

Številka: 018-036/2023-9

Datum: 17. 5. 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 Sama Červeka, kot predsednika senata ter Igorja Luzarja in mag. Zlate Jerman, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Krajinska zasnova Krasa*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja LOCUS prostorske informacijske rešitve, d.o.o., Ljubljanska cesta 76, Domžale, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Mihelj, Barbič in partnerji, o.p., d.o.o., Prvomajska ulica 23, Nova Gorica (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Ministrstvo za naravne vire in prostor (prej Ministrstvo za okolje in prostor), Dunajska cesta 48, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 17. 5. 2023

odločila:

1. Zahtevak za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o naročilu male vrednosti je bilo dne 5. 12. 2022 objavljeno na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN008138/2022-W01.

Naročnik je dne 24. 2. 2023 sprejel in istega dne na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN008138/2022-ODL01, objavil *Odločitev o oddaji naročila* z dne 20. 1. 2023 (v nadaljevanju: odločitev o oddaji naročila), iz katere izhaja, da je predmetno naročilo dodelil ponudniku PLAN-KA, Planiranje - krajinska arhitektura, Špela Recer s.p., Ribiška ulica 4, Maribor (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), ki je oddal ekonomsko najugodnejšo dopustno ponudbo. Vlagatelja (ki je oddal ponudbo v skupnem nastopu s ponudnikom Univerza v Ljubljani, Biotehniška fakulteta, Jamnikarjeva ulica 101, Ljubljana (v nadaljevanju: partner oz. Biotehniška fakulteta) in ponudnikom Prostorsko načrtovanje Aleš Mlakar s.p., Pokopališka ulica 5, Ljubljana (v nadaljevanju: partner oz. Aleš Mlakar s.p.) je izključil, ker je po vpogledu v aplikacijo e-Dosje ugotovil, da je pri obeh njegovih partnerjih na dan oddaje ponudbe (dne 20. 12. 2022) podan izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 zaradi neplačila obveznih dajatev in

drugih denarnih nedavčnih obveznosti oz. nepredložitve vseh obračunov davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih petih let.

Zoper odločitev o oddaji naročila je vlagatelj dne 3. 3. 2023 vložil *Zahtevek za revizijo*, v katerem predlaga, da se zahtevku za revizijo ugotovi in odločitev o oddaji naročila razveljavi, ker naročnik pri njenem sprejemu ni upošteval 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); zahteva tudi povračilo stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: zahtevek za revizijo).

Vlagatelj uvodoma povzema ugotovitve naročnika iz odločitve o oddaji naročila glede obstoja izključitvenega razloga. Zatrjuje, da bi moral naročnik upoštevati brezpogojno določilo 57. člena Direktive 2014/24, ki določa, da se določba o izključitvi gospodarskega subjekta, ki krši obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost ne uporablja več, ko gospodarski subjekt izpolni svoje obveznosti s plačilom dolgovanj davkov ali prispevkov za socialno varnost ali s sklenitvijo zavezujočega dogovora o takem plačilu, in njegovo ponudbo spoznati za dopustno. Oba partnerja vlagatelja sta namreč svoje davčne obveznosti medtem poravnala, kar vlagatelj dokazuje s potrdilom Finančne uprave Republike Slovenije (v nadaljevanju: FURS) z dne 20. 1. 2023 za Biotehniško fakulteto in knjigovodskimi karticami davčnega zavezanca 2022 in 2023 z dne 3. 3. 2023 za Aleša Mlakarja s.p. Vlagatelj zatrjuje, da naročnik ni sledil izpostavljeni določbi direktive in vlagatelja oz. njegovih partnerjev ni pozval k predložitvi dokazil o odpravi izključitvenega razloga. Ker sta partnerja vlagatelja svoje obveznosti izpolnila, njuna izključitev iz postopka javnega naročanja ni sorazmerna.

Vlagatelj navaja, da pravica gospodarskega subjekta do popravnega mehanizma (tj. plačila neporavnanih davčnih obveznosti) izhaja iz prakse Sodišča Evropske Unije (v nadaljevanju: SEU), in s tem v zvezi izpostavlja sodbo v združeni zadevi C-226/04 in C-228/04. Nazadnje zatrjuje še, da bi mu moral naročnik omogočiti, da predloži dokaze o popravni ukrepih in se s tem v zvezi sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022.

Izbrani ponudnik se je z vlogo z dne 8. 3. 2023 izjasnil o navedbah vlagatelja (v nadaljevanju: izjasnitev).

Izbrani ponudnik najprej opozarja, da je dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila jasno in skladno z zakonodajo navajala pogoj glede plačila davkov ali prispevkov za socialno varnost; da so ponudniki z oddajo ponudbe na ta pogoj pristali in da imajo ponudniki na voljo vsa tehnična sredstva za preveritev kartice odprtih postavk glede davčnih obveznosti (portal in aplikacija eDavki). Dalje opozarja, da je neposredno upoštevanje Direktive 2014/24 določeno z mejnimi vrednostmi in da naročnik v konkretnem primeru izvaja postopek oddaje naročila male vrednosti.

Izbrani ponudnik dalje navaja, da je uporaba drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 možna le na način, da ponudnik do dneva oddaje ponudbe izkaže poplačilo ali dogovor o poplačilu dolga. Prosta interpretacija navedene določbe, za katero se zavzema vlagatelj, bi pomenila, da lahko ponudnik odda svojo ponudbo brez poravnanih davčnih obveznosti in z njihovim plačilom čaka do trenutka, ko bi izvedel ali je njegova ponudba ekonomsko najbolj ugodna, to pa v neenakovreden položaj postavlja ostale ponudnike in onemogoča transparentnost postopkov. Izbrani ponudnik tudi navaja, da je sklicevanje vlagatelja na prakso SEU selektivno in da popravni mehanizem velja le do določenega trenutka pred oz. ob oddaji ponudbe ter ob hkratnem predpogoju preglednosti, enakega obravnavanja ponudnikov in vnaprej določenih pravil. Nazadnje navaja še, da je tudi sklicevanje vlagatelja na odločitev Državne revizijske komisije selektivno; da iz nje ne izhaja, da je plačilo dolga omogočeno po roku za oddajo ponudb in da

odločitev ne temelji na tolmačenju popravnega mehanizma na način, da je mogoče davčne obveznosti poravnati kadarkoli po oddaji ponudbe in enakovredno sodelovati pri javnem naročilu.

Naročnik je dne 27. 3. 2023 sprejel *Odločitev o zahtevku za revizijo*, datirano dne 15. 3. 2023, s katero je vlagatelj zahtevku za revizijo zavrnil, posledično pa zavrnil tudi njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo).

Naročnik uvodoma pojasnjuje, da je odločitev o oddaji naročila sprejel na podlagi ZJN-3 in dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročanja. Ob povzemanju določbe drugega odstavka 75. člena ZJN-3 navaja, da naknadna predložitev potrdila o plačanih obveznostih ni dopustna, saj FURS plačane obveznosti preverja na dan oddaje ponudbe, zaradi česar naknadno plačilo ni relevantno (s tem v zvezi izpostavlja tudi sodbo SEU v zadevi C-199/15). Naročnik meni, da je bil pogoj iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila jasno in nedvoumno določen, popravni mehanizem pa ni bil dovoljen.

Naročnik navaja, da partnerja vlagatelja na dan oddaje ponudbe nista imela poravnanih obveznosti iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 in da vlagatelj v zahtevku za revizijo temu pritrjuje. Navaja, da iz dokazila za Biotehniško fakulteto izhaja, da so bile obveznosti poravnane šele en mesec po oddaji ponudbe (dne 20. 1. 2023) in da iz dokazila za Aleša Mlakarja s.p. dneva poplačila obveznosti ni razbral. V nadaljevanju naročnik povzema odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022 v delu, ki se nanaša na določbo 57. člena Direktive 2014/24 in navaja, da sprejema stališče o njenem neposrednem učinkovanju, a poudarja, da je navedeno določbo potrebno razumeti in uporabljati v okviru ciljev, namena in mej, ki jih direktiva postavlja. Navaja, da je, upoštevaje načelo enake obravnave ponudnikov, sorazmernosti in transparentnosti, časovna veljavnost sklicevanja na določbo tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 zamejena do razpisanega in objavljenega roka za oddajo ponudb, drugačna interpretacija pa bi nesorazmerno posegla v pravice ostalih ponudnikov. Naročnik navaja še, da sklicevanje na prej navedeno odločitev Državne revizijske komisije v konkretnem primeru ni mogoče, saj iz nje izhaja, da je imel takratni vlagatelj na dan poteka roka za oddajo ponudb plačane vse davke in prispevke, v konkretnem primeru pa temu ni tako.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 27. 3. 2023 posredoval zahtevek za revizijo in dokumentacijo.

Vlagatelj se je do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo opredelil z vlogo z dne 30. 3. 2023 (vloženo po pooblaščenca), v kateri zahteva tudi povračilo nadaljnjih stroškov postopka pravnega varstva (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika).

Vlagatelj najprej izpostavlja, da naročnik sprejema stališče, da se drugi odstavek 57. člena Direktive 2014/24 uporablja neposredno, kar je potrdila tudi Državna revizijska komisija v zadevi št. 018-125/2022, vendar pa pri tem sprejema pravno zmotno stališče, da je časovna veljavnost sklicevanja na to določbo direktive vezana na razpisan in objavljen rok za oddajo ponudb. Vlagatelj meni, da za naročnikovo razlago ni najti pravne podlage in da je v samem nasprotju z namenom popravnega mehanizma, tj. da imajo ponudniki, ki pravilno redno poravnajo svoje obveznosti, v primeru neporavnanih davkov možnost to neizpolnjevanje obveznosti popraviti. Vlagatelj meni tudi, da čeprav ZJN-3 popravnega mehanizma, ki izhaja iz drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24, ne vsebuje, to ne pomeni, da naročnik takega popravnega mehanizma ponudniku ni dolžan omogočiti. Direktiva 2014/24 popravni mehanizem ureja v drugem odstavku 57. člena, ki se nanaša ravno na primere, kot je podan v tem postopku, dodatno pa še v šestem odstavku istega člena, ki govori o tem, da gospodarski subjekt lahko predloži dokaze o sprejemu zadostnih ukrepov v zvezi s primeri iz prvega in četrtega odstavka 57. člena Direktive 2014/24. Vlagatelj zatrjuje, da je popravni ukrep v primeru neplačanih davkov pravica

ponudnika, ki temelji neposredno na določbah evropskih direktiv o javnem naročanju, za njeno izvrševanje pa ni potrebno nobeno posebno dovoljenje v nacionalni zakonodaji ali pri naročniku (s tem v zvezi se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022). Ta pravica izhaja tudi iz prakse SEU, ki priznava naknadno plačilo po izteku roka za predložitev ponudb (sodba v združeni zadevi C-226/04 in C-228/04) in dopušča, da se dokazuje o popravnihi ukrepih predloži tudi v poznejši fazi postopka (sodba v zadevi C-387/19). Upošteva je navedeno vlagatelj meni, da je imel pravico do popravnega mehanizma in da naročnik ni ravnal pravilno, ko je njegovo ponudbo, brez možnosti poprave, izključil.

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.

V obravnavanem primeru vlagatelj zatrjuje, da bi mu moral naročnik po tem, ko je ugotovil, da za njegova partnerja na dan oddaje ponudbe obstoji izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 zaradi obstoja dolga iz naslova obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti v višini več kot 50 eur, omogočiti uveljavljanje »popravnega mehanizma« iz tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 (s čemer v zvezi izpostavlja tudi sodbi SEU v zadevi C-397/19 in v združeni zadevi C-226/04 in 228/04), zatrjuje pa tudi, da bi ga moral naročnik na predložitev s tem povezanihi dokazili pozvati. Naročnik njegove očitke zavrača kot neutemeljene.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da Direktiva 2014/24 države članice zavezuje glede cilja, ki ga je potrebno doseči, tj. uskladitev zakonov in drugih predpisov držav članic, ki se uporabljajo za nekatere postopke javnega naročanja (288. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL C 326, 26. 10. 2012 in uvodna pojasnila Direktive 2014/24, točka 136). Ta cilj Direktiva 2014/24 določa za tiste primere, ki jih izrecno ureja. Kot izhaja iz 1. člena Direktive 2014/24, direktiva določa pravila o postopkih javnega naročanja, ki jih izvedejo javni naročniki v zvezi z javnimi naročili in projektnimi natečaji, katerih ocenjena vrednost ni nižja od mejnih vrednosti iz 4. člena direktive, iz 4. člena Direktive 2014/24 pa izhaja, da se direktiva uporablja (med drugim) za tista javna naročila blaga in storitev, ki jih oddajo centralni vladni organi (med katere se uvršča konkretni naročnik kot državni organ), in projektne natečaje, ki jih organizirajo ti organi, katerih ocenjena vrednost brez DDV je enaka ali višja od mejne vrednosti 140.000 EUR (prvi del točke b) 4. člena Direktive 2014/24 in 1. člen Delegirane uredbe Komisije (EU) 2021/1952 z dne 10. novembra 2021 o spremembi Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta glede mejnih vrednosti za javna naročila blaga, storitev in gradenj ter projektne natečaje, UL L 398).

Direktiva 2014/24 v prvem odstavku 90. člena določa, da države članice uveljavijo zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo, najpozneje do 18. aprila 2016. Če država članica te dolžnosti ne izpolni in direktive v nacionalno pravo ne prenese v roku ali je ne prenese pravilno, so se posamezniki proti tej državi članici, v skladu z ustaljeno prakso SEU, v primerih, v katerih se zdijo določbe direktive vsebinsko brezpogojne in dovolj natančne, upravičeni nanje sklicevati (sodba SEU v zadevi C-282/10, točka 33, sodba SEU v zadevi C-425/12, točka 18).

V obravnavanem primeru naročnik oddaja javno naročilo storitev po postopku naročila male vrednosti (prim. obvestilo o naročilu male vrednosti) z ocenjeno vrednostjo, nižjo od mejne vrednosti, kot je za javna naročila storitev določena v 4. členu Direktive 2014/24 (kar je razvidno iz dokumenta *Sklep o začetku postopka oddaje javnega naročila in imenovanju strokovnih komisij* z dne 1. 12. 2022). Postopek naročila male vrednosti je nacionalni postopek, ki med primere, za katere se uporablja Direktiva 2014/24, ne sodi.

Četudi bi bilo treba pritrrditi vlagatelju, da ZJN-3 »popravnega mehanizma« za primer izključitvenega razloga neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost ne ureja, je treba upoštevati, da Direktiva 2014/24 v primeru postopkov javnega naročanja, kot je obravnavani, državi članici ne nalaga obveznosti ureditve »popravnega mehanizma« za primer izključitvenega razloga neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost v nacionalnem pravu, zato tudi vlagatelj v konkretnem primeru ne more uspeti z zatrjevanjem, da bi moral naročnik pri presoji obstoja izključitvenih razlogov ravnati po določbi tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24.

V nadaljevanju pa Državna revizijska komisija pojasnjuje, zakaj vlagatelj z zahtevkom za revizijo ne bi mogel uspeti niti v primeru, da bi se Direktiva 2014/24 za konkretno javno naročilo uporabljala.

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.«

Izključitveni razlog iz predstavljenih določb drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24 je 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 eurov 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 podpoglavju 1. *Razlogi za izključitev* v poglavju III. *Pogoji za ugotovitev sposobnosti* v dokumentu *Ponudbena dokumentacija*, njegov neobstoj pa je moral vsak izmed partnerjev v skupni ponudbi dokazati s predložitvijo obrazca 5 *Izjava o sposobnosti ponudnika in pooblastilo za pridobitev podatkov iz uradnih evidenc*.

Vprašanje skrajnega roka za uveljavljanje »popravnega mehanizma« za izključitveni razlog neplačila davkov ali prispevkov za socialno varnost je Državna revizijska komisija obravnavala

že v zadevi št. 018-024/2023 in ugotovila, da v ZJN-3, v Direktivi 2014/24, v sodbah SEU (ki jih izpostavlja tudi vlagatelj), pa tudi v odločitvi Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-125/2022 (v kateri je bilo ugotovljeno, 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), ni najti podlage, da bi ponudniki lahko »popravni mehanizem« za navedeni izključitveni razlog uveljavljali (tudi) po poteku roka za oddajo ponudb.

Kot izhaja iz izpostavljene odločitve Državne revizijske komisije, 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. 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 dolgovanj 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.

Čeprav ZJN-3 »popravnega mehanizma« za izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 izrecno ne določa, 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 pred oddajo ponudbe ta izključitveni razlog 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. Poudariti gre, da izključitveni razlog ni zgolj obstoj dolga iz naslova obveznosti plačevanja davkov ali prispevkov za socialno varnost nad zneskom 50 evrov, 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. Že možnost, da ponudnik ob predložitvi ponudbe poravnava vse obveznosti iz naslova davkov ali prispevkov za socialno varnost, tako predstavlja določeno obliko popravnega mehanizma.

Direktiva 2014/24 v določbi tretjega pododstavka drugega odstavka 57. člena, upošteva neposredno katero lahko ponudnik, ki ga zadeva izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, uveljavlja »popravni mehanizem« na način, da zapadle obvezne dajatve in druge denarne nedavčne obveznosti poravnava, roka za uveljavljanje »popravnega mehanizma« za predmetni izključitveni razlog sicer ne določa, vendar pa je pravico do uveljavljanja tega »popravnega mehanizma«, kot je zapisala Državna revizijska komisija, treba razumeti in razlagati v kontekstu ostalih določb direktive, ki urejajo predmetni izključitveni razlog, ter upošteva namen in cilje direktive ter pravil javnega naročanja.

Direktiva 2014/24 v točki 1 uvodnih pojasnil določa, da morajo biti postopki oddaje javnih naročil izvedeni upoštevalje načela Pogodbe o delovanju Evropske unije ter načela, ki iz njih izhajajo – zlasti načela enake obravnave ponudnikov in načela transparentnosti. Postopki se morajo kot celota izvajati tako, da je vsem zainteresiranim ponudnikom omogočeno, da se pod enakimi pogoji potegujejo za njihovo dodelitev. Dopustiti uveljavljanje »popravnega mehanizma« tudi po poteku roka za oddajo ponudb, bi pomenilo negiranje temeljnih postulatov 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 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, to pa odpira tudi vprašanje, do kdaj vse bi tako pravico lahko uveljavljal.

Da bi bili v primeru dopuščanja uveljavljanja »popravnega mehanizma« po poteku roka za oddajo ponudb 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 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 upoštevalje 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. 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.

Da je uveljavljanje »popravnega mehanizma« 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, da lahko države članice *»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 Državna revizijska komisija določbo izpostavlja 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.

Predstavljenih ugotovitev glede skrajnega trenutka za uveljavljanje »popravnega mehanizma« ne spremenijo stališča SEU iz sodbe 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, torej drugimi izključitvenimi razlogi. Gre namreč za druge

izključitvene razloge, kot je obravnavani in ki tudi temeljijo na povsem drugih pravnih podlagah, kot obravnavani. Dodatno Državna revizijska komisija pripominja, da četudi bi ponudniki naročniku po poteku roka za oddajo ponudb lahko 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.

Prav tako predstavljenih ugotovitev ne spremenijo stališča iz sodbe SEU v združeni zadevi 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, 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).

V konkretnem primeru se je rok za oddajo ponudb iztekel dne 20. 12. 2022 ob 13:00, vlagatelj pa je svojo ponudbo v predmetnem javnem naročilu oddal istega dne ob 10:43 uri (točka IV.2.2 *Rok za prejem ponudb ali prijav za sodelovanje* obvestila o naročilu male vrednosti, objavljenega na Portalu javnih naročil, pod št. JN008138/2022-W01 oz. v zapisnik o odpiranju ponudb, prejetih v predmetnem javnem naročilu, ki je bil objavljen na spletni strani e-JN).

Med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da sta imela partnerja vlagatelja na dan oddaje ponudbe, tj. dne 20. 12. 2022 (ki sovpada z dnem roka za oddajo ponudb), dolg iz naslova neplačanih davkov ali prispevkov za socialno varnost, ki presega 50 EUR; da navedena okoliščina predstavlja izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 in da je vsaj en partner vlagatelja (Biotehniška fakulteta) zadevni dolg poravnal kasneje, in sicer (do) dne 20. 1. 2023.

V obrazcu 5 *Izjava o sposobnosti ponudnika in pooblastilo za pridobitev podatkov iz uradnih evidenc*, ki ga je moral izpolniti vsak izmed partnerjev v skupni ponudbi, sta partnerja vlagatelja (med drugim) izjavila, da izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 na dan oddaje ponudbe zanj ne obstaja (izjava Biotehniške fakultete z dne 19. 12. 2022 oz. izjava Aleša Mlakarja s.p. z dne 19. 12. 2022). Niti v navedenem obrazcu niti v katerem koli drugem delu ponudbe nista predstavila nobenih okoliščin, ki bi kazale na to, da sta v zvezi s tem izključitvenim razlogom uveljavljala »popravni mehanizem« in plačala zapadle dajatve. Vlagatelj pa je, kljub dejstvu, da je za njegova partnerja nedvomno obstajal izključitveni razlog, predložil ponudbo v predmetnem postopku javnega naročanja, in čeprav sta partnerja vlagatelja imela (upoštevaje možne vpogledе glede stanja v portal eDavkov) čas za uveljavljanje »popravnega mehanizma« (plačilo zapadlih dajatev) najmanj vse od prvega dne objave obvestila o predmetnem javnem naročilu na Portalu javnih naročil pa do poteka roka za oddajo ponudb (torej vse od 5. 12. 2022 do 20. 12. 2022), tega očitno niti nista poskušala storiti. Še več, kot izhaja iz predloženega potrdila FURS je jasno, da je najmanj partner Biotehniška fakulteta plačilo izvedel po poteku roka za oddajo ponudb, torej prepozno glede na prej predstavljene pravne podlage. Ravnanje ponudnikov, ki v ponudbi izjavijo, da izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 zanje ne obstaja in ki nato šele naknadno poravnajo svoje obveznosti, pa tudi sicer nasprotuje sami naravi popravnega mehanizma.

Tudi, če bi se Direktiva 2014/24 za konkretno javno naročilo uporabljala, Državna revizijska komisija, neodvisno od odgovora na vprašanje, ali bi bil naročnik vlagatelj dolžan pozivati na predložitev dokazil, povezanih z uveljavljanjem »popravnega mehanizma«, glede na vse navedeno ugotavlja, da naročniku ne bi bilo mogoče očitati, da ni ravnal pravilno, ko je vlagatelja iz postopka javnega naročanja izključil. Najmanj za vlagateljevega partnerja Biotehniško fakulteto je namreč na dan oddaje ponudbe nedvomno obstajal izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3, navedeni partner pa do poteka roka za oddajo ponudb ni sprejel ustreznih ukrepov v smislu »popravnega mehanizma« skladno z ZJN-3 in Direktivo 2014/24.

V posledici vsega ugotovljenega je Državna revizijska komisija vlagatelj zahtevku 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 opredelitvi do navedb naročnika 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.

Pravni pouk:

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednik senata:
Samo Červek, univ. dipl. prav.,
predsednik Državne revizijske komisije

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.