

Številka: 018-024/2023-17

Datum: 19. 4. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/11 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu mag. Zlate Jerman, kot predsednice senata ter Igorja Luzarja in Andraža Žvana, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Projektiranje večstanovanjskih stavb Kranj ob Savi - faza idejne zasnove, IZP (DPP), IDP, DGD in PZI*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Jereb in Budja arhitekti, projektiranje d.o.o., Gregorčičeva ulica 17, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Potočnik in Prebil o.p., d.o.o., Ajdovščina 4, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Stanovanjski sklad Republike Slovenije, javni sklad, Poljanska cesta 31, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 19. 4. 2023

odločila:

1. Zahtevk za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.
3. Zahteva izbranega ponudnika za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu je bilo dne 21. 11. 2022 objavljeno na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN007824/2022-B01 in dne 22. 11. 2022 v Uradnem listu Evropske unije, pod št. objave 2022/S 225-649234.

Naročnik je dne 31. 1. 2023 sprejel in istega dne na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN007824/2022-ODL01, objavil *Odločitev o izidu javnega naročila* (v nadaljevanju: odločitev o oddaji naročila), iz katere izhaja, da je predmetno naročilo dodelil ponudniku Arhitekti Počivašek Petranovič d.o.o., Orožnova ulica 1, Celje (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), ki je oddal ekonomsko najugodnejšo dopustno ponudbo. Ponudbo vlagatelja je kot nedopustno zavrnil, ker je ugotovil, da je zanj oz. za njegovega partnerja, Arhitekti Dobrin, d.o.o., Ljubljana (v nadaljevanju: partner vlagatelja), podan izključitveni razlog iz točke *B.2 Razlogi, povezani s plačilom davkov ali prispevkov za socialno varnost* poglavja 7. *Preverjanje sposobnosti* v dokumentu *Navodila ponudnikom* (v nadaljevanju: točka 7.B.2 Navodil ponudnikom). Naročnik je

v izpodbijani odločitvi navedel, da je pri preverjanju v evidenci e-Dosje ugotovil, da ima partner vlagatelja na dan oddaje ponudbe, tj. dne 19. 12. 2022, ki je hkrati tudi rok za oddajo ponudbe, več kot 50 evrov zapadlih, neplačanih obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti, enako pa je izhajalo tudi iz dokumentov vlagatelja, predloženih v dopolnitvi ponudbe, v okviru katere je naročnik vlagatelju, skladno z odločitvijo Državne revizijske komisije v zadevi 018-125/2022, omogočil t.i. popravni mehanizem. Obstoj zapadlih, neplačanih obveznosti na dan oddaje ponudbe je na podlagi poizvedbe naročnika potrdil tudi pristojni urad Finančne uprave Republike Slovenije (v nadaljevanju: FURS). Naročnik je še navedel, da odločitve Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022 ni mogoče razumeti drugače, kot da je popravni mehanizem sicer mogoč do roka za oddajo ponudb, njegovo upoštevanje po tem roku pa bi imelo za posledico neenakopravno obravnavo ponudnikov, saj bi se obstoj predmetnega izključitvenega razloga pri posameznem ponudniku presojal v različnih časovnih obdobjih in ne na dan oddaje ponudbe, kot to zahteva Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.); v nadaljevanju: ZJN-3) oziroma tudi ne na dan roka za oddajo ponudb, kot to dopušča Državna revizijska komisija.

Zoper odločitev o oddaji naročila je vlagatelj, dne 13. 2. 2023, vložil *Zahtevek za revizijo*, v katerem predlaga, da se zahtevku za revizijo ugotovi in odločitev o oddaji naročila razveljavi, ker jo je naročnik, po mnenju vlagatelja, sprejel ob napačni razlagi relevantnih pravnih predpisov (v nadaljevanju: zahtevek za revizijo).

Vlagatelj uvodoma povzema točko 7.B.2 Navodil ponudnikom, v zvezi s katero ugotavlja, da je enaka zakonski določbi iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, nadalje pa še obrazložitev naročnika iz odločitve o oddaji naročila, ki se nanaša na njegovo ponudbo.

Vlagatelj navaja, da je ponudbo v predmetnem javnem naročilu oddal dne 19. 12. 2022, tj. isti dan, ki je bil določen kot skrajni datum za oddajo ponudb. Navaja tudi, da med njim in naročnikom ni sporno, da je pri vlagatelju na dan 19. 12. 2022 obstajal izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, saj je imel vlagatelj na ta dan 50 evrov ali več zapadlih, neplačanih obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti v skladu z zakonom, ki ureja finančno upravo in ki jih pobira FURS in da je vlagatelj zadevne obveznosti v celoti poravnal kasneje, a pred sprejemom izpodbijane odločitve, in sicer dne 12. 1. 2023. Vlagatelj navaja, da med njim in naročnikom tudi ni sporno vprašanje neposrednega učinka določbe 57. člena Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (Uradni list EU, št. L 94/2014, z dne 28. 3. 2014; v nadaljevanju: Direktiva 2014/24), ki določa razloge za obvezno in diskrecijsko izključitev ponudnikov iz postopkov oddaje javnih naročil in ki hkrati določa tudi, da ponudnik ne more biti izključen iz postopka, če dokaže, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju izključitvenega razloga.

Vlagatelj zatrjuje, da naročnik njegove ponudbe ne bi smel izločiti iz postopka oddaje javnega naročila iz razloga, ker na dan poteka roka za oddajo ponudb ni uspel izkazati, da je imel poravnane vse obvezne dajatve in za zmotno označuje stališče naročnika, da je popravni mehanizem mogoč samo do poteka roka za oddajo ponudb, ne pa tudi kasneje. Meni, da za tako stališče naročnik nima podlage niti v veljavnih določbah ZJN-3, niti v ureditvi v Direktivi 2014/24 (s tem v zvezi še posebej izpostavlja drugi in šesti odstavek 57. člena), niti v praksi Državne revizijske komisije, saj noben od naštetih predpisov ne določa časovne točke, do katere bi naj bil ponudnik popravni mehanizem dolžan uveljavljati.

Vlagatelj zatrjuje, da bi naročnik s tem, kar šteje za popravni mehanizem (tj. da vlagatelj kasneje izkaže, da je imel na dan poteka roka za oddajo ponudb plačane vse davke in prispevke), vlagatelju omogočil (še)le izkazovanje neobstoja izključitvenega razloga, ne pa sprejema

zadostnih ukrepov, s katerimi bi vlagatelj dokazal zanesljivost kljub obstoju izključitvenega razloga. Navedeno z institutom popravnega mehanizma ni združljivo, saj ta institut predpostavlja, da izključitveni razlog najprej sploh obstaja, šele nato pa ponudnik dokazuje, da je kljub njegovemu obstoju, zanesljiv pogodbeni partner. Vlagatelj meni, da ne obstoji prepričljiv razlog, da takšne zanesljivosti vlagatelj ne bi izkazal z naknadnim plačilom dolgovanih dajatev dne 12. 1. 2023, torej po poteku roka za oddajo ponudb in pred izdajo izpodbijane odločitve.

Vlagatelj dalje navaja, da naročnik izpodbijano odločitev v celoti utemeljuje na stališču Državne revizijske komisije, zavzetem v zadevi št. 018-125/2022, in kot merodajni rok, najkasneje do katerega mora biti saniran izključitveni razlog v okviru popravnega mehanizma, šteje izključno skrajni datum poteka roka za oddajo ponudb. Takemu stališču vlagatelj oporeka in poudarja, da dejansko stanje v zadevi 018-125/2022 ni primerljivo dejanskemu stanju v predmetni zadevi, zato je potrebno temu primerno prilagoditi tudi razlago pravnih pravil. V zadevi 018-125/2022 je namreč vlagatelj izkazoval dolg na dan oddaje ponudbe (tj. dne 11. 9. 2022), ki ga je naslednji dan, do poteka roka za prejem ponudbe (tj. dne 12. 9. 2022) poravnal – datum oddaje ponudbe in skrajni rok za oddajo ponudb nista bila enaka in tedanji vlagatelj je dejansko imel možnost, da do poteka roka izključitveni razlog sanira in podvzame ustrezne ukrepe v smeri plačila dolga, kar je tudi storil. V konkretnem primeru pa dan oddaje ponudbe in rok za oddajo ponudb sovpadata (tj. dne 19. 12. 2022) in vlagatelj, po stališču naročnika, nima (več) možnosti sanirati izključitvenega razloga in uveljavljati popravnega mehanizma do poteka roka za prejem ponudb, saj je ta rok že potekel. S tem, ko je Državna revizijska komisija odločila, da je zadostne ukrepe sprejel ponudnik, ki je dajatve poravnal do poteka roka za oddajo ponudb, na nobenem mestu ni zavzela stališča, da kot takšnih ukrepov ni mogoče sprejeti tudi plačila po poteku tega roka. To, da je ponudnik sprejel zadostne ukrepe, ko je dajatve poravnal do poteka roka za oddajo ponudb, v ničemer ne pomeni, da ukrepi ponudnika, ki je dajatve poravnal po poteku tega roka (vendar pred sprejemom odločitve), avtomatično niso zadostni.

Vlagatelj pojasnjuje, da bi bilo, glede na osnovni namen popravnega mehanizma, nesorazmerno, da bi se iz postopka oddaje javnega naročila izključilo ponudnika, ki je svoje obveznosti kasneje poravnal in na ta način ponovno vzpostavil in izkazal svojo zanesljivost, ne glede na to, kdaj je to storil. Kadar dan oddaje ponudbe in rok za oddajo ponudb sovpadata, vlagatelj za nazaj, do poteka roka za oddajo ponudb, ne more (več) izkazati sanacije izključitvenega razloga, kar pomeni izvotlitev pravice iz drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24.

Vlagatelj tudi poudarja, da je ponudbo oddal v dobri veri, da izpolnjuje vse pogoje in zahteve naročnika in da pri njem razlogi za izključitev ne obstojijo. Če bi vedel, da pri njem obstoji razlog za izključitev, ponudbe bodisi ne bi oddal bodisi bi najkasneje tik pred oddajo ponudbe ta razlog saniral – ker pa tega ni vedel, je edino logično, da se mu popravni mehanizem omogoči tudi po poteku roka za oddajo ponudb, saj ga za nazaj po naravi stvari ne more več uveljavljati.

Vlagatelj dalje izpostavlja, da je Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju: SEU) že v sodbi v združenih zadevah C-226/04 in C-228/04 priznalo naknadno plačilo po izteku roka za oddajo ponudb, smiselno uporabljivo pa je tudi stališče SEU v zadevi C-387/19, v delu, ki pojasnjuje presečni datum za uveljavljanje popravnega mehanizma – ker Direktiva 2014/24 ne določa časovne točke, do katere naj bi bil ponudnik dolžan uveljavljati popravni mehanizem in poravnati zapadle obveznosti, je povsem v njegovi domeni, da to stori do izdaje odločitve o oddaji javnega naročila.

Vlagatelj izpostavlja še določbo drugega odstavka 38. člena Zakona o interventnih ukrepih za omilitev in odpravo posledic epidemije COVID-19 (Uradni list RS, št. 80/20, 152/20 – ZZUOOP, 175/20 – ZIUOPDVE, 203/20 – ZIUPOPDVE, 15/21 – ZDUOP, 112/21 – ZIUPTG in 206/21 – ZDUPŠOP; v nadaljevanju ZIUOOPE). Čeprav navaja, da zakon v relevantnem delu

ne velja več, meni, da si je pri razlagi namena popravnega mehanizma za primer neporavnanih davčnih obveznosti z njim mogoče pomagati, saj je zakonodajalec pri določanju vsebine navedenega člena izhajal iz osnovnega namena popravnega mehanizma, in za njegovo uveljavljanje izrecno določil rok 30 dni, ki ga je vezal na datum poteka roka za oddajo ponudb.

Vlagatelj zaključuje, da ZJN-3 za izključitveni razlog iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3, ki ureja kaznovanost za kazniva dejanja, ki po lestvici kriminalnosti in teži kršitve kotira bistveno višje kot kršitev iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, v izkaz nekaznovanosti kot ustrezna priznava dokazila, izdana štiri mesece pred potekom roka za oddajo ponudb oz. 90 dni po poteku roka za oddajo ponudb. Ker zakonodajalec izkazovanje nekaznovanosti dopušča tudi po poteku roka za oddajo ponudb, (smiselno) ne more biti dvoma, da je tudi za obravnavani izključitveni razlog potrebno dopustiti uveljavljanje popravnega mehanizma po poteku roka za oddajo ponudb.

Izbrani ponudnik se je po pooblaščenki Mojci Starec - odvetnici, z vlogo z dne 20. 2. 2023 izjasnil o navedbah vlagatelja (v nadaljevanju: izjasnitev).

Izbrani ponudnik najprej opozarja, da je vlagatelj zahtevke za revizijo zoper odločitev naročnika, ki se nanaša na javno naročilo z oznako JN007824/2022, vložil v dosje javnega naročila JN005873/2022, pri katerem je šlo za prvi postopek za izbiro izvajalca predmeta obravnavanega javnega naročila in v katerem je naročnik odločitev, da postopek zaključi brez oddaje naročila, izdal že dne 4. 11. 2022. Vlagateljev zahtevek za revizijo je zato, po mnenju izbranega ponudnika, prepozen, vložen na neustrezen način (s tem v zvezi se sklicuje tudi na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-070/2021), neprimeren za obravnavo, pa tudi nedovoljen, upošteva obseg pravic za opravljanje dejanj na Portalu javnih naročil pooblaščenca vlagatelja (s tem v zvezi predlaga preveritev obsega podelitve pooblastil in pravic za opravljanje dejanj na portalu eRevizija pooblaščenca vlagatelja) ter predviden način dostopanja do portala eRevizija. Glede na navedeno predlaga, da se zahtevek za revizijo zavrže.

Izbrani ponudnik dalje navaja, da je potrebno zahtevek za revizijo zavreči tudi zato, ker aktivna legitimacija vlagatelja ni podana in ker vlagatelj bremenu zatrjevanja in dokazovanja obstoja tega procesnega upravičenja ni zadostil. Zatrjuje, da v konkretnem primeru v dokaz obstoja interesa za dodelitev javnega naročila ne zadošča zgolj oddaja ponudbe in da vlagatelj v zvezi z dejanskim obstojem svoje tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila ni postavil nobene trditve. Dalje zatrjuje, da zmeta glede obstoja izključitvenega razloga na strani partnerja vlagatelja ni opravičljiva, saj vlagatelj niti ne zatrjuje, da zmote ni zakrivil sam, poleg tega pa ima vsak gospodarski subjekt obstoj dolga iz naslova neplačanih davkov možnost kadarkoli preveriti na portalu eDavki. Navedeno onemogoča tudi zaključek, da partner vlagatelja o obstoju dolga ni bil obveščen dovolj zgodaj, da bi lahko ukrepal, kot je določeno v Direktivi 2014/24. Po mnenju izbranega ponudnika vlagatelj tudi prikrajšanja, ki bi mu utegnili nastati zaradi naročniku očitanih kršitev, ne zatrjuje zadostno, saj navaja le, da naj bi bila njegova ponudba ekonomsko najugodnejša, upošteva merilo glede najnižje cene, ne pojasni pa izpolnjevanja preostalih dveh meril glede referenc kadra ter prejetih nagrad in priznanj.

Izbrani ponudnik meni, da bi naročnik, če bi ravnal drugače, kot je, ravnal v nasprotju z ZJN-3 in lastno dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. Dalje navaja, da iz izpodbijane odločitve ne izhaja, na kakšen način je partner vlagatelja izpolnil obrazec ESPD v delu, ki se nanaša na plačilo davkov in prispevkov za socialno varnost, domneva pa, da je obstoj s tem povezanega izključitvenega razloga ugotovil naročnik sam. Vlagatelja je pozval k dopolnitvi ponudbe in mu naknadno omogočil popravni mehanizem. Ker je naročnik po dopolnjenem postopku zaključil, da je ob izteku roka za oddajo ponudb, ki je bil enak datumu oddaje ponudbe vlagatelja, pri vlagatelju izkazan dolg iz naslova neplačanih zapadlih davkov, je ponudbo izključil, s tem pa sledil določbam

svoje dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Možnost popravnega mehanizma, s strani naročnika naknadno dana vlagatelju, tako ni bila izvotlena.

Izbrani ponudnik zatrjuje, da je naročnik, skladno z odločitvijo Državne revzijske komisije v zadevi št. 018-125/2022, sprejel širšo razlago glede relevantnega presečnega dne za ugotavljanje izključitvenega razloga iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, saj je kot relevanten upošteval rok za oddajo ponudb, ne pa dan oddaje ponudbe. Navedeno sicer ni pomembno, saj v konkretnem primeru navedena dneva sovpadata. Dalje navaja, da Direktiva 2014/24 gospodarskim subjektom omogoča, da zahtevajo preučitev ukrepov za zagotavljanje ustreznosti, ki so jih sprejeli, da bi lahko sodelovali v postopku javnega naročanja, vendar pa je to izključeno, če gospodarski subjekt ob oddaji ponudbe take preučitve niti ne zahteva (kot v konkretnem primeru) ali če celo trdi, da na njegovi strani prepovedanih ravnanj ali opustitev ni. Izbrani ponudnik meni še, da ni utemeljeno vlagateljevo sklicevanje na odločitev SEU v zadevah št. C-226/04 in C-228/04 ter C-387/19, saj v bistvenem ni šlo za enake primere kot je obravnavani, utemeljeno pa tudi ni njegovo sklicevanje na drugi odstavek 38. člena ZIUOPE, saj ta ne velja več.

Naročnik je z *Odločitvijo* z dne 23. 2. 2023 kot neutemeljenega zavrnil vlagateljev zahtevek za revizijo, in v posledici tudi njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo).

Naročnik uvodoma ugotavlja, da je vlagatelj zahtevek za revizijo vložil zoper javno naročilo, objavljeno na Portalu javnih naročil pod št. objave JN005872/2022. Ker je bila odločitev o oddaji naročila v tem naročilu objavljena dne 4. 11. 2022, in postala pravnomočna z dnem 17. 11. 2022, je skladno s četrtem odstavkom 25. člena ZPVPJN zahtevek za revizijo, vložen dne 13. 2. 2023, prepozen. Naročnik je prepričan, da je pri vlaganju zahtevkov za revizijo preko portala eRevizija potrebna skrbnost vlagateljev, zato je pri presoji, zoper katero odločitev je bil vložen zahtevek za revizijo in ali je bil pravočasen, treba upoštevati podatke, kot izhajajo iz portala eRevizija. Če bo Državna revzijska komisija presodila, da je vlagatelj zahtevek za revizijo vložil zoper javno naročilo, kot izhaja iz portala eRevizija in Portala javnih naročil, naj zahtevek za revizijo zavže. Iz previdnosti se je naročnik v nadaljevanju opredelil do vprašanja aktivne legitimacije in do vsebine zahtevka za revizijo.

Naročnik najprej pojasnjuje, da je skladno s 26. členom ZPVPJN opravil predhodni preizkus vlagateljevega zahtevka za revizijo in ugotavlja, da zahtevek za revizijo vsebuje vse obvezne sestavine iz prvega in drugega odstavka 15. člena ZPVPJN, ter da je vlagatelj zahtevku za revizijo priložil ustrezno potrdilo o plačilu takse in ustrezno pooblastilo pooblaščenca za zastopanje. Ugotavlja tudi, da je vlagatelj svojo ponudbo oddal v zahtevanem roku, s čemer je podan interes za dodelitev javnega naročila, izkazal pa je tudi možnost nastanka škode, ker zatrjuje, da ga naročnik neupravičeno ni vključil v postopek ocenjevanja ponudb v okviru meril in da bi bila v tem primeru njegova ponudba ekonomsko najugodnejša.

Dalje naročnik pojasnjuje, zakaj je izločil vlagateljevo ponudbo iz postopka oddaje javnega naročila in povzema vlagateljeve navedbe iz zahtevka za revizijo glede dejanskega stanja v obravnavani zadevi. Navaja, da je v celoti sledil kogentni določbi drugega odstavka 75. člena ZJN-3, ki jasno določa, da mora naročnik iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključiti gospodarski subjekt, če ne izpolnjuje vseh davčnih obveznosti na dan oddaje ponudbe in da ZJN-3 v zvezi s tem izključitvenim razlogom ne predvideva popravnega mehanizma, kot ga v devetem odstavku 75. člena ZJN-3 omogoča glede izključitvenih razlogov iz prvega in šestega odstavka 75. člena ZJN-3. V teh primerih ZJN-3 v okviru popravnega mehanizma od ponudnika zahteva, da sam predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju izključitvenih razlogov, kar naročnik razlaga na način, da se obveznost predložitve takšnih dokazov zahteva že v ponudbi in ne šele na poziv naročnika po roku za oddajo ponudb.

Če ponudnik dokazil glede svoje zanesljivosti, kljub obstoju izključitvenega razloga, ne predloži že v ponudbi, ga naročnik v primeru, če po preverjanju v uradnih evidencah ugotovi, da je izključitveni razlog zoper ponudnika podan, ni dolžan pozivati na dopolnitev v smislu, če je ponudnik razlog za izključitev slučajno odpravil po dnevu oddaje ponudbe oz. po roku za oddajo ponudb.

Ne glede na to, da ZJN-3 popravnega mehanizma glede predmetnega izključitvenega razloga ne predvideva, je naročnik upošteval Direktivo 2014/24, ki je v tem delu neposredno uporabljiva in vlagatelja pozval, da izkaže, da je do roka za oddajo ponudb poravnal vse svoje davčne obveznosti. Naročnik je prepričan, da se glede vprašanja, v kakšnem časovnem obdobju je treba ponudnikom omogočiti popravni mehanizem, povsem utemeljeno sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi 018-125/2022, ki jo je mogoče razumeti na način, da se obstoj izključitvenega razloga presoja na dan roka za oddajo ponudb, pri čemer se ponudniku omogoči popravni mehanizem na način, da izkaže, da je do tega dne poravnal svoje davčne obveznosti. Naročnik se strinja z vlagateljem, da Direktiva 2014/24 ne določa presečne točke, do katere ponudnik popravni mehanizem lahko uveljavlja, vendar meni, da zato ni mogoče enoznačno zaključiti, da je takšen popravni mehanizem mogoč vse do odločitve naročnika o oddaji naročila. Naročnik meni, da tudi ni mogoče trditi, da je Direktiva 2014/24 v delu glede časovne komponente popravnega mehanizma neposredno uporabljiva, ampak mora vsebino napolniti zakonodajalec na nacionalni ravni.

Naročnik izpostavlja tudi, da Direktiva 2014/24 v primeru izključitvenega razloga, ki se nanaša na kaznovanost, ne določa, da je treba kot ustrezna šteti dokazila, ki niso starejša od 4 mesecev, šteto od roka za oddajo ponudb ali so pridobljena najpozneje v 90 dneh od roka za oddajo ponudb, da pa je zakonodajalec v a) točki tretjega odstavka 77. člena ZJN-3 vseeno določil obdobje veljavnosti dokazil. ZJN-3 nasprotno, ne določa časovnega obdobja, v katerem je mogoče šteti kot ustrezna dokazila, ki se nanašajo na izpolnjevanje davčnih obveznosti v smislu, da lahko naročnik kot ustrezna šteje tudi tista dokazila, ki neobstoj izključitvenega razloga izkazujejo po roku za oddajo ponudbe, zato je to toliko bolj neupravičeno zahtevati do naročnika.

Naročnik se ne strinja z vlagateljem, da mu je s tem, ko mu je omogočil, da do roka za oddajo ponudb uveljavlja popravni mehanizem, omogočil šele izkazovanje obstoja izključitvenega razloga, saj je naročnik obstoj izključitvenega razloga presojal na dan oddaje ponudbe, popravni mehanizem pa mu je omogočil do roka za oddajo ponudb. Da sta navedena dneva v konkretnem primeru enaka, je tveganje vlagatelja, ki ga mora prevzeti. Vlagatelj se sklicuje na dobro vero in prepričanje, da ima na relevantni dan poravnane vse davčne obveznosti, vendar bi po mnenju naročnika vlagatelj lahko izkazal skrbnost in pred oddajo ponudbe preveril obstoj obravnavanega izključitvenega razloga (npr. na portalu eDavki). Večja skrbnost ponudnikov pri dokazovanju svoje zanesljivosti, kljub obstoju izključitvenih razlogov, se od njih zahteva že ob oddaji ponudbe. Da mora ponudnik popravni mehanizem, kot ga omogoča deveti odstavek 75. člena ZJN-3, ki ga je mogoče smiselno uporabiti tudi v obravnavanem primeru, upoštevati že v ponudbi, po zatrjevanju naročnika izhaja tudi iz obrazca ESPD, v skladu s katerim mora ponudnik, zoper katerega je podan izključitveni razlog, dokaze o zanesljivosti predložiti že v ponudbi (s tem v zvezi prikazuje del obrazca ESPD »Sodelovanje v hudodelski družbi«).

Naročnik navaja tudi, da mora biti popravni mehanizem časovno omejen tudi z vidika načela enakopravne obravnave ponudnikov in da je temu načelu mogoče zadostiti le, če se vse izključitvene razloge presoja na isti dan, vključno z upoštevanjem popravnega mehanizma (razen, če bi takšno podlago omogočala veljavna zakonodaja, temu pa v konkretnem primeru ni tako).

Po prepričanju naročnika tudi ni nepomembno, kdaj je vlagatelj zapadle obveznosti poravnal. Čeprav veljavni predpisi presečnega datuma za uveljavljanje popravnega mehanizma ne

določajo, naročnika zavezujejo temeljna načela javnega naročanja. V nasprotnem primeru bi bilo prepuščeno arbitrarni presoji naročnika, koliko časa bo dal posameznemu ponudniku na voljo, da poravna svoje davčne obveznosti. Za neutemeljeno naročnik označuje tudi stališče vlagatelja, da lahko ponudnik kadarkoli do izdaje odločitve o oddaji naročila poravna svoje obveznosti in naročniku predloži ustrezna dokazila, saj v skladu s prakso Državne revizijske komisije naročnik samoiniciativnih dopolnitev ni dolžan sprejeti.

V zvezi s sodbo SEU v združenih zadevah št. C-226/04 in C-228/04 naročnik navaja, da iz nje sicer res izhaja, da takrat veljavna Direktiva 92/50EGS ni nasprotovala nacionalnim predpisom ali upravni taksii, ki očitno določajo, da ponudnik davčne obveznosti poravna po roku za oddajo ponudb, vendar pa zatrjuje, da iz nje tudi ne izhaja, da je nacionalna določba, ki tega ne omogoča ali ureja drugače, v nasprotju z navedeno direktivo. V zvezi s sodbo SEU v zadevi št. C-387/19 pa naročnik pojasnjuje, da se nanaša na določbo šestega odstavka 57. člena Direktive 2014/24, ki ureja popravni mehanizem za izključitvene razloge iz četrtega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 ter da je navedena določba povzeta v devetem odstavku 75. člena ZJN-3, na podlagi katerega mora ponudnik popravni mehanizem uveljavljati že v ponudbi.

Nazadnje naročnik glede ZIUOOP poudarja, da 38. člen, ki ga izpostavlja vlagatelj, ne velja več, zato tudi ne more predstavljati ustrezne argumentacije, še manj pa pravne podlage.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 24. 2. 2023 posredoval zahtevek za revizijo in dokumentacijo.

Vlagatelj se je do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo opredelil z vlogo z dne 28. 2. 2023 v kateri zahteva tudi povračilo nadaljnjih stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika).

Vlagatelj najprej navaja, da je bil zahtevek za revizijo, iz katerega jasno in nedvoumno izhaja, da je bil vložen zoper odločitev o oddaji naročnika št. JN25/2022 z dne 31. 3. 2023, ki je bila izdana v postopku oddaje javnega naročila, objavljenem pod št. objave JN007824/2022, v sistemu eRevizija pa dne 13. 2. 2023 očitno pomotoma vložen v dosje javnega naročila št. JN005873/2022. Kljub očitni napaki ga je naročnik vzel v obravnavno in o njem vsebinsko odločil, kar je pravilno in skladno z odločitvijo Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-098/2021.

Vlagatelj dalje navaja, da je v konkretnem primeru nesporno uveljavljal popravni mehanizem pred sprejemom odločitve o oddaji naročila in da ga naročnik k temu ni pozval, zaradi česar kot brezpredmetne zavrača navedbe naročnika v zvezi s tem, ali je bil vlagatelja dolžan pozvati na uveljavitev popravnega mehanizma ali ne. Glede na to meni, da se kot sporen izkaže zgolj datum, do katerega ima ponudnik pravico uveljavljati popravni mehanizem.

Vlagatelj poudarja, da se izključitveni razlog (ne)plačanih obveznih dajatev iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 presoja na presečni datum dneva oddaje ponudbe. Če bi veljala logika naročnika, da mora biti do istega dne že izvršen popravni mehanizem, bi le-ta izgubil ves smisel. Ponudnik, ki ima do dneva oddaje ponudbe plačane vse obvezne dajatve, ima izpolnjen pogoj, da zanj ne obstajajo razlogi za izključitev, zaradi česar popravnega mehanizma ne potrebuje uveljavljati; in obratno, zgolj če na ta dan izključitveni razlog obstaja, lahko pride v poštev možnost uveljavljanja popravnega mehanizma. Datum preverjanja obstoja izključitvenega razloga in datum, do katerega ponudnik lahko uveljavlja popravni mehanizem, pri tem razlogu za izključitev ne moreta sovpadati.

Vlagatelj tudi poudarja, da ZJN-3 ne določa, da bi moral ponudnik v primeru, ko zakon izrecno ne dovoljuje popravnega mehanizma, dovoljuje pa ga direktiva, popravni mehanizem uveljavljati

najkasneje ob oddaji ponudbe, v primerih, za katere pa zakon popravni mehanizem izrecno dovoljuje, pa je dovoljeno popravni mehanizem uveljavljati tudi kasneje, vsaj do poteka roka za oddajo ponudb, kot zmotno meni naročnik. Tovrstnega razlikovanja prav tako ni predvidela Direktiva 2014/24, pa tudi ne praksa Državne revizijske komisije.

Ker Direktiva 2014/24 ne določa časovnih omejitev, do kdaj bi naj bilo popravni mehanizem dovoljeno uveljaviti, naročnik, po zatrjevanju vlagatelja, ne more arbitrarno odločiti, da je ta trenutek vezan na datum oddaje ponudbe, saj za tako stališče nima podlage – prej nasprotno – praksa SEU, na katero se sklicuje vlagatelj, izrecno priznava tudi naknadna plačila po izteku roka za oddajo ponudb, saj se le na ta način pravilno manifestira ideja popravnega mehanizma, s tem pa zagotovi tudi enakopravna obravnava ponudnikov. Le v takem primeru lahko ponudniki utemeljeno pričakujejo, da bo naročnik, vsem na enak način, omogočil sanacijo kršitev po poteku roka za oddajo ponudb. Tako so enako varovani tisti ponudniki, ki so oddali ponudbo zadnji dan roka za oddajo ponudb in tudi tisti ponudniki, ki so ponudbo oddali bistveno prej.

Vlagatelj zatrjuje, da je napačna ugotovitev naročnika, da naj slednji, v primerih, ko popravni mehanizem ni mogoč neposredno na podlagi zakona, ne bi bil dolžan na dopolnitev ponudbe pozvati vlagatelja, pri katerem je podan razlog za izključitev. Naročnik je namreč vlagatelju popravni mehanizem določen čas po poteku roka za oddajo ponudb dolžan omogočiti, v njegovi domeni pa je izključno presoja in ocenjevanje sprejetih ukrepov za izkaz zanesljivosti ponudnika.

Za napačno vlagatelj označuje tudi stališče naročnika, da naj bi bil ponudnik, če že, upravičen predložiti dokaze, da je kršitev saniral, najkasneje do poteka roka za oddajo ponudb, saj naj bi to izhajalo iz odločitve Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022. Ponovno pojasnjuje, da takšno stališče iz navedene zadeve ne izhaja in da Državna revizijska komisija v njej tudi ni zavzela stališča, da kot zadostnih ukrepov ne bi bilo mogoče obravnavati tudi plačila po poteku roka za oddajo ponudb. V potrditev navedenega stališča se vlagatelj v nadaljevanju sklicuje na besedilo novele Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju, ki jo je dne 21. 2. 2023 potrdil Državni zbor, ki je po navedbah vlagatelja v devetem odstavku 75. člena ZJN-3 določila popravni mehanizem pri vseh razlogih za izključitev, tudi v zvezi z neplačilom denarnih obveznosti in zatrjuje, da je nova ureditev izvedbene faze v 67. in 67.a členu ZJN-3, v katerih je izrecno določen rok, v katerem so gospodarski subjekti upravičeni uveljavljati popravni mehanizem, uporabljiva tudi za postopkovno fazo iz 75. člena ZJN-3.

Vlagatelj zavrača tudi navedbo naročnika, da Direktiva 2014/24 glede časovne komponente uveljavljanja popravnega mehanizma ni neposredno uporabljiva in da jo mora zakonodajalec vsebinsko napolniti na nacionalni ravni, saj je določba iz drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 v tem delu brezpogojna ter dovolj jasna in točna, da se je mogoče na njo neposredno sklicevati.

Neutemeljen je, po mnenju vlagatelja, tudi argument naročnika, da dejstvo sovpadanja dneva oddaje ponudbe in poteka roka za njeno oddajo, predstavlja tveganje vlagatelja, ki ga je slednji dolžan prevzeti. Navedeno nikakor ne vpliva na vlagateljevo pravico do popravnega mehanizma, kot tudi ne na presojo utemeljenosti vlagateljevega zahtevka za revizijo. V avtonomni sferi ponudnika je, da se odloči, kdaj do poteka roka za oddajo ponudb bo oddal svojo ponudbo in povsem legitimno pravico ima, da to stori zadnji dan roka, pri tem pa zaradi tega ne more trpeti nikakršnih škodljivih posledic.

Vlagatelj se nazadnje opredeljuje še do naročnikovega sklicevanja na prakso Državne revizijske komisije glede dokazovanja nekaznovanosti in navaja, da le-ta, vsaj od novele ZJN-3B, ki je začela veljati s 1. 1. 2022, ni več uporabljiva, saj je zakonodajalec problematiko glede dokazovanja nekaznovanosti uredil drugače, ta praksa pa je zato izgubila svojo »veljavo«.

Naročnik se je do navedb vlagatelja v opredelitvi do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 2. 3. 2023.

Naročnik zatrjuje, da se vlagatelj sklicuje na predlog novele ZJN-3D, ki v obliki in vsebini, predstavljeni s strani vlagatelja, ni bila potrjena na seji Državnega zbora, zato je tudi njegova interpretacija novele ZJN-3 napačna in v nadaljevanju navaja končno vsebino novele ZJN-3 v relevantnih delih.

Naročnik navaja še, da ni mogoče slediti navedbam vlagatelja, da se s tem, ko se možnost popravnega mehanizma veže na rok za oddajo ponudb, pravica ponudnika do uveljavljanja popravnega mehanizma izvotli. Obstoj izključitvenega razloga zoper ponudnika je nujno podan že pred rokom za oddajo ponudb in mora biti ponudniku poznan, da lahko v ponudbi ustrezno navaja dokaze, da je kljub temu še vedno zanesljiv izvajalec, kar v konkretnem primeru pomeni, da je ponudnik poravnal svoje neplačane zapadle obveznosti (dejstvo obstoja izključitvenega razloga) do roka za oddajo ponudb (možnost popravnega mehanizma). Nujni pogoj pravice do popravnega mehanizma ni v tem, da se ponudniku omogoči, da po roku za oddajo ponudb predloži dokazila o svoji zanesljivosti in šele po tem, ko ga naročnik, če se odloči, o tem obvesti.

Državna revizijska komisija je vlagatelju dne 8. 3. 2023 posredovala zgornjo vlogo naročnika, do katere se je vlagatelj opredelil z vlogo z dne 13. 3. 2023. Navaja, da navedbam naročnika nasprotuje in da so le-te napačne in neutemeljene.

Vlagatelj uvodoma ponavlja, da je za presojo (ne)dopustnosti njegove ponudbe edino merodajno to, da se izključitveni razlog (ne)plačanih obveznih dajatev iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 presoja na presečni datum dneva oddaje ponudbe in da bi popravni mehanizem izgubil smisel, če bi držala logika naročnika, da mora biti le-ta do istega datuma izvršen, saj za ponudnika, ki ima do dneva oddaje ponudbe poravnane vse obvezne dajatve, ne obstaja izključitveni razlog, zato tudi popravnega mehanizma ne potrebuje uveljavljati. Izpostavlja še drugi odstavek 75. člena novele ZJN-3D ter z njim povezano vprašanje odškodninske odgovornosti države članice Evropske unije (v povezavi z doktrino Francovich), ki v svoj pravni red ni ustrezno prenesla direktive.

Vlagatelj v nadaljnji vlogi z dne 28. 3. 2023 opozarja na, v javnosti predstavljeno stališče predstavnice ministrstva, pristojnega za javno upravo, glede vprašanja sprememb, ki jih prinaša novela ZJN-3D in s tem povezanega vprašanja bodoče neuporabe popravnega mehanizma po Direktivi 2014/24, s katerim se vlagatelj ne strinja. Vlagatelj ponovno opozarja na načelo odškodninske odgovornosti države članice Evropske unije in doktrino Francovich ter opozarja tudi na potencialno odškodninsko odgovornost Republike Slovenije, v kolikor bi Državna revizijska komisija odločila v nasprotju z neposredno zavezujočo določbo Direktive 2014/24 in v primerljivih pravnih in dejanskih okoliščinah odstopila od prakse SEU. Izpostavlja tudi, da bi odstop Državne revizijske komisije od vzpostavljene prakse, s katero je odločila, da je Direktiva 2014/24 v relevantnem delu neposredno uporabljiva, lahko pomenil kršitev enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave Republike Slovenije. Vlagatelj še navaja, da je Državna revizijska komisija, v kolikor dvomi glede namena in načina uporabe predmetne določbe Direktive 2014/24, v izogib preuranjeni napačni odločitvi o revizijskem zahtevku in odškodninski odgovornosti države, kvečjemu dolžna na SEU nasloviti predhodno vprašanje glede izpolnjenosti pogojev za neposredni učinek tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 in možnosti razlage navedene določbe na način, za katerega si prizadeva vlagatelj, revizijski postopek pa do sprejema odločitve sodišča prekiniti.

Na zgornjo vlogo vlagatelja je naročnik odgovoril z vlogo z dne 31. 3. 2023. Opozarja, da vlagatelj za tovrstne vloge nima pravne podlage v ZPVPJN, da v njej vlagatelj ne navaja novih kršitev in novih dokazov, ki jih brez svoje krivde ne bi mogel navesti in predložiti že v revizijskem zahtevku. Meni, da vlagatelj z vlogo nedopustno vpliva na odločanje Državne revizijske komisije in po nepotrebnem podaljšuje postopek, zaradi česar naročniku nastaja škoda, ker ne more pravočasno realizirati predmeta javnega naročila. Naročnik z argumenti, predstavljenimi že v predhodnih vlogah, zavrača vlagateljeve navedbe tudi po vsebini. Ob sklicevanju na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022 navaja še, da je naslovitev vprašanja za predhodno odločanje na SEU brezpredmetna.

Vlagatelj v vlogi z dne 5. 4. 2023 pojasnjuje, da v svoji predhodni vlogi ni navajal novega dejstva, ampak le novo pravno stališče Ministrstva za javno upravo, s katerim se je naknadno seznanil in kateremu, kot pravno napačnemu, nasprotuje.

I. preveritev obstoja procesnih predpostavk

Državna revizijska komisija je skladno z 31. členom ZPVPJN zahtevek za revizijo pred meritorno obravnavo predhodno preizkusila in po uradni dolžnosti preverila obstoj procesnih predpostavk. Ugotovila je, da so izpolnjeni vsi pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, zato je, na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo sprejela v obravnavo.

Državna revizijska komisija uvodoma pojasnjuje, zakaj je štela, da je zahtevek za revizijo pravočasen in da je aktivna legitimacija vlagatelja v konkretnem primeru podana, ter posledično, zakaj s tem povezani pomisleki naročnika in izbranega ponudnika niso utemeljeni.

a. glede vložitve zahtevka za revizijo v eRevizijo in pravočasnosti zahtevka za revizijo

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj zahtevek za revizijo dne 13. 2. 2023 vložil preko portala eRevizija, in sicer v postopku oddaje javnega naročila »Projektiranje večstanovanjskih stavb Kranj ob Savi - faza idejne zasnove, IZP (DPP), IDP, DGD in PZI«, ki je bil objavljen (med drugim) na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN005873/2022. V navedenem postopku je naročnik sprejel odločitev z dne 3. 11. 2022, s katero je vse prejete ponudbe zavrnil kot nedopustne.

Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj v vložnem zahtevku za revizijo jasno navedel, da z njim izpodbija odločitev naročnika z dne 31. 1. 2023, ki je bila sprejeta v (istoimenskem) postopku oddaje javnega naročila »Projektiranje večstanovanjskih stavb Kranj ob Savi - faza idejne zasnove, IZP (DPP), IDP, DGD in PZI«, ki je bil objavljen (med drugim) na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN007824/2022. Ugotavlja tudi, da je vlagatelj zahtevku za revizijo priložil potrdilo o plačilu takse z dne 13. 2. 2023, iz katerega je jasno razvidno, da se tako vpisana referenca (sklic plačila), kot namen plačila, nanašata na postopek oddaje javnega naročila, ki je bil na Portalu javnih naročil objavljen pod št. objave JN007824/2022.

Ker iz navedenega nedvoumno izhaja, da je vlagatelj zahtevek za revizijo preko portala eRevizija vložil zoper odločitev naročnika, sprejeto v postopku oddaje javnega naročila, ki je bil objavljen (med drugim) na Portalu javnih naročil pod št. objave JN007824/2022 in ker je bil zahtevek za revizijo vložen v roku osmih delovnih dni od prejema izpodbijane odločitve (prim. peti odstavek 25. člena ZPVPJN), torej pravočasno, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik ravnal pravilno, ko je, kljub izpostavljenim pomislekom in očitni pomoti vlagatelja (ki je zahtevek za revizijo vložil v prehodno neuspešno zaključen postopek), zahtevek za revizijo obravnaval po vsebini.

Glede na ugotovljeno, Državna revizijska komisija predlog izbranega ponudnika glede preveritve obsega podelitve pooblastil in pravic za opravljanje dejanj na portalu eRevizija, ki jih ima pooblaščenec vlagatelja, zavrača kot nepotreben.

b. glede aktivne legitimacije in drugih procesnih predpostavk

Aktivno legitimacijo v predrevizijskem in revizijskem postopku ureja ZPVPJN v 14. členu. Za konkretni primer je relevantna prva alineja prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev (med drugim) javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda. Prva poved drugega odstavka 14. člena ZPVPJN določa, da se šteje, če je rok za oddajo ponudb že potekel, da je interes za dodelitev javnega naročila izkazala tista oseba, ki je oddala pravočasno ponudbo.

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

V zvezi z navedbami izbranega ponudnika, da vlagatelj ni zadostil bremenu zatrjevanja in dokazovanja obstoja aktivne legitimacije, Državna revizijska komisija 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 torej preveriti, ali zahtevki za revizijo izpolnjuje vse procesne pogoje (prim. smis. odločitve Državne revizijske komisije, št. 018-225/2018, 018-208/2019, 018-069/2022-10). 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 obsoj procesnih predpostavk dolžan zatrjevati in utemeljiti.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da ima vlagatelj, kot ponudnik, ki je pravočasno oddal ponudbo za predmetno javno naročilo, brez dvoma interes, da pridobi naročilo v izvedbo (prvi pogoj za priznanje aktivne legitimacije).

Glede (možnosti) nastanka škode Državna revizijska komisija dalje ugotavlja, da vlagatelj z vložitvijo zahtevka za revizijo zavaruje svoj položaj, in sicer, ko zatrjevane kršitve naročnika vplivajo na njegov položaj v smislu, da bi mu bilo zaradi njih onemogočeno ali bistveno oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila in s tem onemogočena ali bistveno otežena možnost pridobitve naročila. Kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pridobitve konkretnega javnega naročila. Da bi bila možnost nastanka škode verjetna, mora biti podana (vsaj hipotetična) vzročna zveza med zatrjevanimi kršitvami naročnika (tj. nezakonita odločitve o oddaji naročila) in prikrajšanjem na strani vlagatelja, ki je nastalo (ali bi utegnilo nastati) zaradi naročnikovih kršitev (tj. nedodelitev javnega naročila). Možnost nastanka škode se v vsakem postopku ugotavlja posamično, ob upoštevanju danih okoliščin konkretnega primera (npr. predmeta naročila, vrste postopka, faze postopka, konkretnih očitkov, ki so predmet zahteve za pravno varstvo) (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-126/2015, 018-146/2017, 018-119/2019, 018-046/2022).

V obravnavanem primeru vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da naročnik njegove ponudbe ne bi smel izločiti iz postopka javnega naročanja, pač pa bi mu javno naročilo moral oddati, saj je (kot bi naročnik ugotovil, če bi njegovo ponudbo vključil v postopek ocenjevanja ponudb) oddal ekonomsko najugodnejšo ponudbo. Državna revizijska komisija ugotavlja, da bi bilo potrebno, če bi se za utemeljene izkazale vlagateljeve revizijske navedbe, da ga je naročnik neupravičeno

izključil iz postopka javnega naročanja, zahtevku za revizijo ugoditi in naročnikovo odločitev o oddaji javnega naročila razveljaviti (prim. drugo alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN). Naročnik bi moral ponoviti postopek pregledovanja in ocenjevanja ponudb, v katerem bi upošteval tudi ponudbo vlagatelja, in nato sprejeti novo odločitev o zaključku postopka oddaje javnega naročila, s tem pa bi vlagatelj pridobil (vsaj hipotetično) možnost za dodelitev konkretnega javnega naročila. Vlagatelju bi torej zaradi zatrjevanih (domnevnih) kršitev naročnika lahko nastala škoda, ki bi se kazala v nepridobitvi predmetnega naročila (drugi pogoj za priznanje aktivne legitimacije).

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj z zahtevkom za revizijo izkazuje aktivno legitimacijo, podane pa so tudi vse ostale procesne predpostavke, potrebne za njegovo meritorno obravnavo.

II. vsebinska obravnava zahtevka za revizijo

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

Med vlagateljem in naročnikom je spor glede vprašanja, ali je naročnik ravnal pravilno, ko je ponudbo vlagatelja zavrnil kot nedopustno, ker je ugotovil, da za partnerja vlagatelja na dan, ko je vlagatelj oddal svojo ponudbo, ki sovpada z dnevom poteka roka za oddajo ponudb, obstaja izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3.

V obravnavanem primeru je naročnik pri pregledu ponudbe vlagatelja ugotovil, da za njegovega partnerja na dan oddaje ponudbe (dne 19. 12. 2022) obstaja izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 (neplačane obvezne dajatve in druge denarne nedavčne obveznosti v višini 50 evrov ali več). Vlagatelja je v postopku pregledovanja ponudbe pozval na predložitev dokazil, da navedeni izključitveni razlog zanj (oz. za njegovega partnerja) na dan poteka roka za oddajo ponudb (tudi dne 19. 12. 2022) ne obstaja.

Vlagatelj k odgovoru na poziv naročnika ni predložil dokazila z zahtevano vsebino, pač pa dokument, iz katerega izhaja, da je dolg partnerja vlagatelja iz naslova obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti na dan 19. 12. 2022 znašal več kot 50 evrov (dokument FURS, št. DT 42900-2059/2023-1 z dne 11. 1. 2023). Naročniku je predložil tudi potrdilo o poravnanih obveznih dajatvah in drugih denarnih nedavčnih obveznosti, evidentiranih do dne 12. 1. 2023 (dokument FURS, št. DT 42900-2384/2023-1 z dne 12. 1. 2023), s tem v zvezi pa navajal, da je v skladu s tretjim pododstavkom drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 izvedel popravni mehanizem in v celoti saniral ugotovljeno nepravilnost.

Ker je naročnik, upošteva se Direktivo 2014/24 in odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022, šteta, da je uveljavljanje popravnega mehanizma za izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 mogoče le do poteka roka za oddajo ponudb (v konkretnem primeru do dne 19. 12. 2022), iz dokumentacije, ki jo je predložil vlagatelj, pa je izhajalo, da je partner vlagatelja dolg poravnal šele po poteku roka za oddajo ponudb (do dne 12. 1. 2023), je ponudbo vlagatelja zavrnil kot nedopustno.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo za zmotno označuje stališče naročnika, da je uveljavljanje popravnega mehanizma za predmetni izključitveni razlog mogoče le do poteka roka za oddajo ponudb. Zatrjuje, da niti ZJN-3 niti Direktiva 2014/24 niti praksa Državne revizijske komisije ne določajo časovne točke, do katere naj bi bil vlagatelj popravni mehanizem dolžan uveljavljati, zato lahko neplačane zapadle obveznosti poravnane tudi po poteku roka za oddajo ponudb, vse dokler

naročnik ne izda odločitve o oddaji javnega naročila, in si s tem zagotovi sodelovanje pri javnem naročilu.

a. glede roka za uveljavljanje »popravnega mehanizma«

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da Direktiva 2014/24 v drugem odstavku 57. člena (*Razlogi za izključitev*) določa:

»Gospodarski subjekt je izključen iz sodelovanja v postopku javnega naročanja, če je javni naročnik seznanjen, da gospodarski subjekt krši obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost, in če je to ugotovljeno s sodno ali upravno odločbo, ki je dokončna oziroma pravnomočna in zavezujoča, v skladu z zakonskimi določbami države, v kateri ima sedež, ali določbami države članice javnega naročnika.

Javni naročniki lahko poleg tega iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključijo gospodarski subjekt, če lahko na kakršen koli ustrezen način dokažejo, da gospodarski subjekt krši obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost, oziroma lahko izključitev gospodarskega subjekta od njih zahtevajo države članice.

Ta odstavek se ne uporablja več, ko gospodarski subjekt izpolni svoje obveznosti s plačilom dolgovanih davkov ali prispevkov za socialno varnost, po potrebi skupaj z morebitnimi obračunanimi obrestmi ali globami, ali s sklenitvijo zavezujočega dogovora o takem plačilu.«

Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izključitveni razlog iz predstavljenih določb drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 vsebinsko smiselno implementiran v drugi odstavek 75. člena (*Razlogi za izključitev*) ZJN-3, ki določa:

»Naročnik mora iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključiti tudi gospodarski subjekt, če pri preverjanju v skladu s 77., 79. in 80. členom tega zakona ugotovi, da gospodarski subjekt ne izpolnjuje obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti v skladu z zakonom, ki ureja finančno upravo, ki jih pobira davčni organ v skladu s predpisi države, v kateri ima sedež, ali predpisi države naročnika, če vrednost teh neplačanih zapadlih obveznosti na dan oddaje ponudbe ali prijave znaša 50 evrov ali več. Šteje se, da gospodarski subjekt ne izpolnjuje obveznosti iz prejšnjega stavka tudi, če na dan oddaje ponudbe ali prijave ni imel predloženih vseh obračunov davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih petih let do dne oddaje ponudbe ali prijave.«

Izključitveni razlog, ki temelji na predstavljenih določbah drugega odstavka 75. člena ZJN-3, je naročnik določil v točki 7.B.2 Navodil ponudnikom. Določil je tudi, da mora biti neobstoj navedenega izključitvenega razloga izkazan za vsak gospodarski subjekt, ki bo vključen v izvedbo javnega naročila, v ta namen pa naj ponudniki predložijo izpolnjen obrazec ESPD.

Naročniki v postopkih oddaje javnih naročil, z namenom pridobiti zanesljivega izvajalca, določajo različne pogoje in zahteve, ki jih morajo gospodarski subjekti izpolnjevati, da se lahko potegujejo za določeno javno naročilo. Ena od okoliščin, ki kaže na zanesljivost ponudnika, potencialnega bodočega izvajalca javnega naročila, je njegova redna finančna disciplina, ki predpostavlja, da ponudnik ves čas pravilno in pravočasno izpolnjuje svoje davčne (in druge denarne nedavčne) obveznosti. Kot predhodno že navedeno, ZJN-3 v drugem odstavku 75. člena določa izključitveni razlog za primer neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost. Pri tem dopušča, da dolg ponudnika iz tega naslova na dan, ko odda ponudbo, znaša do 50 evrov, kar smiselno sledi možnosti iz drugega pododstavka tretjega odstavka 57. člena Direktive 2014/24, ki (med drugim) določa, da lahko države članice določijo odstopanje od obvezne izključitve iz drugega odstavka,

če bi bila izključitev očitno nesorazmerna, zlasti če niso plačane le manjše vsote davkov ali prispevkov za socialno varnost. V kolikor je dolg ponudnika na dan oddaje ponudbe enak ali višji od zneska 50 evrov, upošteva zgornjo določbo ZJN-3 za ponudnika obstaja izključitveni razlog, ki terja njegovo obvezno izključitev iz postopka javnega naročanja, v katerem je oddal ponudbo. Se pa ta ponudnik izključitvi iz postopka javnega naročanja izjemoma lahko ogne, če uveljavi institut t.i. »popravnega mehanizma« iz tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24, in torej sprejme oz. izvede ustrezne ukrepe za odpravo izključitvenega razloga, ki ga zadeva – torej izpolni svoje obveznosti s plačilom dolgovanih davkov ali prispevkov za socialno varnost (nad zneskom 50 evrov) in si tako ponovno pridobi zaupanje naročnika ter možnost, da se poteguje za dodelitev javnega naročila s predložitvijo ponudbe v postopku javnega naročanja.

V obravnavanem primeru med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da ZJN-3 »popravnega mehanizma« za izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 izrecno ne določa. Vendar pa Državna revizijska komisija ugotavlja, da je ZJN-3 dejansko ta »popravni mehanizem« delno – vsaj do dneva oddaje ponudbe, že implementiral v samo določbo drugega odstavka 75. člena ZJN-3, s tem, ko omogoča, da ponudnik, pri katerem je ta izključitveni razlog (Direktiva 2014/24 govori o kršitvi obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost, ZJN-3 pa o neizpolnjevanju obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti), pred oddajo ponudbe obstajal (torej v času od objave javnega naročila do dneva oddaje ponudbe), to sanira na način, da plača zapadle obveznosti iz tega naslova (nad zneskom 50 evrov) in tako kljub preteklemu obstoju izključitvenega razloga, pridobi pravico sodelovanja s ponudbo v postopku javnega naročanja. Treba je namreč poudariti, da izključitveni razlog ni zgolj obstoj dolga iz naslova obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost nad zneskom 50 evrov, kot to želi prikazati vlagatelj, temveč je izključitveni razlog nepravočasno plačevanje teh obveznosti v preteklosti, kar kaže na finančno nezanesljivost in nedisciplino gospodarskega subjekta, ne glede na to, ali ima ta subjekt morda na dan predložitve ponudbe ali poteka roka za oddajo ponudb vse tovrstne obveznosti poravnane. Iz tega sledi, da že možnost, da ponudnik ob predložitvi ponudbe poravna vse obveznosti iz naslova davkov ali prispevkov za socialno varnost, predstavlja določeno obliko popravnega mehanizma.

Med strankama dalje tudi ni sporno, da lahko ponudnik, ki ga zadeva izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, upošteva neposredno določbo tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24, uveljavlja »popravni mehanizem« na način, da zapadle obvezne dajatve in druge denarne nedavčne obveznosti poravna tudi še (najmanj) do poteka roka za oddajo ponudb. Tako stališče izhaja tudi iz odločitve Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022, v kateri je Državna revizijska komisija ugotovila, da je zadostne ukrepe sprejel takratni ponudnik, ki je zapadle obveznosti, ki so ga bremenile na dan oddaje ponudbe, poravnal do poteka roka za oddajo ponudb. V tej odločitvi pa se Državna revizijska komisija ni opredelila do vprašanja, ali bi lahko ponudnik »popravni mehanizem« uveljavljal tudi po poteku roka za oddajo ponudb, zaradi česar je kakršno koli sklicevanje na navedeno odločitev za obravnavani primer dejansko nerelevantno.

Sporno med strankama tako ostaja vprašanje, ali je določbo tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 mogoče neposredno uporabiti oziroma razlagati tako, kot si prizadeva vlagatelj, tj. da ponudnik lahko uveljavlja »popravni mehanizem« za predmetni izključitveni razlog na način, da zapadle obvezne dajatve in druge denarne nedavčne obveznosti poravna tudi po poteku roka za oddajo ponudb, in po vlagateljevem prepričanju, vse dokler naročnik ne izda odločitve o oddaji javnega naročila.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da Direktiva 2014/24 v izpostavljeni določbi tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena roka za uveljavljanje »popravnega mehanizma« za

predmetni izključitveni razlog ne določa. Vendar pa je pravico do uveljavljanja tega »popravnega mehanizma« treba razumeti in razlagati v kontekstu ostalih določb direktive, ki urejajo predmetni izključitveni razlog, ter upoštevaje namen in cilje direktive ter pravil javnega naročanja. V tem okviru pa gre ugotoviti, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, da niti Direktiva 2014/24 niti praksa SEU, na katero se sklicuje vlagatelj, ne podpirata vlagateljevega stališča o možnosti uveljavljanja »popravnega mehanizma« tudi po poteku roka za oddajo ponudb.

Direktiva 2014/24 v točki 1 uvodnih pojasnil določa, da morajo biti postopki oddaje javnih naročil izvedeni upoštevaje načela Pogodbe o delovanju Evropske unije ter načela, ki iz njih izhajajo – zlasti načela enake obravnave ponudnikov in načela transparentnosti. Postopki oddaje javnih naročil se morajo kot celota izvajati tako, da je vsem zainteresiranim ponudnikom omogočeno, da se pod enakimi pogoji potegujejo za njegovo dodelitev. Če bi torej sprejeli vlagateljevo stališče o možnosti uveljavljanja »popravnega mehanizma« tudi po poteku roka za oddajo ponudb, bi s tem dejansko negirali temeljne postulate zagotavljanja enakopravne obravnave ponudnikov v postopkih javnega naročanja, saj niti ZJN-3 niti Direktiva 2014/24 ne določata nobenega jasnega presečnega dneva po roku za oddajo ponudb, do katerega bi ponudniki lahko na enakopraven način, torej z enakimi pravicami in možnostmi, uveljavljali »popravni mehanizem« s poplačilom dolgovanih dajatev. Navedeno pa bi pomenilo, da se neobstoj izključitvenega razloga v postopku oddaje javnega naročila ne bi ugotavljal za vse ponudnike na isti presečni dan. Ponudniki, ki bi v skladu s stališčem vlagatelja neobstoj izključitvenega razloga izkazovali naknadno, po poteku roka za oddajo ponudb, bi tako bili neupravičeno postavljeni v boljši položaj v primerjavi s ponudniki, ki bi zahtevane pogoje izpolnili že do roka za oddajo ponudb, zaradi česar bi bilo kršeno tako načelo enake obravnave ponudnikov kot tudi načelo transparentnosti postopka, saj bi vsak ponudnik po svoje uveljavljal popravni mehanizem, pri čemer se odpira tudi vprašanje, do kdaj vse bi tako pravico lahko uveljavljal. Vlagatelj namreč trdi, da to ponudnik lahko uveljavlja do izdaje odločitve o oddaji naročila, pri tem pa ne pojasni, na podlagi česa je prišel do takšnega zaključka.

Da bi v primeru dopuščanja uveljavljanja »popravnega mehanizma« po poteku roka za oddajo ponudb bili kršeni zgoraj navedeni načeli, izhaja tudi iz pravil, ki sicer veljajo za spreminjanje in dopolnjevanje ponudb. V postopkih javnega naročanja velja splošno pravilo, da se v predložene ponudbe po poteku roka za oddajo ponudb ne sme posegati, tako kot tudi naročnik ne sme po tem roku spreminjati pogojev in zahtev iz dokumentacije postopka javnega naročanja (med tem ko ponudnik lahko spreminja in dopolnjuje svojo ponudbeno vsebino do poteka roka za oddajo ponudb). Kljub temu Direktiva 2014/24 v tretjem odstavku 56. člena omejeno omogoča naročnikom (če nacionalno pravo ne določa drugače), da v primeru, da v fazi ocenjevanja in pregledovanja prejetih ponudb ugotovijo, da so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki so jih morali predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne oz. če posamezni dokumenti manjkajo, od zadevnih gospodarskih subjektov zahtevajo, da v ustreznem roku predložijo, dopolnijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da so takšne zahteve popolnoma skladne z načeloma enake obravnave in transparentnosti. Če se popravljajo, spreminjajo ali dopolnjujejo tisti deli ponudb, ki so objektivno preverljivo obstajali že pred potekom roka za oddajo ponudb (prim. sodbo SEU v zadevi št. C-336/12, točka 39), navedeni načeli kršitvam nista izpostavljeni. Ponudba, ki je bila ob poteku roka za oddajo ponudb pomanjkljiva, je s tako dopolnitvijo postala skladna z zahtevami in pogoji naročnika iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, na podlagi podatkov, ki so obstajali pred potekom roka za oddajo ponudb.

Če pa se popravljajo, spreminjajo ali dopolnjujejo tisti deli ponudb, ki do poteka roka za oddajo ponudb objektivno preverljivo še niso obstajali (npr. s podatki, s katerimi ponudnik do roka za oddajo ponudb še ni razpolagal; z dokazili, ki pred rokom za oddajo ponudb še niso obstajala; z izvedbo določenih ravnanj šele po poteku roka za oddajo ponudb), pa je v načelo enake

obravnave in načelo transparentnosti grobo poseženo. Ponudba, ki je bila ob poteku roka za oddajo ponudb pomanjkljiva, je s tako dopolnitvijo postala skladna z zahtevami in pogoji iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila šele po poteku roka za oddajo ponudb in postala »boljša«, kot je bila ob roku za njeno predložitev. Poleg tega, da se skladnost posameznih ponudb z zahtevami in pogoji naročnika iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila v takem primeru nujno ugotavlja v različnih časovnih trenutkih, je ponudnikom omogočena tudi priložnost za morebitne špekulacije in obid pravil javnega naročanja, saj bi lahko npr. odločitev glede postopanja v zvezi z odpravo pomanjkljivosti ponudbe in odločitev glede načina izvedbe same dopolnitve ponudbe sprejeli upoštevaje informacije, s katerimi do poteka roka za oddajo ponudb niso razpolagali in so se z njimi seznanili šele kasneje (npr. pri odpiranju ponudb), zaradi česar bi lahko bili, v primerjavi z drugimi ponudniki, v boljšem položaju.

Enak zaključek zato velja napraviti v primeru, da bi se dopustilo uveljavljanje »popravnega mehanizma« za predmetni izključitveni razlog po poteku roka za oddajo ponudb. Ponudnik, ki bi neobstoje izključitvenega razloga izkazal že ob poteku roka za oddajo ponudb, bi bil v slabšem položaju kot ponudnik, ki bi ukrepe za odpravo nepravilnosti v ponudbi sprejel šele po poteku roka za oddajo ponudb (npr. s plačilom zapadlih obveznosti) in katerega ponudba bi po poteku roka za oddajo ponudb postala »boljša«, kot je bila ob roku za njeno oddajo. Še zlasti, če bi ponudnik te ukrepe (plačilo zapadlih dajatev) opravil šele potem, ko bi se seznanil z vsebino drugih ponudb po njihovem odpiranju, in bi na podlagi teh podatkov ugotovil, da obstaja precejšnja možnost, da bo lahko izbran kot najugodnejši ponudnik, in bi se na tej podlagi šele odločil, da plača zapadle dajatve. Takšno ravnanje ponudnikov nedvomno ne sledi načelu njihove enakopravne obravnave, nasprotno, dopušča njihovo samovoljo in arbitrarno odločanje o finančni disciplini, na podlagi možnosti uspeha pridobitve javnega naročila – zaradi česar se utemeljeno zastavlja tudi vprašanje njihove zanesljivosti, kar pa je osnovni namen predmetnega izključitvenega razloga.

Po drugi strani, ker je ponudnikom do poteka roka za oddajo ponudb dovoljeno spremeniti ali dopolniti ponudbeno vsebino, je to tudi skladno s stališčem, da je »popravni mehanizem« za predmetni izključitveni razlog mogoče uveljavljati najkasneje do poteka roka za oddajo ponudb. Še zlasti, če upoštevamo dejstvo, da ponudnik v prvotni ponudbi v ESPD obrazcu poda izrecno uradno izjavo, da zanj ta izključitveni razlog ne obstaja, ob tem pa v ponudbi na nobenem mestu ne predstavi uveljavljanja »popravnega mehanizma«.

Da je »popravni mehanizem« za predmetni izključitveni razlog mogoče dopustiti le do roka za oddajo ponudb, izhaja tudi iz določbe drugega pododstavka tretjega odstavka 57. člena Direktive 2014/24, ki določa:

»Države članice lahko prav tako določijo odstopanje od obvezne izključitve iz odstavka 2, če bi bila izključitev očitno nesorazmerna, zlasti če niso plačane le manjše vsote davkov ali prispevkov za socialno varnost, ali če gospodarski subjekt o točnem znesku, ki ga dolguje zaradi kršitve obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost, ni bil obveščen dovolj zgodaj, da bi lahko ukrepal, kot je določeno v tretjem pododstavku odstavka 2, pred iztekom roka za oddajo prijav za sodelovanje ali – v odprtih postopkih – roka za oddajo ponudb.«

Navedena določba, iz katere izhaja, da lahko države članice v svoji zakonodaji, v luči načela sorazmernosti, določijo izjemo od obvezne izključitve ponudnika, ki ga zadeva izključitveni razlog neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost, med drugim v primeru, ko ponudnik o točnem znesku dolga ni bil obveščen dovolj zgodaj, da bi lahko pred potekom roka za oddajo ponudb ustrezno ukrepal (tj. plačal dolg, sklenil zavezujoč dogovor o plačilu), po presoji Državne revizijske komisije namreč predpostavlja, da ta isti rok, tj. rok za oddajo ponudb, zavezuje tudi tiste ponudnike, ki so bili z obstojem dolga seznanjeni pravočasno in ki želijo, z namenom odprave

izključitvenega razloga, ustrezno ukrepati. Torej, iz te določbe izhaja, da morajo ponudniki zato, da bi lahko sodelovali v postopku javnega naročanja (kljub pretekli kršitvi obveznosti plačevanja davkov in prispevkov za socialno varnost), ukrepati v zvezi z neplačanimi davki in prispevki še pred iztekom roka za oddajo ponudb – naknadno pa lahko zgolj uveljavljajo, da niso pred tem rokom bili obveščeni o točnem znesku dolga, da bi lahko do tega roka pravočasno ukrepali. Slednja možnost se sicer uporabi le, če tako določi država članica – ZJN-3 te možnosti ni določil, vendar pa Državna revizijska komisija na to določbo opozarja zgolj z namenom razlage spornega vprašanja med strankama, torej zato, ker iz njene vsebine prav tako izhaja, da je treba »popravni mehanizem« po tretjem pododstavku drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 uveljavljati, torej plačati dolgovane davke ali prispevke ali skleniti dogovor o plačilu, do poteka roka za oddajo ponudb.

Dalje, razlage obravnavane določbe direktive, za katero si prizadeva vlagatelj, vlagatelj ne more uspešno utemeljiti niti s sklicevanjem na stališče iz sodbe SEU v zadevi C-387/19, v kateri se je sodišče ukvarjalo z vprašanjem, kdaj in na čigavo pobudo mora ponudnik naročniku predložiti dokazila o popravni ukrepih, ki jih je ponudnik sprejel v zvezi z neobveznimi izključitvenimi razlogi iz četrtega odstavka 57. člena Direktive 2014/24. Gre namreč za druge izključitvene razloge, kot je obravnavani in ki tudi temeljijo na povsem drugih pravnih podlagah, kot obravnavani. Kljub temu Državna revizijska komisija pripominja, da četudi bi ponudniki naročniku lahko po poteku roka za oddajo ponudb predložili dokazila o sprejetih popravni ukrepih (v zvezi s temi drugimi izključitvenimi razlogi), to ne pomeni, da bi za ustrezna šteli tista dokazila, ki bi vsebovala podatke oz. izkazovala ravnanja, ki do poteka roka za oddajo ponudb (še) niso obstajala ali bila izvedena. Iz navedene sodbe torej ne izhaja, da bi se dopustilo sprejemanje ukrepov po poteku roka za oddajo ponudb, ampak zgolj naknadno predložitev dokazil.

Vlagatelj se prav tako ne more uspešno sklicevati na stališče iz sodbe SEU v združenih zadevah C-226/04 in C-226/08, saj dejansko stanje v sklicevani in obravnavani zadevi ni primerljivo. V navedeni sodbi se je sodišče (še ob uporabi prej veljavne Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1)) sicer res opredelilo do možnosti naknadnega plačila davčnih obveznosti, a ne na splošno in za vse primere, kot (nedosledno) prikazuje vlagatelj, pač pa v povezavi s tremi konkretnimi položaji, ki so imeli podlago v nacionalni pravni ureditvi in katerih obstoj so morali ponudniki izkazati do izteka roka za predložitev ponudb (tj. ukrep davčne oprostitve ali ugodne obravnave; upravni dogovor za obročno odplačevanje ali zmanjšanje dolgov; vložitev pravnega sredstva v upravnem ali sodnem postopku). Tudi, če bi se vlagatelj na stališče iz navedene sodbe lahko skliceval, v konkretnem primeru ne zatrjuje niti ne dokazuje, da bi kateri od položajev, ki jih je obravnavalo sodišče v izpostavljeni zadevi, zanj veljal pred potekom roka za oddajo ponudb.

Nerelevantna za rešitev spornega vprašanja je, s strani vlagatelja podana tudi primerjava med uveljavljanjem »popravnega mehanizma« po poteku roka za oddajo ponudb in izkazovanjem neobstoja izključitvenega razloga iz prvega odstavka 75. člena ZJN-3 (nekaznovanost) po poteku roka za oddajo ponudb, saj je specifična ureditev dokazovanja neobstoja izključitvenega razloga kaznovanosti z dokazili, pridobljenimi po poteku roka za oddajo ponudb, posledica okoliščine, da pridobivanje dokazil o nekaznovanosti ni mogoče za nazaj, torej na nek presečni datum v preteklosti, kar pa ne velja za dokazila v zvezi z izključitvenim razlogom neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost.

Nerelevantno je tudi sklicevanje vlagatelja na 38. člen ZIUOOPE, na podlagi katerega je bilo ponudnikom do dne 31. 12. 2021 izrecno začasno dovoljeno, da se s plačilom zapadlih davčnih obveznosti po poteku roka za oddajo ponudb (z uporabo »popravnega mehanizma«) ubranijo pred siceršnjo obvezno izključitvijo iz postopka javnega naročanja, saj je bil opisan ukrep, ki je bil

sprejet v času epidemije COVID-19, začasne narave in v času dejanskega stanja v obravnavani zadevi ni več veljal.

Nenazadnje pa je nerelevantna tudi v vlogah vlagatelja in naročnika večkrat izpostavljena novela ZJN-3D, s katero je bila določba drugega odstavka 75. člena ZJN-3 spremenjena tako, da se je spremenil rok, do katerega morajo ponudniki izkazati neobstoj izključitvenega razloga neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost, saj v času dejanskega stanja v obravnavani zadevi še ni veljala, pri čemer, kot to pravilno opozarja naročnik, se vlagatelj sprva niti ne opira na končno sprejeta določila novele, ampak le na njen predlog, ki pa je prav v zadevnem delu bil nato spremenjen – in po oceni Državne revizijske komisije sprejeti predlog le še potrjuje stališča o tem, da lahko ponudnik izvede »popravni mehanizem« za predmetni izključitveni razlog najkasneje do poteka roka za oddajo ponudb – saj je takšno določilo sedaj izrecno zakonsko urejeno. Pomisleki vlagatelja glede (ne)vključenosti popravnega mehanizma iz Direktive 2014/24 v novelirani določbi drugega odstavka 75. člen ZJN-3 ter možne pravne posledice, ki bi za državo iz tega lahko izhajale, pa so za konkretno zadevo brezpredmetni, z njihovo obravnavo pa bi Državna revizijska komisija presešla pristojnosti, ki jih ima v skladu z veljavno zakonodajo.

Državna revizijska komisija na podlagi vsega navedenega zaključuje, da v ZJN-3, v Direktivi 2014/24, v sodbah SEU, nenazadnje pa tudi v odločitvi Državne revizijske komisije št. 018-125/2022, ni najti podlage, ki bi podpirala stališče vlagatelja o tem, da bi ponudniki lahko »popravni mehanizem« za izključitveni razlog neplačanih davkov in prispevkov uveljavljali tudi po poteku roka za oddajo ponudb.

Ob ugotovljenem Državna revizijska komisija še dodaja, da obveznost ponudnikov, da »popravni mehanizem« za izključitveni razlog neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost uveljavljajo pred potekom roka za oddajo ponudb, urejajo tudi v primerljive pravne ureditve (prim. npr. italijanska pravna ureditev, *Decreto legge* 50/2016 in *Decreto legge* 36/2023).

Ker je Državna revizijska komisija, upošteva njeno predhodno prakso v zadevi št. 018-125/2022 ugotovila, da je določbo tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 mogoče neposredno uporabljati (do poteka roka za oddajo ponudb), je vlagateljev predlog za postavitev vprašanja za predhodno odločanje SEU glede izpolnjenosti pogojev za neposredni učinek te določbe zavrnila kot brezpredmeten. Ker je dalje ugotovila, da je pomen sporne določbe direktive jasen do te mere, da se ne postavlja noben razumen dvom o njeni vsebini, je zavrnila tudi vlagateljev predlog za postavitev vprašanja za predhodno odločanje SEU glede možnosti razlage te določbe na način, da bi ponudniki »popravni mehanizem« za predmetni izključitveni razlog lahko uveljavljali tudi po poteku roka za oddajo ponudb, vse do izdaje odločitve o oddaji naročila.

b. glede konkretnega primera

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da se je rok za oddajo ponudb iztekel dne 19. 12. 2022 ob 10:00 in da je vlagatelj istega dne, tj. dne 19. 12. 2022 ob 9:15 v predmetnem javnem naročilu oddal svojo ponudbo (o tem se je z vpogledom v točko IV.2.2 *Rok za prejem ponudb ali prijav za sodelovanje* obvestila o naročilu, objavljenega na Portalu javnih naročil, pod št. JN007824/2022-B01 oz. v zapisnik o odpiranju ponudb, prejetih v predmetnem javnem naročilu, ki je bil objavljen na spletni strani e-JN, prepričala tudi Državna revizijska komisija).

Dalje Državna revizijska komisija ugotavlja, da med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da je naročnik razlog za izključitev, ki temelji na drugem odstavku 75. člena ZJN-3, določil v točki 7.B.2 Navodil ponudnikom in da so morali ponudniki neobstoj izključitvenih razlogov potrditi s

predložitvijo izpolnjenega obrazca ESPD za vsak gospodarski subjekt (torej uradne izjave), ki bo vključen v izvedbo javnega naročila. Prav tako med njima ni sporno, da je imel partner vlagatelja na dan oddaje ponudbe dolg iz naslova obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti v višini več kot 50 evrov in da jih do poteka roka za oddajo ponudb ni poravnal, ampak je to storil šele kasneje, in sicer (najkasneje) dne 12. 1. 2023, torej potem, ko je že bilo izvedeno tudi javno odpiranje ponudb.

Po vpogledu v ponudbo vlagatelja Državna revizijska komisija ugotavlja, da se v njej nahaja (med drugim) obrazec ESPD partnerja vlagatelja, katerega predložitev je v potrditev neobstoja izključitvenih razlogov zahteval naročnik. Niti v ESPD obrazcu niti v katerem koli drugem delu ponudbe partner vlagatelja ni predstavil nobenih okoliščin, ki bi kazale na to, da pri njem na dan oddaje ponudbe (ki je sovpadal s potekom roka za oddajo ponudb) morebiti več ne obstoji izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 zaradi neplačila obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti v višini 50 evrov ali več, torej, da je v zvezi s tem izključitvenim razlogom uveljavljal »popravni mehanizem« in plačal zapadle dajatve. Nasprotno, partner vlagatelja je v obrazcu ESPD (točka B. *Razlogi, povezani s plačilom davkov ali prispevkov za socialno varnost*) jasno in nedvoumno navedel, da svojih obveznosti v zvezi s plačilom davkov in prispevkov za socialno varnost v državi v kateri ima sedež ni kršil (»Ne«), čeprav je taka kršitev nedvomno obstajala, kar med strankama tudi ni sporno. Vlagatelj je torej, kljub dejstvu, da je za njegovega partnerja obstajal izključitveni razlog na dan poteka roka za oddajo ponudb, predložil ponudbo v predmetnem postopku javnega naročanja, in čeprav je partner vlagatelja imel (upoštevaje možne vpoglede glede stanja v portal eDavkov) čas za uveljavljanje »popravnega mehanizma« (plačilo zapadlih dajatev) vse od prvega dne objave obvestila o predmetnem javnem naročilu na Portalu javnih naročil pa do poteka roka za oddajo ponudb (torej vse od 21. 11. 2022 do 19. 12. 2022), pa tega očitno niti ni poskušal storiti – zaradi česar je brezpredmetno opozarjanje vlagatelja na nezmožnost uveljavljanja »popravnega mehanizma« zaradi sovpadanja dneva oddaje njegove ponudbe (datum oddaje ponudbe je sicer povsem v domeni ponudnika) in poteka roka za oddajo ponudb. Šele potem, ko je vlagatelj s strani naročnika bil pozvan k predložitvi morebitnega dokazila o plačilu zapadle dajatve do roka za oddajo ponudb, pa se je vlagatelj pričel sklicevati na »popravni mehanizem« in ukrep sprejel (izvedel plačilo) prepozno, šele po roku za oddajo ponudb, kar pa je v nasprotju s prej predstavljenimi pravnimi podlagami. Ravnanje ponudnika, ki v ponudbi izjavi, da izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 ne obstaja in ki šele naknadno, ko se izkaže, da to ni res, poravna svoje obveznosti, tudi sicer nasprotuje sami naravi popravnega mehanizma. Vlagatelj se v zahtevku za revizijo sicer sklicuje na dobro vero glede (ne)obstoja predmetnega izključitvenega razloga, vendar tega z ničemer ne dokaže – vlagatelj v zahtevku za revizijo niti ne zatrjuje, še manj pa dokaže, da njegov partner za obstoj dolga ni vedel oz. ni mogel vedeti. Tudi sicer ne gre prezreti, da je bila partnerjeva izjava v ESPD obrazcu podana izrecno, jasno in nedvoumno, zaradi česar sklicevanje na dobro vero že samo po sebi ne more biti utemeljeno.

Državna revizijska komisija ob vsem ugotovljenem zaključuje, da naročniku ni mogoče očitati, da ni ravnal pravilno, ko je ponudbo vlagatelja na podlagi 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 v povezavi z 89. členom ZJN-3 kot nedopustno zavrnil, ker je za partnerja vlagatelja na dan poteka roka za oddajo ponudb nedvomno obstajal izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, vlagatelj pa v zvezi s tem izključitvenim razlogom do poteka roka za oddajo ponudb ni sprejel ustreznih ukrepov v smislu »popravnega mehanizma« skladno z ZJN-3 in Direktivo 2014/24.

V posledici ugotovljenega je Državna revizijska komisija vlagateljev zahtevek za revizijo, na podlagi 1. alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, kot neutemeljenega zavrnila.

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

Vlagatelj v zahtevku za revizijo ter v nadaljnjih vlogah uveljavlja povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Ker vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, njegovo zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva zavrnila.

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

Izbrani ponudnik v izjasnitvi uveljavlja povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva in, ob sklicevanju na odločbo Ustavnega sodišča U-I-80/17, izpostavlja dolžnost vlagatelja, da, če z zahtevkom za revizijo ne uspe, iz svojega premoženja izbranemu ponudniku nudi kompenzacijo v posledici zmanjšanja premoženja na drugi strani.

Državna revizijska komisija pojasnjuje, da se pravica do povračila stroškov postopka pravnega varstva, ne glede na stališče, predstavljeno v citirani odločbi Ustavnega sodišča, nanaša samo na potrebne oz. za rešitev spora koristne stroške. Ker je Državna revizijska komisija v konkretnem primeru ocenila, da prispevek izbranega ponudnika k rešitvi zadeve ni bil bistven in ni pripomogel ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve, ter da posledično priglašeni stroški izbranega ponudnika niso bili potrebni, je njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva zavrnila (tretji in osmi odstavek 70. člena ZPVPJN).

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 3. točke izreka tega sklepa.

Pravni pouk:

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

Predsednica senata:
mag. Zlata Jerman,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti:

- pooblaščenec vlagatelja,
- naročnik,
- pooblaščenec izbranega ponudnika,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.