/2016, 018-70/2017, 018-83/2017, 018-050/2018 in 018-172/2019), 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. Na podlagi dejstva, da je ponudnik (vsaj) enkrat že uspešno izvedel primerljivo naročilo, je mogoče sklepati, da ima ustrezno znanje, opremo in izkušnje, potrebne za izvedbo javnega naročila. Referenčna dela se morajo nanašati na istovrstna oz. 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. Na kakšen način in v kolikšnem obsegu mora ponudnik izkazovati istovrstnost del, zlasti pa kateri od sodelujočih gospodarskih subjektov v ponudbi, na kakšen način oz. v kakšnem obsegu mora z referencami razpolagati, je v vsakem konkretnem postopku odvisno od naročnika in posamezne opredelitve zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

Kot že navedeno, tako iz drugega odstavka 76. člena ZJN-3 kot tudi iz 8. člena ZJN-3 izhaja, da mora naročnik referenčne zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določiti tako, da so povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila. Sorazmernost ne zahteva zgolj, da morajo biti zahteve oz. pogoji povezani s predmetom javnega naročila in biti objektivno primerni za doseg naročnikovega cilja, ampak tudi, da pogoji ne presegajo tega, kar je razumno nujno za doseg tega cilja, tj. zagotovitev, da bo javno naročilo izvedel usposobljen in izkušen ponudnik.

Naročnik, ki v predmetnem javnem naročilu išče ponudnika, ki bo zanj izdelal poslovno analizo zahtev informacijskih rešitev za vodenje in upravljanje vzgojno-izobraževalnih zavodov, v okviru referenčne zahteve za poslovnega analitika zahteva, da le-ta izkaže, da je v preteklosti že sodeloval pri pripravi in izvedbi poslovne analize za potrebe kasnejšega razvoja informacijske rešitve, ki je vključevala ne le pregled in analizo obstoječega stanja ter popis in optimizacijo procesa, pač pa tudi izdelavo načrta razvoja informacijske rešitve.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v okviru opisa namena predmetnega javnega naročila v dokumentu *Specifikacije za izdelavo poslovne analize* pojasnil, da je razvoj informacijskega sistema razdeljen na tri samostojne in neodvisne faze, in sicer:

- na prvo fazo, v okviru katere se bo izvedla analiza obstoječega stanja, analiza zahtev in pripravila investicijska dokumentacija,
- na drugo fazo, v kateri se bo izdelal načrt razvoja in izgradnje informacijskega sistema in

- na tretjo fazo, v kateri se bo izvedel razvoj, izgradnja in vzdrževanje informacijskega sistema.

V okviru prve faze razvoja informacijskega sistema, ki predstavlja tudi predmet obravnavanega javnega naročila, je naročnik (v istem dokumentu) natančno opredelil, katere poslovne procese mora poslovna analiza zajeti ter kakšni so pričakovani rezultati poslovne analize (analiza obstoječega stanja, analiza zakonodaje, popis obstoječih poslovnih procesov, popis obstoječih informacijskih sistemov, zagotavljanje skladnosti z zakonodajo, direktivami in smernicami, pregled primerov dobrih praks sorodnih informacijskih sistemov, analiza zahtev, priprava investicijske dokumentacije).

Po preučitvi zgoraj navedene vsebine dokumenta *Specifikacije za izdelavo poslovne analize* Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da iz opisa predmeta javnega naročila ne izhaja, da bi predmet javnega naročila obsegal tudi izdelavo načrta razvoja informacijske rešitve. Tudi rezultati poslovne analize, ki se nanašajo na popis obstoječih informacijskih storitev in pregled primerov dobrih praks sorodnih informacijskih sistemov, ki jih v odločitvi o zahtevku za revizijo kot relevantne za presojo povezanosti zahteve s predmetom javnega naročila izpostavlja naročnik, ne zajemajo izdelave načrta razvoja informacijske rešitve, ampak pregled vseh informacijskih storitev, ki se uporabljajo v okolju šol in ministrstva ter pripravo analiz obstoječih informacijskih sistemov, obstoječih rešitev ter uporabniških izkušenj. Ti niso osredotočeni že na pripravo načrta razvoja informacijskega sistema, pač pa (še) na pripravo izhodišč zanj. Državna revizijska komisija dalje ugotavlja, da iz vsebine predstavljenih faz razvoja informacijskega sistema jasno izhaja, da je izdelava načrta razvoja informacijske rešitve predvidena kot druga faza razvoja informacijskega sistema in s tem predmet povsem drugega, bodočega javnega naročila. Ker naročnik od ponudnikov (kadra) zahteva, da v referenčnih poslih izkažejo (tudi) izdelavo načrta razvoja informacijske rešitve, upošteva predhodno ugotovljeno to pomeni, da od njih zahteva izkaz del, ki presegajo (primerljiva) dela iz predmeta tega javnega naročila, vsled te ugotovitve pa Državna revizijska komisija ne more zaključiti, da je naročnikova zahteva, da je v okviru referenčnih del poslovnega analitika izdelan tudi načrt razvoja informacijske rešitve, povezana s predmetom javnega naročila in objektivno nujna za doseg cilja, tj. pridobiti izvajalca, kadrovske sposobnega izdelati poslovno analizo zahtev informacijskih rešitev.

Čeprav Državna revizijska komisija razume željo naročnika, da že v predmetnem javnem naročilu, tj. v prvi fazi razvoja informacijske rešitve, pridobi izvajalca, ki razpolaga s kadrom, ki so mu zahteve in potrebe za izvedbo kasnejše, druge stopnje razvoja informacijske sistema (dobro) poznane (tudi zato, ker bodo rezultati prve faze razvoja informacijske rešitve uporabljeni pri izvedbi druge faze tega razvoja), pa pojasnjuje, da to ne zadošča, da bi naročnik v okviru referenčne zahteve v predmetnem postopku od ponudnika (kadra) lahko zahteval izkaz del, ki v predmetu javnega naročila niso zajeta in ki, upošteva prikazano predvideno postopno izvedbo faz razvoja informacijskega sistema, predstavljajo predmet povsem novega kasnejšega postopka oddaje javnega naročila, ki bo predmetnemu predvidoma še sledil. Naročnik bi se zato moral pri določitvi obravnavane referenčne zahteve omejiti na tista znanja in izkušnje s področja informacijskih sistemov, ki jih bodo strokovnjaki izvajalca dejansko potrebovali pri izvedbi razpisanih storitev v okviru tega javnega naročila.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da izpodbijana referenčna zahteva za poslovnega analitika ni oblikovana skladno z 8. členom in drugim odstavkom 76. člena ZJN-3, saj presega zahteve, potrebne za zagotovitev, da ima ponudnik ustrezne tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, posledično pa naročnik na njeni podlagi neupravičeno neenakopravno obravnava ponudnike (7. člen ZJN-3) in neupravičeno omejuje konkurenco med njimi (5. člen ZJN-3).

c. glede reference kadra – strokovnjak za informacijsko varnost

Naročnik je v točki *Pogoj 4 Kadrovska usposobljenost*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija* določil:

»*Nominirani strokovnjak za informacijsko varnost, katerega mora gospodarski subjekt zagotavljati ves čas izvedbe predmeta javnega naročila, mora izpolnjevati najmanj naslednje pogoje:*

[...]

- *je v obdobju zadnjih petih (5) let pred datumom objave tega naročila (na Portalu javnih naročil) sodeloval pri načrtovanju informacijske rešitve, kjer je pripravljajl usmeritve in izhodišča za organizacijske ukrepe za izpolnitev zahtev iz Splošne uredbe o varstvu osebnih podatkov.*

[...]«.

V zvezi s to zahtevo je naročnik prejel vprašanje zainteresiranega ponudnika, na katerega je odgovoril dne 12. 1. 2023 ob 10:31 (vprašanje in odgovor sta citirana v točki b) obrazložitve tega sklepa), z odgovorom pa v predstavljeno vsebino dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni posegel.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je referenčna zahteva, ki jo mora izkazati strokovnjak za informacijsko varnost, nesorazmerna, nepovezana s predmetom naročila, neupravičeno omejujoča in diskriminatorna. V referenčni zahtevi je naročnik določil, da mora strokovnjak za informacijsko varnost izkazati, da je v preteklosti že sodeloval pri načrtovanju informacijske rešitve, kjer je pripravljajl usmeritve in izhodišča za organizacijske ukrepe za izpolnitev zahtev iz Splošne uredbe o varstvu osebnih podatkov. Ker načrtovanje informacijske rešitve ni predmet konkretnega naročila in ga naročnik predvideva šele v naslednji, drugi fazi razvoja informacijskega sistema, vlagatelj zatrjuje, da referenčno delo ni niti primerljivo niti istovrstno predmetu javnega naročila in je kot tako popolnoma nepotrebno za izkaz ustrezne usposobljenosti. Vlagatelj navaja tudi, da ponudnik (kader) z referenco dokazuje, da je storitev, podobno predmetu javnega naročila, v preteklosti že uspešno izvedel, izpodbijana referenčna zahteva pa presega to, kar je razumno nujno za doseg cilja – zagotovitev, da bo naročilo izvedel usposobljen in izkušen strokovnjak za informacijsko varnost in da ni mogoče trditi, da strokovnjak za informacijsko varnost, ki (še) ni sodeloval pri načrtovanju informacijske rešitve, ni usposobljen za sodelovanje pri izdelavi poslovne analize zahtev informacijskih rešitev.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo poudarja, da sam najbolje pozna svoje potrebe in s tem elemente usposobljenosti ključnih kadrov, ki so zanj pomembni, ter pojasnjuje, da je pogoj vsebinsko neposredno povezan s predmetom javnega naročila in izkazuje vsebinsko sposobnost izvedbe predmeta javnega naročila. Navaja, da strokovnjak za informacijsko varnost, ki še ni sodeloval pri zasnovi informacijske rešitve, ni usposobljen za izvedbo predmeta naročila, saj njegova vloga ni omejena le na prepoznavanje in zmanjševanje varnostnih tveganj, temveč vključuje tudi zagotovilo, da bo rešitev v drugi fazi lahko zasnovana in izvedena tako, da bo izpolnjevala zahteve organizacije glede varnosti in skladnosti. Naročnik navaja, da se v prvi fazi res šele ugotavlja, kakšno je dejansko stanje, vendar pa bodo te ugotovitve ključnega pomena za kasnejšo izvedbo druge faze razvoja informacijskega sistema. Naročnik je mnenja, da strokovnjak za informacijsko varnost, ki še nikoli ni bil vključen v zasnovo informacijske rešitve, nima dovolj tehničnega razumevanja in znanja, potrebnega za prepoznavanje varnostnih tveganj, povezanih s potencialno informacijsko rešitvijo iz druge faze, prav tako ni usposobljen za pripravo smernic in izhodišč za organizacijske ukrepe za izpolnjevanje zahtev Splošne uredbe o varstvu podatkov za namen priprave zahtev za informacijske rešitve za upravljanje in vodenje izobraževalnih ustanov. Vloga strokovnjaka za informacijsko varnost je osredotočena predvsem na prepoznavanje in zmanjševanje varnostnih tveganj, za kasnejšo strokovno podlago za razvoj

in izgradnjo informacijske rešitve, za kar je potrebno celovitejše razumevanje problema, tehnologije, zasnove rešitve in regulativnega okolja. V specifikacijah je zahtevana analiza obstoječih informacijskih sistemov s sorodnimi informacijskimi rešitvami, ki predstavljajo dobro izhodišče za kasnejše načrtovanje informacijskega sistema, vključno z varnostnimi politikami njegovega delovanja. Naročnik zaključuje, da je le takšen strokovnjak za informacijsko varnost usposobljen pripraviti usmeritve in izhodišča za organizacijske ukrepe za izpolnitev zahtev iz Splošne uredbe o varstvu osebnih podatkov, ki bodo predstavljala »most« med prvo in drugo fazo projekta.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja pri navedbah iz zahtevka za revizijo in dodaja, da so navedbe naročnika pavšalne, nesmiselne in zavajajoče. Zatrjuje, da zahteva po izkazovanju reference za storitve, ki niso predmet javnega naročila, ni sorazmerna in povezana s predmetom naročila in kot taka tudi ne izkazuje, da je kader v preteklosti že izvedel storitve, primerljive konkretnemu predmetu. Zaključuje, da naročnik s predmetnim kadrovskim pogojem preverja usposobljenost strokovnjaka za informacijsko varnost za drugo fazo projekta, torej za izvedbo bodočega in ne konkretnega naročila.

Kot je Državna revizijska komisija zapisala že v predhodni točki te obrazložitve, je referenca po svoji naravi dokazilo, da je ponudnik sposoben izvesti javno naročilo, saj z njo dokazuje, da je v preteklosti primerljiva dela že uspešno opravil. Zapisala je tudi, da mora naročnik referenčne zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določiti tako, da so povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila in da ne presegajo tega, kar je razumno nujno za doseg cilja, tj. zagotovitev, da bo javno naročilo izvedel usposobljen in izkušen subjekt.

Naročnik, ki v predmetnem javnem naročilu išče ponudnika, ki bo zanj izdelal poslovno analizo zahtev informacijskih rešitev za vodenje in upravljanje vzgojno-izobraževalnih zavodov, v okviru referenčne zahteve za strokovnjaka za informacijsko varnost zahteva, da le-ta izkaže, da je v preteklosti že sodeloval pri načrtovanju informacijske rešitve, kjer je pripravljal usmeritve in izhodišča za organizacijske ukrepe za izpolnitev zahtev iz Splošne uredbe o varstvu osebnih podatkov.

Kot že navedeno, je naročnik razvoj informacijskega sistema razdelil na tri faze, pri čemer se bo v okviru prve faze izvedla analiza obstoječega stanja, analiza zahtev in pripravila investicijska dokumentacija, v okviru druge faze se bo izdelal načrt razvoja in izgradnje informacijskega sistema, v okviru tretje faze pa se bo informacijski sistem razvil, vzpostavil in vzdrževal. V okviru prve faze razvoja informacijskega sistema, ki predstavlja tudi predmet obravnavanega javnega naročila, je naročnik natančno opredelil, katere poslovne procese mora poslovna analiza zajeti ter kakšni so pričakovani rezultati poslovne analize.

Po preučitvi zgoraj navedene vsebine dokumenta *Specifikacije za izdelavo poslovne analize* Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da iz opisa predmeta javnega naročila ne izhaja, da bi predmet javnega naročila obsegal tudi načrtovanje informacijske rešitve. Tudi rezultati poslovne analize, ki se nanašajo na pregled primerov dobrih praks sorodnih informacijskih sistemov in znotraj njega predvidena analiza obstoječega informacijskega sistema, ki jo v odločitvi o zahtevku za revizijo kot relevantno za presojo povezanosti zahteve s predmetom javnega naročila izpostavlja naročnik, ne zajemajo (že) načrtovanja informacijske rešitve, ampak zgolj pregled obstoječih in sorodnih informacijskih rešitev (tudi varnostnih politik). Ti niso osredotočeni že na načrtovanje informacijske rešitve, pač pa (še) na pripravo izhodišč zanjo – to potrjuje tudi naročnik z navedbo iz odločitve o zahtevku za revizijo, da se v prvi fazi razvoja informacijskega sistema še ugotavlja, kakšno je dejansko stanje na relevantnem področju. Državna revizijska komisija dalje ugotavlja, da iz vsebine predstavljenih faz razvoja informacijskega sistema jasno izhaja, da je izdelava načrta razvoja informacijske rešitve predvidena kot druga faza razvoja

informacijskega sistema in s tem predmet povsem drugega, bodočega javnega naročila. Ker naročnik od ponudnikov (kadra) zahteva, da v referenčnih poslih izkažejo sodelovanje pri načrtovanju informacijske rešitve, upošteva predhodno ugotovljeno to pomeni, da od njih zahteva izkaz del, ki presegajo (primerljiva) dela iz predmeta tega javnega naročila, vsled te ugotovitve pa Državna revizijska komisija ne more zaključiti, da je naročnikova zahteva, da je v okviru referenčnih del potrebno izkazati sodelovanje pri načrtovanju informacijske rešitve, povezana s predmetom javnega naročila in objektivno nujna za doseg cilja, tj. pridobiti izvajalca, kadrovskega sposobnega izdelati poslovno analizo zahtev informacijskih rešitev.

Čeprav tudi v tem primeru Državna revizijska komisija razume željo naročnika, da že v predmetnem javnem naročilu, tj. v prvi fazi razvoja informacijske rešitve, pridobi izvajalca, ki razpolaga s kadrom, ki je v okviru načrtovanja informacijskega sistema že pripravljal usmeritve in izhodišča za potrebne organizacijske ukrepe za izpolnitev zahtev relevantne zakonodaje, zaradi česar so mu zahteve in potrebe za izvedbo kasnejše, druge stopnje razvoja informacijskega sistema (dobro) poznane (tudi zato, ker bodo rezultati prve faze razvoja informacijske rešitve uporabljeni pri izvedbi druge faze tega razvoja), pa pojasnjuje, da to ne zadošča, da bi naročnik v okviru referenčne zahteve v predmetnem postopku od ponudnika (kadra) lahko zahteval izkaz del, ki v predmetu javnega naročila niso zajeta in ki, upošteva prikazano predvideno postopno izvedbo faz razvoja informacijskega sistema, predstavljajo predmet povsem novega kasnejšega postopka oddaje javnega naročila, ki bo predmetnemu predvidoma šele sledil. Kot je bilo že zapisano, bi se moral naročnik pri določitvi obravnavane referenčne zahteve omejiti na tista znanja in izkušnje s področja informacijskih sistemov, ki jih bodo strokovnjaki izvajalca dejansko potrebovali pri izvedbi razpisanih storitev v okviru tega javnega naročila.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da izpodbijana referenčna zahteva za strokovnjaka za informacijsko varnost ni oblikovana skladno z 8. členom in drugim odstavkom 76. člena ZJN-3, saj presega zahteve, potrebne za zagotovitev, da ima ponudnik ustrezne tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, posledično pa naročnik na njeni podlagi neupravičeno neenakopravno obravnava ponudnike (7. člen ZJN-3) in neupravičeno omejuje konkurenco med njimi (5. člen ZJN-3).

d. glede referenčnih zahtev in merila

Naročnik je v točki *Pogoj 4 Kadrovska usposobljenost*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija* določil, da mora gospodarski subjekt, ki nastopa v ponudbi, razpolagati z najmanj:

- enim vodjem projekta,
- dvema poslovnima analitikoma,
- enim strokovnjakom za informacijsko varnost.

Za vsakega od njih je določil eno referenčno zahtevo in v izkaz njenega izpolnjevanja zahteval predložitev obrazca *Izjava o kadrovske usposobljenosti gospodarskega subjekta* in obrazca *Potrdilo o dobro opravljenem delu*.

V poglavju *Merila* v dokumentu *Razpisna dokumentacija* je naročnik določil, da bo izbira ponudb potekala po kriteriju ekonomsko najugodnejše ponudbe, pri čemer je kot *Merilo 1* določil »Najnižja ponudbena cena v EUR brez DDV za celoten obseg javnega naročila (max. 60 točk)«, kot *Merilo 2* pa je določil »Organiziranost, usposobljenost in izkušnost osebja (max. 40 točk)«. V zvezi s slednjim merilom je naročnik zapisal:

»Ponudnik, ki bo v okviru ponudbe nominiral kadre, ki bodo izkazovali dodatno organiziranost, usposobljenost in izkušnost, bo v okviru predmetnega merila prejel dodatne točke.

Ponudnik, ki bo v ponudbi nominiral kader, ki bo razpolagal z več kot (1) zahtevano referenco za posamezen kader, kot je zahtevano v pogoju 4 »Kadrovska usposobljenost«, bo za vsako tako referenco za posamezen kader dobil dodatnih deset (10) točk, vendar skupaj za posamezen kader ne več kot dvajset (20) točk, skupaj za dodatne reference vseh kadrov pa ne več kot štirideset (40) točk.

Ponudnik Merilo 2 izkazuje s predložitvijo dokazil, kot se zahtevajo v pogoju 4 »Kadrovska usposobljenost« [...]».

V zvezi s to zahtevo je naročnik prejel vprašanje zainteresiranega ponudnika, na katerega je odgovoril dne 12. 1. 2023 ob 10:31 (vprašanje in odgovor sta citirana v točki b) obrazložitve tega sklepa), z odgovorom pa v predstavljeni vsebino dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni posegel.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo, po uvodnem povzemanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ter 77. člena ZJN-3, zatrjuje, da naročnik v okviru pogojev za sodelovanje zahteva izkazovanje istih tehničnih usposobljenosti in ista dokazila, kot jih zahteva v okviru merila. Zatrjuje, da tako oblikovana dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ni skladna s točko f) osmega odstavka 77. člena ZJN-3, iz katere jasno izhaja, da se lahko tehnične sposobnosti gospodarskega subjekta izkažejo z dokazilom o izobrazbi in strokovni usposobljenosti izvajalca storitev samo pod pogojem, da ne štejejo kot merilo za oddajo javnega naročila. Naročnik bi v okviru tega pogoja navedene reference kadra in dokazila lahko zahteval samo, če ne bi iste vsebine reference in dokazila navedel kot merila za oddajo naročila.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo odgovarja, da ni mogoče ugotoviti nezakonitosti merila za oddajo javnega naročila iz razloga, ker je naročnik identične referenčne zahteve določil tudi kot pogoj za sodelovanje (s tem v zvezi se sklicuje na odločitvi Državne revizijske komisije v zadevah št. 018-216/2018 in 018-113/2020). Poudarja, da kot pogoj za sodelovanje zahteva, da priglašeni kader izkaže izvedbo enega referenčnega posla v okviru posamezne referenčne zahteve, medtem ko v okviru merila za oddajo javnega naročila tega referenčnega posla (s katerim ponudniki izkazujejo izpolnjevanje pogoja za sodelovanje) ne točkuje, pač pa točkuje zgolj dodatne referenčne posle kadra. Naročnik tako reference kadrov zahteva kot pogoj, pri čemer pa kot merilo dodatno nagraduje izkušenejše kadre, kar je skladno s točko b) drugega odstavka 84. člena ZJN-3.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika dodaja, da naročnik napačno povzema njegove trditve, saj vlagatelj ne izpodbija zakonitosti merila za oddajo javnega naročila, pač pa zatrjuje nezakonitost predmetnega pogoja kadrovske usposobljenosti, ki je oblikovan v nasprotju z določbo točke f) osmega odstavka 77. člena ZJN-3. Naročnik zahteva izkazovanje istih tehničnih usposobljenosti, kot jih zahteva v okviru merila za oddajo naročila, torej predložitev iste vsebine reference kadra kot v okviru meril za oddajo javnega naročila in predložitev istih dokazil, kar je v izpostavljeni določbi eksplicitno prepovedano.

Vlagatelj naročniku očita, da pogoja glede kadrovske usposobljenosti ni oblikoval v skladu z ZJN-3, saj je isto referenčno zahtevo in ista dokazila določil kot merilo in kot pogoj za sodelovanje, kar je skladno s točko f) osmega odstavka 77. člena ZJN-3 izrecno prepovedano.

Kot bo razvidno iz nadaljevanja, vlagatelj z očitki v tem delu ne more uspeti. Iz točke f) osmega odstavka 77. člena ZJN-3 izhaja, da lahko gospodarski subjekti tehnične sposobnosti, ki jih naročnik preverja v skladu s 76. členom ZJN-3, izkažejo z dokazilom o izobrazbi in strokovni usposobljenosti izvajalca storitev ali gradenj ali vodstvenih delavcev podjetja, pod pogojem, da

ne štejejo kot merilo za oddajo javnega naročila. Navedene določbe ni mogoče razlagati na način, da je v nasprotju z ZJN-3, kadar naročnik, ki kot pogoj za sodelovanje, ki predstavlja prag za uvrstitev ponudbe v nadaljnji postopek (prim. deseti odstavek 76. člena ZJN-3), od ponudnikov zahteva, da za priglašen kader izkažejo izvedbo referenčnega posla, skladnega s posamezno referenčno zahtevo, hkrati (pod pogoji iz ZJN-3) pa določi, da bo druge (dodatne) referenčne posle, priglašene na podlagi te iste referenčne zahteve, upošteval v okviru meril, na podlagi katerih ima ponudnik možnost pridobiti dodatne točke v okviru ocenjevanja ponudb (prim. točko b) drugega odstavka 84. člena ZJN-3). V takem primeru naročnik pri presoji izpolnjevanja referenčnega pogoja upošteva določeno število referenčnih poslov, pri ocenjevanju ponudbe v okviru meril pa le še tiste referenčne posle, priglašene na podlagi iste referenčne zahteve, ki so presežni glede na število referenčnih poslov, zahtevanih v pogoju za sodelovanje.

Na opisan način je ravnal tudi naročnik v obravnavanem primeru - za vsakega od priglašenihih kadrov je namreč določil, da morajo izkazati (vsaj) en referenčni posel, skladen z referenčno zahtevo, ki bo služil za presajo ponudnikovega izpolnjevanja pogoja za sodelovanje, v nadaljevanju pa je v okviru merila določil, da bo z dodatnimi točkami nagradil tistega ponudnika, ki bo priglasil kader, ki izkazuje dodatno usposobljenost in izkušnost in ki torej razpolaga z več kot enim referenčnim poslom, skladnim z referenčno zahtevo.

Upoštevanje navedeno je Državna revizijska komisija vlagateljve očitke o naročnikovi kršitvi ZJN-3 pri oblikovanju referenčnih zahtev, ki so bile hkrati določene kot pogoj za sodelovanje in kot merilo, kot neutemeljene zavrnila.

e. glede reference kadra – zahtevana izobrazba

Naročnik je v točki *Pogoj 4 Kadrovska usposobljenost*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija* določil, da mora gospodarski subjekt, ki nastopa v ponudbi, razpolagati z najmanj:

- enim vodjem projekta,
- dvema poslovnima analitikoma,
- enim strokovnjakom za informacijsko varnost.

Za vsakega od njih je določil, da mora imeti »*najmanj VIII. raven izobrazbe, kar pomeni univerzitetno izobrazbo (prejšnja) ali magistrsko izobrazbo (druga bolonjska stopnja)*«.

V zvezi s to zahtevo je naročnik prejel vprašanje zainteresiranega ponudnika:

»[...]

Naročnika pozivamo tudi, da zniža ali umakne zahtevo po tem, da morajo imeti vsi štirje zahtevani kadri (POGOJ 4 - Kadrovska usposobljenost) 8. raven dosežene izobrazbe. Večina kadrov na področju IT nima formalne izobrazbe, pa so vseeno strokovnjaki, ki znajo izvajati projekte. Naročnik s tem ponovno nezakonito omejuje konkurenco, brez da bi bila zahteva objektivno potrebna za izvedbo naročila.

[...]

na katerega je dne 12. 1. 2023 ob 10:31 odgovoril:

»[...]

Glede ravni izobrazbe ključnih strokovnjakov naročnik vztraja pri zahtevi. Analiza je ključni del procesa v razvoju IS, zato naročnik zahteva ustrezno izobražene kadre, pri čemer je formalna izobrazba zgolj ena izmed zahtev (poleg izkušenj, referenc in ostalih zahtev).

[...]

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik s tem, ko je določil le zahtevano raven izobrazbe, ne pa tudi njene smeri, krši načelo sorazmernosti. Izpodbijana zahteva omogoča, da dopustno ponudbo odda ponudnik, ki ima na voljo kader z VIII. ravno izobrazbe, čeprav so to raven izobrazbe pridobili za smer, ki ni v ničemer povezana z izvajanjem aktivnosti v okviru predmeta javnega naročila. Za dobro izvajanje storitev računalniškemu strokovnjaku ni nujno potrebna formalna izobrazba ustrezne smeri, temveč so bistvene njegove izkušnje s področja dela, zaradi same ravni izobrazbe pa predmet javnega naročila ne bo izveden bolj kakovostno. V postopku pravnega varstva preteklega postopka oddaje javnega naročila, v katerem je naročnik tudi naročal izdelavo poslovne analize, je Državna revizijska komisija že ugotovila, da naročnikova zahteva glede stopnje izobrazbe, brez določitve smeri izobrazbe, ni povezana s predmetom javnega naročila (odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-057/2022). Državna revizijska komisija je v napotkih naročniku naložila, naj v morebitnem novem postopku dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ustrezno spremeni. Naročnik temu ni sledil, neupoštevanje, neizvršitev ali ravnanje v nasprotju z odločitvijo Državne revizijske komisije pa je prekršek.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo poudarja, da sam najbolje pozna svoje potrebe in s tem elemente usposobljenosti ključnih kadrov, ki so zanj pomembni, ter pojasnjuje, da je pogoj vsebinsko neposredno povezan s predmetom javnega naročila in izkazuje vsebinsko sposobnost izvedbe predmeta javnega naročila. Naročnik je prepričan, da je univerzitetna izobrazba tista, ki določa največjo ustvarjalnost in individualnost osebja, potrebnega za izvedbo predmetnega naročila. Pojasnjuje, da se neuniverzitetno izobraževanje osredotoča na pomnjenje dejstev in osnovnih pojmov, medtem ko univerzitetno izobraževanje razvija kritične in individualne miselne sposobnosti študentov; zagotavlja potrebne veščine kritičnega razmišljanja in reševanja problemov, oblikovanja mnenj in zagovarjanja svojih argumentov; omogoča večjo ustvarjalnost in individualnost pri reševanju konkretnih problemov; potrebne veščine raziskovanja in proučevanja za zbiranje in analiziranje podatkov in informacij, kar je bistveno za razvoj natančnih in zanesljivih zahtev informacijskih rešitev. Način ustvarjalnega in individualnega razmišljanja univerzitetnega študenta praviloma ni ozko omejen na določeno stroko, za katero se je izobraževal, ampak je način razmišljanja, ki se uporablja tudi na drugih področjih. Naročnik navaja, da se mu omejitev stopnje izobrazbe na določeno študijsko področje ni zdela potrebna, saj bi s tem po nepotrebnem izključil izjemne kadre, ki po izobrazbi morda niso računalničarji, so pa diplomirali iz kemije, prava, fizike, filozofije itd.. Naročnik še dodaja, da se zahteva po izobrazbi dopolnjuje z zahtevo po delovnih izkušnjah in ustreznem strokovnem certifikatu, ki posamezniku zagotavljajo specifično znanje in spretnosti, potrebne za praktično izvedbo projekta.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja pri navedbah iz zahtevka za revizijo in dodaja, da so navedbe naročnika pavšalne, nesmiselne in očitno pretirane. Naročnikovo pojasnjevanje, zakaj naj bi univerzitetno izobraževanje omogočalo večjo ustvarjalnost in individualnost pri reševanju konkretnih problemov, označuje za neposrečeno in zatrjuje, da naročnik s svojimi, sicer absurdnimi argumenti, ne izkaže povezanosti zahtevane VIII. ravni izobrazbe s predmetom konkretnega javnega naročila. Vlagatelj še meni, da z zatrjevanim kombiniranjem zahtev glede izobrazbe in certifikatov kadra naročnik sam posredno priznava, da je zahtevana raven izobrazbe brez zahtevane smeri nesorazmerna in nepovezana s predmetom naročila.

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da ima naročnik, upošteva, da lahko tehnično sposobnost gospodarskih subjektov preveri z dokazilom o izobrazbi in strokovni usposobljenosti izvajalca storitev ali gradenj ali vodstvenih delavcev podjetja (prim. prvi odstavek 76. člena ZJN-3, deseti odstavek 76. člena ZJN-3 in točka f) osmega odstavka 77. člena ZJN-3), v ZJN-3 podlago za zahtevo, da ima kader ponudnika, ki bo izvedel javno naročilo, določeno stopnjo izobrazbe. Da naročnik zakonske podlage za določitev sporne zahteve ne bi imel, vlagatelj ne

zatrjuje, vendar pa meni, da taka zahteva ni povezana in sorazmerna s predmetom javnega naročila.

Upošteva, da je naročnik v konkretnem primeru zahteval, da ima priglašen kader VIII. raven izobrazbe, ne da bi pri tem določil tudi smer izobrazbe, Državna revizijska komisija ugotavlja, (tako kot že v odločitvi v zadevi št. 018-057/2022, na katero se sklicuje tudi vlagatelj), da tako določena zahteva že sama po sebi ni povezana s predmetom javnega naročila. Čeprav ni dvoma, da kadri v okviru formalnega izobraževanja pridobijo določena praktična in teoretična znanja, naročniku sama zahteva, da pri izvedbi javnega naročila sodeluje kader, ki ima višjo raven izobrazbe, brez ustrezne smeri, v ničemer ne zagotavlja, da je kader, ki bo sodeloval pri izvedbi predmeta javnega naročila, tudi bolj usposobljen za izvedbo predmeta javnega naročila.

Ugotovljenega ne spremeni naročnikovo obširno pojasnjevanje razlike med znanji, veščinami in spretnostmi, domnevno pridobljenimi v univerzitetnem oz. neuniverzitetnem izobraževanju, v okviru katerega pojasnjuje, zakaj bi v konkretnem primeru že doseganje zgolj VIII. ravni izobrazbe zadoščalo za zagotovitev, da bi pridobil ponudnika, ki razpolaga z usposobljenim in izkušenim kadrom, pa tudi ne njegovo zatrjevanje, da obstajajo posamezniki, ki so strokovno uspešni na povsem drugem področju, kot tistem, v zvezi s katerim so pridobili formalno (univerzitetno) izobrazbo, saj s temi navedbami ne more izkazati povezanosti zahteve s predmetom javnega naročila. Ne gre pa prezreti niti dejstva, da je naročnik za določen kader neupravičeno preobsežno določil vsebinsko področje referenčne zahteve (kot ugotovljeno v predhodni obrazložitvi tega sklepa), po drugi strani pa se zadovolji s katerokoli smerjo izobrazbe VIII. ravni, četudi ta ni v ničemer vsebinsko in smiselno povezana s predmetom javnega naročila.

Naročnik tudi ne more uspeti z navedbami o tem, da zahteve po določeni ravni izobrazbe ni vezal izključno na določeno strokovno področje zato, ker je prepričan, da je univerzitetna izobrazba tista, ki hkrati z zahtevo po predložitvi strokovnih certifikatov predstavlja zanj »najučinkovitejšo« kombinacijo za zagotovitev, da bo pri izvedbi predmeta javnega naročila sodeloval usposobljen kader. Ravno obratno - njegovo sklicevanje na potreben izkaz »strokovne usmeritve« pri praktičnem izvajanju predmeta javnega naročila s predložitvijo certifikatov, vezanih na področje posameznega kadra (poleg zahteve po VIII. ravni izobrazbe), v konkretnem primeru dodatno kaže na to, da zahteva po določeni ravni izobrazbe, sama po sebi, naročniku ne zagotavlja, da bo pri izvedbi predmeta javnega naročila sodeloval usposobljen in izkušen kader.

Upošteva navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj v tem delu zahtevka za revizijo izkazal, da je zahteva, vezana na raven pridobljene izobrazbe, ne da bi naročnik pri tem opredelil smer izobrazbe, oblikovana v nasprotju z načelom sorazmernosti (8. člen ZJN-3).

V zaključku obravnave tega očitka Državna revizijska komisija pripominja, da bo vlagateljeve navedbe v zvezi z naročnikovim domnevnim nespoštovanjem njenih napotkov iz odločitve v zadevi št. 018-059/2022 obravnavala v okviru pristojnosti, ki jih ima kot prekrškovni organ v skladu s 109. členom ZJN-3.

f. glede reference kadra – datum pridobitve certifikata

Naročnik je v točki *Pogoj 4 Kadrovska usposobljenost*, v podpoglavju *Tehnična sposobnost*, poglavja *Pogoji za priznanje usposobljenosti*, v dokumentu *Razpisna dokumentacija* določil, da mora gospodarski subjekt, ki nastopa v ponudbi, razpolagati z najmanj:

- enim vodjem projekta,
- dvema poslovnima analitikoma,
- enim strokovnjakom za informacijsko varnost.

Za vsakega od njih je določil, da mora imeti mednarodno priznan veljavni certifikat s področja, ki ga bo izvajal v predmetnem javnem naročilu in »da bo priznal vsakega od navedenih certifikatov, če jih prijavljeni kader pridobi do dne, ko je bilo obvestilo o javnem naročilu objavljeno na portalu javnih naročil [...]«.

V zvezi s to zahtevo je naročnik prejel vprašanje zainteresiranega ponudnika:

»[...]

Zanima nas tudi, ali so zahteve glede certifikatov vodje projekta, poslovnih analitikov in strokovnjaka za informacijsko varnost, kot so navedene v pogoju 4 - kadrovski usposobljenosti -, končne? Ne bi želeli priti v situacijo, ko bi zaradi prepozne pridobitve certifikata slednjega ne mogli uveljavljati in ne oddati ponudbe. Naročnik naj nezakonitost odpravi in omogoči, da se certifikat predloži šele po podpisu pogodbe, sicer pa v fazi preverjanja ponudbe ali vsaj do roka za oddajo ponudb.

[...]«,

na katerega je dne 12. 1. 2023 ob 10:31 odgovoril:

»[...]

Naročnik vztraja pri pogojih posameznih kadrov glede na zahteve certifikatov. Slednji izkazujejo poznavanje področja, ki ga pokrivajo (npr. vodja projekta mora tudi formalno obvladati projektno vodenje in mora to izkazati že v času oddaje ponudbe, ne šele v primeru podpisa pogodbe - enako se v prejšnji točki pojasnila tudi stopnja oz. raven izobrazbe zahteva v trenutku oddaje ponudbe in ne, da se bodo kadri v primeru podpisa pogodbe šele vpisali na fakulteto).

[...]«.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik neupravičeno zahteva, da kadri pridobijo zahtevane certifikate že ob objavi obvestila o predmetnem javnem naročilu in ne šele do trenutka poteka roka za prejem ponudb in da s tem neupravičeno omejuje konkurenco med ponudniki v korist tistih, katerih kader z zahtevanimi certifikati že razpolaga, ostalim pa onemogoča, da bi ga do roka za prejem ponudb pridobili. Lahko se namreč zgodi, da kader certifikat pridobi (še) v obdobju med objavo obvestila o javnem naročilu in rokom za prejem ponudb ali pa da takrat šele zaprosi za njegovo izdajo. Vlagatelj zatrjuje, da je ZJN-3 v 89. členu že sam opredelil, da mora ponudnik izkazati izpolnjevanje naročnikovega pogoja do poteka roka za prejem ponudb. Dalje vlagatelj zatrjuje, da je naročnik z objavo odgovora na Portalu javnih naročil dne 12. 1. 2023 povzročil, da zahteva glede trenutka pridobitve zahtevanih certifikatov ni jasna in nedvoumna, saj v nasprotju s tem, kar izhaja iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, v odgovoru kot relevanten trenutek omenja čas oddaje ponudbe. Zaradi nastale dvoumnosti ni mogoče enoznačno ugotoviti, kateri trenutek je relevanten za presojo izpolnjevanja naročnikove zahteve.

Naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo poudarja, da je namen certifikatov potrditev trajne strokovnosti določenega kadra v določenem obdobju in da je zahteva po pridobitvi certifikatov pred datumom objave obvestila o javnem naročilu utemeljena in sorazmerna s predmetom javnega naročila. Ker vsi certifikati niso take narave, da jih je mogoče dobiti npr. v enem tednu, vlagateljeve navedbe o »hitri« pridobitvi certifikatov niso utemeljene. Naročnik je tudi mnenja, da bi v primeru, da bi bila s to zahtevo konkurenca res omejena, na to opozoril še kateri od drugih potencialnih ponudnikov. V zaključku še navaja, da je že z odgovorom na Portalu javnih naročil dopustil, da ponudniki zahtevo glede certifikatov izkažejo v trenutku oddaje ponudbe in ne nujno na dan objave obvestila o javnem naročilu.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika vztraja pri navedbah iz zahtevka za revizijo in dodaja, da se naročnik ni opredelil do njegovih navedb, da že sam ZJN-3 določa, do katerega trenutka

morajo ponudniki izkazati izpolnjevanje naročnikovih zahtev, pa tudi ne do njegovih navedb o nejasnosti in dvomnosti dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v izpodbijanem delu. Zaključuje, da naročnik ni utemeljil, da je zahteva glede pridobitve certifikatov pred objavo obvestila o javnem naročilu utemeljena ali sorazmerna s predmetom javnega naročila.

Državna revizijska komisija je najprej obravnavala navedbe vlagatelja, da naročnik zahteve glede trenutka pridobitve certifikatov ni določil jasno in nedvoumno.

Državna revizijska komisija je že večkrat poudarila, da mora naročnik pri določitvi zahtev ravnati pregledno. Načelo transparentnosti (6. člen ZJN-3) med drugim zahteva tudi, da so vse zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določene jasno, natančno, in nedvoumno oz. tako, da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki razumejo njihov natančen obseg in jih razlagajo enako ter da lahko naročnik učinkovito preizkusi, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo njegovim zahtevam (prim. npr. sodbo Sodišča ES št. C-368/10, točka 109). Namen zahteve po vnaprejšnji jasni, natančni in nedvoumni določitvi zahtev v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila je preprečiti naročnikovo subjektivno ocenjevanje in vrednotenje ponudb ter zagotoviti, da se ponudniki vnaprej seznanijo z okoliščinami, ki bodo vplivale na oddajo javnega naročila. Le tako lahko ponudniki pripravijo dopustno ponudbo, ki jo bo mogoče primerjati s ponudbami drugih ponudnikov.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da mora v ponudbi ponudnika priglašen kader zahtevan(e) certifikat(e) pridobiti do dne, ko je bilo obvestilo o javnem naročilu objavljeno na Portalu javnih naročil. Tako določena zahteva je bila (sprva) jasna, kar pa se je spremenilo, ko je naročnik objavil odgovor na Portalu javnih naročil. Čeprav naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo navaja, da je z odgovorom na Portalu javnih naročil dopustil, da ponudniki izpodbijano zahtevo izkažejo ob oddaji ponudbe, Državna revizijska komisija ugotavlja, da to iz odgovora nedvoumno ne izhaja. Pregled naročnikovega odgovora namreč pokaže dvoje. Naročnik je v odgovoru najprej navedel, da *»vztraja pri pogojih posameznih kadrov glede na zahteve certifikatov«*, česar po presoji Državne revizijske komisije ni mogoče razumeti drugače, kot da v nespremenjeni vsebini potrjuje vse, s certifikati povezane zahteve v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila in od njih ne odstopa, tj. da zahteva, da je kader zahtevane certifikate pridobil do trenutka objave obvestila o predmetnem javnem naročilu. Dalje je naročnik, ob navajanju primera vodje projekta, pojasnjeval, da mora kader razpolaganje z znanjem relevantnega področja izkazati *»že v času oddaje ponudbe, ne šele v primeru podpisa pogodbe«*, nato pa je zahtevo glede certifikatov primerjal še z zahtevo glede dosežene ravni izobrazbe, iz česar izhaja, da kot relevanten za presojo izpolnjevanja svoje zahteve izpostavlja trenutek oddaje ponudbe. Ker je odgovor glede relevantnega trenutka pridobitve certifikatov nejasen, Državna revizijska komisija ne more slediti naročniku, da je z njim dopustil, da kadri razpolaganje s certifikati izkažejo v času oddaje ponudbe, sledi pa vlagatelju, da je s tem (nejasnim) odgovorom naročnik povzročil, da tudi zahteva glede trenutka, do katerega morajo kadri pridobiti zahtevane certifikate, ni več jasna in nedvoumna.

Ker naročnik pri določitvi zahteve glede trenutka, do katerega mora kader ponudnika pridobiti zahtevane certifikate, ni ravnal pregledno, saj zahteve ni določil jasno, natančno in nedvoumno, je naročnik kršil načelo transparentnosti (6. člen ZJN-3), pa tudi načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3). Upošteva, da je Državna revizijska komisija ugotovila, da naročnik obravnavane zahteve ni določil že v skladu z načelom preglednosti in ostalimi prej navedenimi načeli, v nadaljevanju vsebinsko ni presojala navedb vlagatelja (in s tem povezanih navedb naročnika), da obravnavane zahteve ni določil tudi skladno z načelom sorazmernosti.

4. zaključek

V povzetku zapisanega Državna revizijska komisija zaključuje, da je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel izkazati, da so posamezne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila oblikovane v nasprotju z določbami ZJN-3, zato je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila.

Ker je v konkretnem primeru rok za prejem ponudb že potekel, ugotovljene kršitve pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni mogoče sanirati z milejšim ukrepom (tj. z delno razveljavitvijo postopka), zato je Državna revizijska komisija postopek oddaje javnega naročila razveljavila v celoti.

V skladu s tretjim odstavkom 39. člena ZPVPJN daje Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka. Ker je Državna revizijska komisija razveljavila celoten postopek oddaje javnega naročila, naročnika napotuje, naj v primeru, če se bo odločil izvesti nov postopek oddaje javnega naročila, pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ravna v skladu z ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja, pri tem pa naj upošteva tudi ugotovitve Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa.

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

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

Ker je Državna revizijska komisija vlagateljevemu zahtevku za revizijo delno ugodila, je vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/15; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek dolžne vplačane takse za revizijski zahtevek v višini 2.000,00 EUR,
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 1.300 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22 % DDV znaša 951,60 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku po tretjem odstavku 11. člena OT v višini 23 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke in 22% DDV znaša 16,84 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala razlike do priglašениh stroškov odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo (200 točk) in priglašениh izdatkov v pavšalnem znesku po 11. členu OT (2 točki), saj glede na ocenjeno vrednost javnega naročila, kot jo je v Sklepu o začetku postopka določil naročnik, za njihovo priznanje ni pravne podlage. Državna revizijska komisija vlagatelju tudi ni priznala priglašениh stroškov za sestavo vloge, s katero se je opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo, ter s tem povezanih priglašениh izdatkov v pavšalnem znesku po 11. členu OT in DDV (vloga z dne 27. 1. 2023), saj ti 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 vlagatelja v tej vlogi niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je vlagatelju kot potrebne stroške priznala stroške v višini 2.968,44 EUR, vendar, ker je vlagatelj z zahtevkom za revizijo le delno uspel, je Državna revizijska komisija odločila, da se vlagatelju, v skladu z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na postavljeni zahtevek ocenjuje na 2/3 (vlagatelj je uspel z očitki zoper štiri od šestih izpodbijanih zahtev), povrne le 2/3 potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva (drugi odstavek 154. člen ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 1.978,96 EUR, ki mu jih je naročnik dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

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

Pravni pouk:

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednik senata:
Andraž Žvan, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- vlagatelj – po pooblaščenca,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve.