

Številka: 018-102/2022-5
Datum: 23. 9. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Aleksandra Petrovčiča kot predsednika senata ter Tadeje Pušnar kot članice senata in Marka Medveda kot člana senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Najem dializnih aparatov, vzdrževanje in potrošni material za obdobje 7 let*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja MEDIS, farmacevtska družba, d.o.o., Brnčičeva ulica 1, Ljubljana - Črnuče, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Brezovec, o.p., d.o.o., Beethovnova ulica 7, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Splošna bolnišnica Murska Sobota, Rakičan, Ulica dr. Vrbnjaka 6, Murska Sobota (v nadaljevanju: naročnik) dne 23. 9. 2022

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi tako, da se razveljavi dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na vključitev arterijskih dializnih igel (7., 8., 9. in 10. točka razdelka »1.2. *POTROŠNI MATERIAL* [...]« v ponudbenem predračunu).

V preostalem delu se zahtevki za revizijo zavrne kot neutemeljeni.

2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške pravnega varstva v višini 3.553,73 EUR, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je 4. 7. 2022 sprejel sklep o začetku postopka oddaje javnega naročila. Obvestilo o naročilu, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku, je bilo na portalu javnih naročil objavljeno 7. 7. 2022, pod št. objave JN004762/2022-B01, ter dne 8. 7. 2022, pod št. objave 2022/S 130-367908.

Zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija) je vlagatelj pred potekom roka za predložitev ponudb z vlogo z dne 16. 8. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem naročniku očita kršitev načela zagotavljanja konkurence med ponudniki, načela enakopravne obravnave ponudnikov, načela sorazmernosti in četrtega ter šestega odstavka 68. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3). Zatrjuje, da je naročnik spisal strokovno-tehnične zahteve v korist točno določenega ponudnika oziroma proizvajalca (Fresenius Medical Care) in jih celo vezal na točno določen tip proizvoda (5008 CorDiax in 6008 CAREsystem), katerega funkcije so patentirane ter predmet varstva prava intelektualne lastnine. Kot problematične tako izpostavlja strokovno-tehnične zahteve pod zaporednimi številkami 6, 7, 9, 10, 17, 20, 29, 30, 31, 38 in 42, pri čemer naj bi bile nekatere od teh zgolj smiselni prevod iz katalogov za omenjena dva modela aparatov. Trdi, da ne obstajajo drugi modeli dializnih monitorjev, ki bi izpolnjevali sporne zahteve. V zvezi z zahtevo pod točko 17 vlagatelj s sklicevanjem na izrezek spletnega članka (priloga zahtevku za revizijo) dodatno navaja, da zahtevana oblika dialize na podlagi mnenja pristojnih strokovnjakov ni priporočljiva oziroma lahko celo škoduje pacientu, vsled česar naj bi bila zahteva vsekakor sporna tudi s predmetnega vidika. Vlagatelj dalje kot problematično navaja še, da je iz razloga, ker že navedene strokovno-tehnične zahteve izpolnjujeta zgolj dva točno določena modela dializnih monitorjev, posledično tudi ponudba potrošnega materiala pridržana točno določenemu proizvajalcu oziroma ponudniku – s tem v zvezi vlagatelj kot sporen izpostavlja potrošni material pod zaporednimi številkami 17, 18, 19 in 20 v dokumentu »*PREDRAČUN*«, kjer je zahtevano, da mora biti potrošni material kompatibilen s ponujeno opremo. Dializatorji, navedeni pod temi zaporednimi številkami, naj bi uporabljali sterilizacijo s paro (ne pa tudi z gamma žarki, ki je strokovno enakovredna metoda, ali druge enakovredne možnosti izpolnitve zahteve), s čimer je zagotovljena skladnost dializatorjev z dializnimi aparati, kot jih določajo strokovno-tehnične zahteve. Meni, da ponudba dializatorjev ne bi smela biti vezana na kompatibilnost z delovanjem monitorja, saj se na monitor lahko priklapi dializator kateregakoli proizvajalca; navedeno naj bi potrjevalo tudi dejstvo, da različne dializatorje (različnih blagovnih znamk) zaradi različnih vrst dializnega zdravljenja in različnih potreb zdravljenja bolnikov pri naročniku uporabljajo tudi sedaj. Vlagatelj zatrjuje še, da je naročnik v dobavo potrošnega materiala vključil tudi arterijske igle, ki pa z dializnimi aparati nimajo nikakršne povezave; poudarja, da je bil naročnik na to opozorjen prek portala javnih naročil, pri čemer se je tedaj strinjal z izločitvijo dializnih igel iz predračuna, vendar pa so te igle ostale v ponudbenem predračunu, ki ga je objavil zatem. Navedeno naj bi zato predstavljalo popolno nejasnost zahtev razpisne dokumentacije in onemogočalo oddajo dopustne ponudbe. Vlagatelj predlaga, naj se zahtevku za revizijo ugotovi in se delno ali v celoti razveljavi postopek javnega naročanja ali se naročniku naloži odpravo kršitev z objavo spremembe razpisne dokumentacije; uveljavlja tudi povračilo priglašanih stroškov pravnega varstva.

Naročnik je s sklepom z dne 26. 8. 2022 zavrnil zahtevek za revizijo in zahtevo za povračilo stroškov pravnega varstva. Ugotavlja, da glede očitkov v zvezi s spornim potrošnim materialom pod zaporednimi številkami 17, 18, 19 in 20 v dokumentu »*PREDRAČUN*« obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN, saj na portalu javnih naročil ni bilo dano opozorilo na očitano kršitev. Poudarja, da je treba očitke vlagatelja glede strokovno-tehničnih zahtev (pod zaporednimi številkami 6, 7, 9, 10, 17, 20, 29, 30, 31, 38 in 42 v obrazcu OBR-8) zavrnil že na podlagi pravila o trditveno-dokaznem bremenu, ki ga vlagatelj ni zmogel. Vlagatelj naj tako ne bi izkazal navedbe, da ima v Sloveniji hčerinska družba proizvajalca Fresenius Medical Care ekskluzivno pravico distribucije dializnih monitorjev tega proizvajalca. Zgolj to, da naj bi zahteval strokovno-tehnične zahteve, ki naj bi jih izpolnjeval dializni monitor tega proizvajalca, še ne izkazuje, da so tehnične specifikacije oblikovane v nasprotju z ZJN-3. Ugotavlja, da vlagatelj niti ne zatrjuje nobenih okoliščin, ki bi kazale na to, da za določitev spornih strokovno-tehničnih zahtev, ki naj bi neupravičeno omejevale konkurenco, ni imel objektivno opravičljivih razlogov. V zvezi s spornimi zahtevami, ki naj bi bile zgolj smiselni prevod tehničnih specifikacij iz katalogov, pa naj vlagatelj ne bi z ničemer

pojasnil in obrazložil svojega stališča, zakaj meni, da jih je naročnik prevedel in preoblikoval. Ne glede na to naj bi bil očitok vlagatelja povsem zgrešen, saj je že sam izrecno navedel, da so tehnične specifikacije iz obeh katalogov preoblikovane, kar pomeni, da jih naročnik ni prepisal in da torej ne gre za enake zahteve, temveč jih je naročnik preoblikoval glede na lastne potrebe in pričakovanja. V nadaljevanju naročnik za vsako od spornih tehničnih specifikacij navede razloge za njihovo določitev, pri čemer za zahtevo pod zaporedno številko 17 pojasnjuje, da je v določenih primerih pri posameznih pacientih ta oblika »*Single-Needle*« dialize edina možna, pri čemer sicer drži, da je učinkovitost zdravljenja nižja, vendar pa je ta oblika edina možna in še vedno učinkovita; oblika hemodiafiltracije pri »*Single-Needle*« dializi v tem primeru pomeni dodatno učinkovitost in stabilnost pacienta. Dodaja, da se je vlagatelj v zvezi s to navedbo skliceval le na odsek članka na strani 55 v delu »*Hemodiafiltration*«, sam (naročnik) pa je za potrditev svojih navedb uporabil zaključek članka. Naročnik se strinja z vlagateljem, da arterijske dializne igle z dializnimi aparati nimajo nikakršne zveze, ne strinja pa se z očitkom o nejasnosti razpisne dokumentacije, ker so ti artikli ostali v dokumentu »*PREDRAČUN*«; meni, da je skladno s prakso Državne revizijske komisije v razmerju do ponudnika treba uporabiti razlago, ki gre v njegovo korist oziroma je ni mogoče interpretirati v škodo ponudnikov, to pa pomeni, da vsekakor velja odgovor na portalu javnih naročil, v katerem je naročnik zapisal, da se strinja z izločitvijo arterijskih dializnih igel.

Vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 31. 8. 2022. V celoti vztraja pri svojem zahtevku za revizijo in se opredeljuje do vseh razlogov, ki jih je v prid postavitve vsake od posameznih strokovno-tehničnih zahtev navedel naročnik. V zvezi z zahtevo pod zaporedno številko 17 poudarja, da naročnik ni v ničemer pojasnil strokovne utemeljenosti in objektivne opravičljivosti zahteve po hemodiafiltraciji; v svojem odgovoru naj bi namreč naročnik navajal podatke o hemodializi in se skliceval na relevantne dele članka v zvezi s hemodializo. Vlagatelj izpostavlja, da gre v primeru hemodialize in hemodiafiltracije za dva različna pojma, zato naročnik v ničemer ni utemeljil zahteve z zvezi s hemodiafiltracijo. Pojasnjuje, da hemodiafiltracija deluje po principih difuzije in ultrafiltracije, hemodializa pa samo po principu difuzije. Difuzija prispeva k odstranjevanju majhnih molekul, ki lahko brez težav difundirajo skozi membrano, z ultrafiltracijo pa odstranjujemo večje molekule, ki slabo difundirajo. Pozornemu bralcu naj ne bi ušlo, da navedeni članek izrecno ne podpira »*Single Needle online*« hemodiafiltracije ki je bila zahtevana s strani naročnika, in ji vlagatelj nasprotuje. Zdravljenje z uporabo hemodiafiltracije pri enoigelnih dializah je (kar naj bi izhajalo iz članka) zaradi pacientove varnosti odsvetovana.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 2. 9. 2022 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Državna revizijska komisija je po prejemu zahtevka za revizijo opravila predhodni preizkus v skladu z 31. členom ZPVPJN ter ugotovila, da izpolnjuje vse pogoje iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, zato ga je sprejela v obravnavo.

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

Predmet zadevnega javnega naročila je najem hemodializnih aparatov, vzdrževanje in potrošni material za obdobje 7 let. Med vlagateljem in naročnikom je spor glede vprašanja, ali je naročnik tehnične specifikacije za hemodializne aparate in za potrošni material oblikoval skladno z ZJN-3.

I. Tehnične specifikacije v obrazcu OBR-8

V skladu s točko b) 23. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 pomenijo tehnične specifikacije v primeru javnih naročil blaga ali storitev specifikacijo v dokumentu, ki opredeljuje zahtevane značilnosti proizvoda ali storitve, kot so ravni kakovosti, okoljskih in podnebnih vplivov, zahteve v zvezi z oblikovanjem, prilagojenim vsem uporabnikom (vključno z dostopnostjo za invalide), ter ocenjevanje skladnosti, zahteve v zvezi z delovanjem, uporabo proizvoda, varnostjo ali dimenzijami, vključno z zahtevami v zvezi s proizvodom glede imena, pod katerim se prodaja, izrazoslovjem, simboli, preizkušanjem in preizkusnimi metodami, pakiranjem, označevanjem, uporabo znakov, navodili za uporabnike, proizvodnimi postopki in metodami na posamezni stopnji življenjske dobe blaga ali storitve, ter postopki ocenjevanja skladnosti.

S tehničnimi specifikacijami, ki jih mora naročnik skladno s prvim odstavkom 68. člena ZJN-3 navesti v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, naročnik opredeli zahtevane značilnosti (lastnosti) predmeta javnega naročila, ki naj bi izražale njegova pričakovanja glede namena, ki ga želi doseči z izvedbo javnega naročila. Tehnične specifikacije tako določajo zahtevane značilnosti gradnje, storitve ali blaga. Te značilnosti se lahko nanašajo tudi na točno določen postopek ali način proizvodnje ali zagotavljanja zahtevanih gradenj, blaga ali storitev ali na točno določen postopek za kakšno drugo stopnjo v njihovi življenjski dobi, tudi če takšni dejavniki fizično niso del njih, a pod pogojem, da so značilnosti povezane s predmetom javnega naročila ter sorazmerne z vrednostjo in cilji naročila (prvi odstavek 68. člena ZJN-3).

Naročnik določi tehnične specifikacije ob upoštevanju 68. člena ZJN-3, ki v četrtem odstavku določa, da morajo slednje vsem gospodarskim subjektom zagotavljati enak dostop do postopka javnega naročanja in neupravičeno ne smejo ovirati odpiranja javnih naročil konkurenci. Če tega ne upravičuje predmet javnega naročila, v skladu s šestim odstavkom 68. člena ZJN-3 v tehničnih specifikacijah ne smejo biti navedeni določena izdelava ali izvor ali določen postopek, značilen za proizvode ali storitve določenega gospodarskega subjekta, ali blagovne znamke, patenti, tipi ali določeno poreklo ali proizvodnja, ki dajejo prednost nekaterim podjetjem ali proizvodom ali jih izločajo. Take navedbe so izjemoma dovoljene, če sicer ni mogoče dovolj natančno in razumljivo opisati predmeta naročila, vsebovati pa morajo tudi besedi »ali enakovredni«. Naročnik je pri opisovanju predmeta javnega naročila omejen tudi s temeljnimi načeli javnega naročanja, pri čemer mora tehnične specifikacije določiti na način, ki zagotavlja konkurenco med ponudniki in njihovo enakopravno obravnavo (5. in 7. člen ZJN-3), hkrati pa mora zahteve določiti v obsegu, ki je potreben in sorazmeren z naravo, vsebino, namenom in obsegom predmeta naročila (8. člen ZJN-3).

Iz navedenih določb izhaja, da pravila javnega naročanja določajo, kako naj naročnik nabavi blago oziroma naroči storitve, ne določajo pa, katero blago sme nabaviti oziroma katere storitve sme naročiti, kakor tudi ne, katere konkretne lastnosti morajo imeti blago oziroma storitve, ki jih naroča. Na podlagi navedenega gre tako pritrditi smiselnim navedbam naročnika, da je naročnik pri ugotavljanju svojih potreb in oblikovanju tehničnih specifikacij načeloma samostojen oziroma avtonomen, kar pomeni, da tehnične zahteve določi ob upoštevanju lastnih potreb ter pričakovanj glede na predmet javnega naročila. Vendar pa avtonomija naročnika pri oblikovanju tehničnih specifikacij ni neomejena – naročnik tako ne sme postavljati zahtev, ki niso objektivno opravičljive in bi lahko določenim ponudnikom bodisi dajale neupravičeno prednost bodisi bi jim onemogočale udeležbo v postopku javnega naročanja.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da nekatere tehnične specifikacije izpolnjujeta le proizvoda proizvajalca Fresenius Medical Care (modela 5008 CorDiax in 6008 CAREsystem), s čimer naj bi naročnik torej zahteval točno določen proizvod. Državna revizijska komisija – ne da bi se spuščala v presojo, ali tehnične specifikacije oziroma njihovo kombinacijo izpolnjujeta le ta dva proizvoda – pojasnjuje, da dejstvo, da je posamezno tehnično specifikacijo ali njihovo kombinacijo mogoče izpolniti le z enim točno določenim proizvodom, še ne daje zadostne podlage

za zaključek, da je naročnik oblikoval tehnične specifikacije v nasprotju z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki, načelom enakopravne obravnave ponudnikov in načelom sorazmernosti, kot to zahtuje vlagatelj.

Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (npr. odločitve št. 018-111/2021-20, 018-043/2021-10, 018-127/2020-6, 018-020/2019-10), da načela zagotavljanja konkurence med ponudniki ni mogoče interpretirati v smislu zahteve po vzpostavljanju konkurenčnosti tudi na tistih področjih oziroma v tistih primerih, ko te iz upravičenih razlogov ni mogoče doseči. Prav tako tudi načela enakopravnosti v pravu javnih naročil ni mogoče razumeti kot absolutne kategorije. Enakopravnost namreč ne pomeni, da mora naročnik vsem potencialnim ponudnikom omogočiti enak položaj v postopku oddaje javnega naročila. Nasprotno, pravo praviloma ne sme neposredno vplivati na razmerja na trgu z ukrepi, ki bi povzročali ekonomsko ali dejansko enakost. Zaradi različnih ekonomskih, tehničnih, kadrovskih in tudi naravnih danosti je dejanski položaj ponudnikov in njihovih ponudb različen, prednosti, ki jih te dajejo, pa je dovoljeno in pogosto celo gospodarno upoštevati. Zato zgolj dejstvo, da naročnik z določeno zahtevo razlikuje ponudnike, še ne pomeni, da je takšna zahteva že sama po sebi diskriminatorna. V naravi same zahteve je, da ponudnike razvršča na tiste, ki določeno zahtevo izpolnjujejo in je zato njihovo ponudbo mogoče obravnavati kot dopustno (takšno, ki ustreza potrebam in zahtevam naročnika), ter na tiste, ki te zahteve ne izpolnjujejo in posledično ne morejo sodelovati v postopku oddaje javnega naročila. Naročniki so zato v postopkih oddaje javnih naročil upravičeni postavljati zahteve, ki imajo za posledico razlikovanje ponudnikov, vendar le iz razlogov, ki so neposredno povezani s predmetom javnega naročila in so objektivno opravičljivi. Ni pa dopustno razlikovanje ponudnikov glede na kriterije, ki niso objektivno opravičljivi in pomenijo zlasti krajevno, predmetno ali osebno diskriminacijo, s čimer je določen gospodarski subjekt bodisi postavljen v bistveno slabši položaj bodisi je privilegirani, ne da bi za to obstajali utemeljeni razlogi (v tej zvezi smiselno prim. tudi sodbo Sodišča EU v zadevi C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab).

Vsaka tehnična specifikacija, ki jo določi naročnik, vpliva na krog gospodarskih subjektov, ki lahko pridobijo javno naročilo, saj že po naravi stvari razlikuje med gospodarskimi subjekti, ki jo lahko (s ponujenim predmetom) izpolnijo, in gospodarskimi subjekti, ki je ne morejo. Vendar ni namen ZJN-3, da bi preprečil vsakršno razlikovanje med gospodarskimi subjekti, temveč le tisto, ki ni skladno z njim (npr. arbitrarno razlikovanje). ZJN-3 naročniku tako ne prepoveduje določitev tehničnih zahtev, s katerimi se omejuje konkurenca, temveč mu prepoveduje zgolj določitev takšnih tehničnih zahtev, s katerimi se neupravičeno omejuje konkurenca. Naročnik torej v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila lahko določi tudi tehnične zahteve, ki jih lahko izpolni samo en ponudnik ali omejeno število ponudnikov, vendar pa mora biti razlikovanje med ponudniki (v obravnavanem primeru razlikovanje med ponudniki, ki lahko ponudijo aparat z zahtevanimi tehničnimi specifikacijami, in ponudniki, ki takšnega aparata ne morejo ponuditi) neposredno povezano s predmetom javnega naročila in objektivno opravičljivo. Za presojo naročnikovega ravnanja pri oblikovanju tehničnih specifikacij zato niso pravno odločilna vlagateljeva zatrjevanja, da sporne tehnične specifikacije izpolnjujejo le določeni proizvodi proizvajalca Fresenius Medical Care: tudi (morebitno) dejstvo, da sporne tehnične zahteve izpolnjuje le določen izdelek enega proizvajalca, ne omogoča tudi že zaključka o naročnikovi kršitvi določb ZJN-3, saj je naročnik upravičen določiti tudi takšne tehnične specifikacije, ki jih izpolnjuje zgolj aparat enega proizvajalca, če za določitev takšnih zahtev obstajajo objektivno opravičljivi razlogi, povezani s predmetom javnega naročila. Državna revizijska komisija je zato kot nepotreben zavrnila vlagateljev dokazni predlog z vpogledom v kataloga in spletne strani proizvajalca Fresenius Medical Care, s katerim želi vlagatelj dokazati trditev, da izdelki tega proizvajalca izpolnjujejo zahteve, saj vlagatelj predlaga izvedbo dokaza, ki bi služil dokazovanju trditve o dejstvih, ki niso pravno odločilna oziroma pravno relevantna za rešitev predmetnega spora.

Vlagatelj v zahtevku izpostavlja 11 tehničnih specifikacij za hemodializne aparate, ki jih je naročnik določil v obrazcu OBR-8 »STROKOVNO TEHNIČNE ZAHTEVE« dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila:

- »6 Imeti mora integriran sistem za spremljanje in uravnavanje jedra telesne temperature, ter merjenje recirkulacije s podanim rezultatom v procentih.«;
- »7 Imeti mora možnost prikaza koncentracije natrija v plazmi.«;
- »9 Pretok dializne raztopine od 100 do 1000 ml/min.«;
- »10 Temperatura dializne raztopine od 34 do 39°C.«;
- »17 Aparat mora nuditi možnost Single-Needle online hemodiafiltracijo (v pre - ali postdiluaciji).«;
- »20 Imeti mora funkcijo za nujna stanja, s samodejno ustavitvijo črpalke za ultrafiltracijo ter samodejnim pričetkom merjenja krvnega tlaka in možnostjo samodejnega infundiranja prednastavljene količine bolusa infuzata.«;
- »29 Samodejni prehod v postopek reinfuzije krvi po končanem postopku zdravljenja.«;
- »30 Samodejna prilagoditev pretoka dializata glede na pretok krvi med postopkom zdravljenja.«;
- »31 Aparat naj omogoča natančno določanje natrija in regulacijo prehajanja natrija med dializno raztopino in bolnikom.«;
- »38 Aparat mora omogočati določitev pretoka fistule v arterijskem spoju pacienta v kombinaciji priključkom za menjavo smeri krvnega obtoka.«;
- »42 Aparat omogoča po odključitvi bolnika samodejno praznjenje vseh uporabljenih proizvodov.«.

V zvezi z revizijskimi očitki vlagatelja, ki se nanašajo na zahtevi pod zaporednima številčkama 9 in 10, Državna revizijska komisija opozarja na določbo tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN, skladno s katero se v (pred)revizijskem postopku ne presojuje očitane kršitve, ki se nanašajo na vsebino objave, povabilo k oddaji ponudb ali razpisno dokumentacijo, če bi lahko vlagatelj ali drug morebitni ponudnik prek portala javnih naročil naročnika opozoril na očitano kršitev, pa te možnosti ni uporabil, pri čemer se šteje, da bi vlagatelj ali drug morebitni ponudnik prek portala javnih naročil lahko opozoril na očitano kršitev, če je bilo v postopku javnega naročanja na portalu javnih naročil objavljeno obvestilo o naročilu, na podlagi katerega ponudniki oddajo prijave ali ponudbe. Ker je bilo v postopku zadevnega javnega naročila na portalu javnih naročil objavljeno obvestilo o naročilu, na podlagi katerega ponudniki oddajo ponudbe, se v konkretnem primeru šteje, da bi vlagatelj ali drug morebitni ponudnik preko portala javnih naročil lahko opozoril na očitani kršitvi glede zahtevanega pretoka dializne raztopine od 100 do 1000 ml/min in glede temperature dializne raztopine. Državna revizijska komisija ugotavlja, da na očitani pomanjkljivosti razpisne dokumentacije preko portala javnih naročil ni bilo opozorjeno, v posledici česar se Državna revizijska komisija zaradi obstoja omejitve iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN do očitkov vlagatelja v tem delu ne opredeljuje.

Iz pregleda objav na portalu javnih naročil pa je razvidno (objava odgovora na vprašanje potencialnega ponudnika z dne 28. 7. 2022 ob 11.26), da je bil naročnik opozorjen na spornost preostalih citiranih zahtev (»[...] vas pozivamo, da umaknete vse zahteve, ki so pisane na monitorja (model 5008 in 6008) enega ponudnika in to je Fresenius Medical Care« in »Sporne zahteve, ki so diskriminatorne in omejujejo konkurenco ter kršijo zakon o javnem naročanju so: 6., 7., 17., 20., 29., 30., 31., 38., 39., 40., 41., 42.«), pri čemer je naročnik odgovoril, da je sestavil razpis v skladu s strokovnimi in tehničnimi zahtevami za zagotavljanje najkvalitetnejšega in najbolj varnega zdravljenja bolnikov, da za zdravljenje prevzema tudi popolno odgovornost, omenjene strokovno tehnične zahteve pa da so ključnega pomena za ustrezno izvajanje kvalitetnega in varnega dializnega zdravljenja bolnikov.

Državna revizijska komisija je že v več svojih odločitvah (npr. št. 018-10/2021-4, 018-62/2020-11, 018-212/2019-2, 018-110/2018-4) pojasnila, da je zahtevek za revizijo namenjen zatrjevanju kršitev, ki naj bi jih v postopku oddaje javnega naročila domnevno storil naročnik, v ta namen pa ZPVPJN od vlagatelja zahteva aktivno vlogo pri navajanju (pravno relevantnih) dejstev in predlaganju (pravno relevantnih) dokazov. Iz drugega odstavka 15. člena ZPVPJN (obvezne sestavine zahtevka za revizijo) izhaja dolžnost vlagatelja, da v zahtevku za revizijo navede očitane kršitve ter dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo. Zahteve v zvezi z zatrjevanjem kršitev in dejstev ter njihovega dokazovanja je treba poiskati v Zakonu o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), katerega določbe se na podlagi prvega odstavka 13. člena ZPVPJN v predrevizijskem, revizijskem in pritožbenem postopku uporabljajo glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja. Razpravno načelo, določeno v 7. členu ZPP, od strank zahteva, da navedejo vsa dejstva, na katera opirajo svoje zahtevke, in predlagajo dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo. Dolžnost navesti dejstva in predlagati dokaze, na katere opirajo svoje zahtevke ali s katerimi izpodbijajo navedbe ter dokaze nasprotnika, je strankam naložena tudi v 212. členu ZPP. Iz navedenih določb ZPP izhaja t.i. trditveno-dokazno breme, ki pomeni prvenstveno dolžnost tožnika, da jasno, določno in konkretno navede dejstva, na katera opira tožbeni zahtevek (trditveno breme) in zanje predlaga dokaze, ki naj resničnost zatrjevanih dejstev potrdijo (dokazno breme).

V izhodišču je torej na vlagatelju trditveno in dokazno breme, ki pa ga lahko vlagatelj prevali na naročnika (še)le, ko in če v zahtevku za revizijo navede (in dokaže) dejstva, ki kažejo na nezakonitost naročnikovega ravnanja. V obravnavanem primeru bi vlagatelj torej moral zatrjevati in dokazati takšno dejstveno podlago, ki bi omogočala (pravni) zaključek, da naročnik za določitev spornih tehničnih specifikacij ni imel objektivno opravičljivih razlogov, povezanih s predmetom javnega naročila. Povedano drugače: vlagatelj mora v zahtevku za revizijo navesti (in dokazati) nekaj, kar bi lahko kazalo na to, da je naročnik s spornimi zahtevami omejil konkurenco med ponudniki ter vzpostavil razlikovanje med njimi, ne da bi za to obstajali objektivno opravičljivi razlogi. Če in ko vlagatelj zmore svoje trditveno-dokazno breme, je naročnik dolžan utemeljiti in upravičiti sporne zahteve oziroma zatrjevati in izkazati obstoj objektivnih in strokovno utemeljenih razlogov, povezanih s predmetom javnega naročila, ki upravičujejo določitev tehničnih zahtev, s katerimi se omejuje konkurenca.

V zvezi z izpostavljenimi naročnikovimi tehničnimi zahtevami vlagatelj najprej zatrjuje (in dokazuje), da jih izpolnjujeta napravi proizvajalca Fresenius Medical Care, kar – kot že pojasnjeno – ni pravno relevantno dejstvo. Ključno je, ali ima naročnik za določitev spornih tehničnih specifikacij objektivno opravičljive razloge, povezane s predmetom javnega naročila, oziroma ali ima naročnik objektivno opravičljive razloge, da ne sprejeme tudi aparatov z drugačnimi tehničnimi lastnostmi.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da vlagatelj z navedbo v opombi zahtevka za revizijo na strani 3, da pod zaporedno številko 17 (*»Aparat mora nuditi možnost Single-Needle online hemodiafiltracijo (v pre - ali postdiluciji)«*) zahtevana oblika dialize *»na podlagi mnenja pristojnih strokovnjakov ni priporočljiva oziroma lahko celo škoduje pacientu«*, uveljavlja stališče, ki ga je treba tolmačiti le na način, da z njim uveljavlja zaščito javnega interesa (tj. varstvo pacientov, ki so za vlagateljev položaj tretje osebe), ne pa svojega položaja pri oddaji tega javnega naročila. Ker vlagatelj ni eden izmed zagovornikov javnega interesa, ki so določeni v drugem odstavku 6. člena ZPVPJN, Državna revizijska komisija upošteva drugo alineo prvega odstavka 14. člena ZPVPJN pri odločanju o zahtevku za revizijo ni mogla upoštevati tega vlagateljevega stališča. Ne glede na navedeno Državna revizijska komisija še pristavlja, da vlagatelj te svoje trditve (o obstoju mnenja pristojnih strokovnjakov) tudi z ničemer ne dokazuje. V kolikor pa je iz nadaljnje vsebine zahtevka za revizijo (tretja alineja pod razdelkom *»Dokaz«* na strani 5) mogoče razbrati, da se vlagatelj v dokaz teh trditev sklicuje na spletni članek *»Single*

needle hemodialysis: is the past the future?« (objavljen na naslovu <https://core.ac.uk/download/pdf/299792045.pdf>, datum vpogleda 20. 9. 2022), pa je treba ugotoviti, da se članek oziroma izsek članka, na katerega se sklicuje vlagatelj (in ki ga je priložil zahtevku za revizijo), ne nanaša na vlagateljeve trditve o (ne)priporočljivosti in (ne)škodljivosti zahtevane oblike dialize – zadevni del članka zgolj izpostavlja vprašanje, ali je za paciente, ki imajo glede na ta članek sicer največ koristi od enoigelné («*single needle*») dialize (npr. starejši, pacienti s kardiovaskularnimi težavami...) hemodiafiltracija sploh mogoča in ali sploh prinaša dodatne koristi.

Glede preostalih spornih zahtev v obrazcu OBR-8 Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj – razen tega, da je naštel problematične zahteve – ni navedel ničesar, kar bi kazalo, zakaj vsaka posamezna od teh zahtev ne bi bila objektivno opravičljiva oziroma kako naj bi se zahteva v ustrezni vsebini lahko sploh glasila; iz navedb vlagatelja tako ni razbrati, kako bi lahko naročnik cilj oziroma namen, ki ga zasleduje z določitvijo posamezne tehnične zahteve, dosegal tudi na drugačen način oziroma z oblikovanjem drugačnih tehničnih specifikacij. Revizijski očitek, da naročnik spornih tehničnih specifikacij v obrazcu OBR-8 ni oblikoval skladno z ZJN-3, tako ni z ničemer utemeljen in kot takšen niti ni sposoben vsebinske obravnave.

Zaradi pomanjkljive vlagateljeve trditvene podlage Državna revizijska komisija ni presojala, ali je razloge, ki jih je v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo navedel naročnik, mogoče šteti za objektivno opravičljive razloge, povezane s predmetom javnega naročila. Ker vlagatelj v zahtevku za revizijo ni navedel dejanskega stanja, ki bi kazalo na to, da naročnik nima objektivno opravičljivih razlogov za določitev preostalih spornih zahtev, se na naročnika v predmetnem postopku pravnega varstva posledično tudi ni prevalilo trditveno in dokazno breme glede obstoja objektivno opravičljivih razlogov za določitev teh zahtev.

Da naročnik za določitev preostalih spornih tehničnih specifikacij nima objektivno opravičljivih razlogov, povezanih s predmetom javnega naročila, vlagatelj zatrjuje tudi v vlogi z dne 31. 8. 2022, s katero se je opredelil do naročnikovih navedb v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo. Vendar pa razlogi, ki jih v tej vlogi navaja vlagatelj, skladno s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN, v tem postopku pravnega varstva ne morejo biti upoštevni, saj bi vlagatelj že v zahtevku za revizijo moral podati trditveno podlago, ki bi omogočala zaključek, da naročnik za določitev spornih zahtev nima objektivno opravičljivih razlogov, povezanih s predmetom javnega naročila oziroma da so predlagane spremembe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila enakovredne naročnikovim zahtevam.

Upošteva vlagateljevo trditveno podlago Državna revizijska komisija tako ni imela dejstvene podlage, da bi lahko zaključila, da je naročnik pri oblikovanju spornih tehničnih specifikacij v obrazcu OBR-8 v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, ravnal v nasprotju z 68. členom ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja.

II. Potrošni material

V zvezi z revizijskimi očitki vlagatelja, ki se nanašajo na zahtevano kompatibilnost potrošnega materiala, določenega v obrazcu ponudbenega predračuna pod zaporednimi števkami 17, 18, 19 in 20, Državna revizijska komisija opozarja na določbo tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN, skladno s katero se v (pred)revizijskem postopku ne presojuje očitane kršitve, ki se nanašajo na vsebino objave, povabilo k oddaji ponudb ali razpisno dokumentacijo, če bi lahko vlagatelj ali drug morebitni ponudnik prek portala javnih naročil naročnika opozoril na očitano kršitev, pa te možnosti ni uporabil, pri čemer se šteje, da bi vlagatelj ali drug morebitni ponudnik prek portala javnih naročil lahko opozoril na očitano kršitev, če je bilo v postopku javnega naročanja na portalu

javnih naročil objavljeno obvestilo o naročilu, na podlagi katerega ponudniki oddajo prijave ali ponudbe. Ker je bilo v postopku zadevnega javnega naročila na portalu javnih naročil objavljeno obvestilo o naročilu, na podlagi katerega ponudniki oddajo ponudbe, se v konkretnem primeru šteje, da bi vlagatelj ali drug morebitni ponudnik preko portala javnih naročil lahko opozoril na očitano kršitev glede zahtevane kompatibilnosti potrošnega materiala s ponujeno opremo. Državna revizijska komisija ugotavlja, da na očitane pomanjkljivosti razpisne dokumentacije preko portala javnih naročil niti ni bilo opozorjeno, v posledici česar se Državna revizijska komisija do teh očitkov vlagatelja zaradi obstoja omejitve iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN ne opredeljuje.

III. Arterijske igle

Med strankama je sporno še, ali je naročnik v dobavo potrošnega materiala vključil tudi arterijske igle oziroma ali je razpisna dokumentacija v tem delu določna in jasna.

Iz objavljenih vprašanj potencialnih ponudnikov in odgovorov naročnika na portalu javnih naročil (objava z dne 28. 7. 2022 ob 11.16) je razvidno, da je bil naročnik na problematiko vključitve arterijskih igel opozorjen, pri čemer se je tudi strinjal, da te artikle izloči:

»VPRAŠANJE

V sklopu 1.2. potrošni material (kompatibilnost z ponujeno opremo) za 31 aparatov ste uvrstili tudi dializne igle. Želeli bi vas opozoriti, da dializne igle nimajo nikakršne povezave z dializnimi aparati, zato je uvrstitev dializnih igel glede kompatibilnosti z aparati popolnoma odveč. Predlagamo, da dializne igle izločite iz sklopa 1.2. in jih razpišete v posebnem sklopu. Hvala

ODGOVOR: Se strinjamo, da izločimo dializne igle iz sklopa 1.2.«

Vendar pa je naročnik zatem na portalu javnih naročil dne 1. 8. 2022, pod št. objave JN004762/2022-K02, ter dne 2. 8. 2022 v Uradnem listu EU, pod št. objave 2022/S 147-420766, objavil še popravek razpisne dokumentacije in predračuna, pri čemer je iz (popravljenega) predračuna razvidno, da so vanj (še vedno ali ponovno) vključene tudi arterijske igle, in sicer pod zaporednimi števkami 7, 8, 9 in 10 v razdelku »1.2. POTROŠNI MATERIAL [...]«:

- | | | |
|---|-----|-------|
| - »7. Arterijska Dializna igla 15GA 1,8 x 20 mm | kom | 7000 |
| - 8. Arterijska Dializna igla 15GA 1,8 x 25 mm | kom | 20 |
| - 9. Arterijska Dializna igla 16GA 1,6 x 20 mm | kom | 12000 |
| - 10. Arterijska Dializna igla 16GA 1,6 x 15 mm | kom | 20«. |

Naročnik tudi v postopku pravnega varstva – enako kot v citiranem odgovoru na portalu javnih naročil – soglašja z vlagateljem v tem, da zadevni artikli niso povezani z dializnimi aparati in torej ne bi smeli biti vključeni v predmetno javno naročilo, zagovarja pa, da vsekakor velja odgovor na portalu javnih naročil, skladno s katerim so bili ti artikli izločeni, kar naj bi pomenilo, da ne glede na kasnejšo objavo ponudbenega predračuna s temi artikli, navedeno ne more predstavljati ovire pri oddaji dopustne ponudbe.

Skladno z drugo povedjo drugega odstavka 67. člena ZJN-3 se informacije, ki jih posreduje naročnik gospodarskim subjektom na portalu javnih naročil ali prek njega, štejejo za spremembo, dopolnitev ali pojasnilo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, če iz vsebine informacij izhaja, da se z njimi spreminja ali dopolnjuje ta dokumentacija ali če se s pojasnilom odpravlja dvoumnost navedbe v tej dokumentaciji. V obravnavanem primeru je tako mogoče ugotoviti, da je naročnik z objavo citiranega odgovora dne 28. 7. 2022 ob 11.16 iz ponudbenega predračuna izločil arterijske igle, saj je ta odgovor skladno z drugo povedjo drugega odstavka 67. člena (bilo)

mogoče šteti za spremembo prvotne dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Vendar pa je kot spremembo dokumentacije v zvezi oddajo javnega naročila treba šteti tudi naknadno objavljen popravek razpisne dokumentacije z dne 1. 8. 2022 (na portalu javnih naročil) oziroma 2. 8. 2022 (v Uradnem listu EU). Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da so sporni artikli vključeni v ponudbeni predračun predmetnega javnega naročila, tako pa tudi ni upošteven naročnikov argument o tem, da je razpisna dokumentacija nejasna in je kot take (v fazi pregleda in ocenjevanja ponudb) ne bi bilo mogoče šteti v škodo ponudnika.

Skladno z načelom sorazmernosti (8. člen ZJN-3) se mora javno naročanje izvajati sorazmerno predmetu javnega naročanja, predvsem glede izbire, določitve in uporabe pogojev, zahtev in meril, ki morajo biti smiselno povezana s predmetom javnega naročila. Ker med strankama ni sporno, da zadevni artikli niso povezani s predmetom naročila (tj. z dializnimi aparati), je posledično mogoče ugotoviti, da je naročnik z vključitvijo arterijskih igel ravnal v nasprotju z načelom sorazmernosti iz 8. člena ZJN-3. Državna revizijska komisija je zato zahtevku za revizijo ugodila tako, da je razveljavila dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v delu, ki se nanaša na vključitev arterijskih dializnih igel (7., 8., 9. in 10. točka razdelka »1.2. *POTROŠNI MATERIAL* [...]« v ponudbenem predračunu).

V skladu s tretjim odstavkom 39. člena ZPVPJN daje Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka v delu, ki je bil razveljavljen. Ugotovljene kršitve je mogoče odpraviti le v fazi postopka oddaje javnega naročila pred potekom roka za predložitev ponudb. V kolikor se bo naročnik odločil za nadaljevanje postopka javnega naročanja, mora zato dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ob upoštevanju ugotovitev Državne revizijske komisije ustrezno spremeniti, spremembe objaviti skladno z ZJN-3 in določiti nov rok za predložitev ponudb ter njihovo odpiranje.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo in v vlogi, s katero se je opredelil do navedb naročnika, zahteval povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku, vključno s takso (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je vlagatelju, skladno s prvim in tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN in skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: OT), kot potrebne priznala naslednje priglašene stroške:

- strošek plačane takse za predrevizijski in revizijski postopek v višini 4.000,00 EUR,
- strošek odvetniške storitve za sestavo zahtevka za revizijo v višini 9.000 točk (prva točka tar. št. 44 OT), kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22 % DDV znaša 6.588,00 EUR,
- izdatke v pavšalnem znesku (vlagatelj izdatkov v dejanski višini ni specificiral niti izkazal) po tretjem odstavku 11. člena OT (in sicer 2 % od skupne vrednosti storitve do 1.000 točk in 1 % od presežka nad 1.000 točk) v višini 100 točk, kar ob upoštevanju vrednosti točke (tj. 0,60 EUR) in 22 % DDV znaša 73,20 EUR.

Državna revizijska komisija vlagatelju ni priznala priglašениh stroškov za sestavo vloge, s katero se je opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo, saj ti v konkretnem primeru niso bili potrebni (peti odstavek 70. člena ZPVPJN v povezavi z osmim odstavkom istega člena, pa tudi drugi odstavek 2. člena OT). Navedbe vlagatelja v omenjeni vlogi niso bile bistvene in niso pripomogle ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve.

Državna revizijska komisija je odločila, da se vlagatelju, v skladu z doseženim uspehom v postopku, ki ga glede na zatrjevane kršitve ocenjuje na 1/3 (vlagatelj je z zahtevkom za revizijo uspel v delu, ki se nanaša na očitke glede arterijskih dializnih igel, ne pa tudi glede očitanih kršitev v zvezi s tehničnimi specifikacijami dializnih aparatov in s preostalimi določbami, ki se nanašajo na potrošni material), povrne le tretjino potrebnih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, tj. 3.553,73 EUR (drugi odstavek 154. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija je tako vlagatelju priznala stroške v višini 3.553,73 EUR, ki mu jih je naročnik dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila, pod izvršbo. Višjo stroškovno zahtevo vlagatelja je Državna revizijska komisija zavrnila.

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

Pravni pouk:

Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Aleksander Petrovčič, univ. dipl. ekon.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti (prek portala eRevizija):

- vlagatelj,
- pooblaščenec vlagatelja,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve.