

Slovenska cesta 54 dkom@dkom.si
SI-1000 Ljubljana www.dkom.si
T 01 234 28 00Številka: 018-128/2023-3
Datum: 10. 11. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 55. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s spremembami; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Marka Medveda, kot predsednika senata ter mag. Zlate Jerman in Igorja Luzarja, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Nakup cepiva proti davici in tetanusu*«, na podlagi pritožbe, ki jo je vložil vlagatelj Pharmasan, prodaja farmacevtskih izdelkov, d.o.o., Kogovškova ulica 22, Ljubljana, ki ga zastopa Odvetniška družba Glušič o.p., d.o.o., Pipanova pot 30, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Nacionalni inštitut za javno zdravje, Trubarjeva cesta 2, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik) 10. 11. 2023

odločila:

1. Pritožbi se ugodi in se razveljavi Sklep o zavrženju št. 4300-93/2023-6(124) z dne 23. 10. 2023.

Naročnik mora o zahtevku za revizijo, če ugotovi, da so izpolnjene procesne predpostavke, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN.

2. Odločitev o stroških vlagatelja se pridrži do končne odločitve o zahtevku za revizijo.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po odprtem postopku po 40. členu Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), je bilo objavljeno na portalu javnih naročil 19. 9. 2023, pod št. objave JN006100/2023-B01 in v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije 20. 9. 2023, pod št. objave 2023/S 181-565420.

Zoper razpisno dokumentacijo je vlagatelj 18. 10. 2023 vložil zahtevek za revizijo, v katerem oporeka naročnikovi zahtevi, ki se nanaša na velikost pakiranja cepiva. Navaja, da je zahteva, v skladu s katero morajo biti vsebniki (vsebnik predstavlja eno napolnjeno injekcijsko brizgo z iglo)

pakirani izključno v škatlah z 10 vsebniki, oblikovana v nasprotju z ZJN-3 in temeljnimi načeli javnega naročanja. Naročnik s postavljeno zahtevo omejuje konkurenco in neenakopravno obravnava ponudnike, ki ponujajo vsebnike v drugačnem pakiranju (npr. škatle s petimi vsebniki). Vlagatelj predlaga, da se v zvezi s tem razveljavijo vsi sporni deli razpisne dokumentacije, zahteva pa tudi povrnitev stroškov pravnega varstva.

Naročnik je s sklepom št. 4300-93/2023-6(124) z dne 23. 10. 2023 zahtevke za revizijo zavrgel in zavrnil zahtevo za povrnitev stroškov. Naročnik navaja, da je zahtevek za revizijo pravočasen, vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN in dopusten, vlagatelj pa je aktivno legitimiran. Vseeno pa očitanih kršitev ne more presojeti, ker na njih v skladu s tretjim odstavkom 16. člena ZPVPJN ni bil opozorjen na portalu javnih naročil. Zatrjuje, da iz postavljenih vprašanj ne izhaja, da je bil opozorjen na morebitno kršitev. Prvo vprašanje (v zvezi s pakiranjem brizg) se sicer nanaša na del razpisne dokumentacije, ki jo vlagatelj izpodbija v zahtevku za revizijo, vendar iz vprašanja izhaja zgolj namen potencialnega ponudnika po pridobitvi informacij, ki so potrebne za oblikovanje ponudbe, ne pa očitek na morebitne kršitve. Iz vprašanja izhaja zgolj zaprosilo potencialnega ponudnika po dodatnih informacijah oziroma o tem, če je ustrezno tudi drugačno pakiranje, kot je določeno v razpisni dokumentaciji, ne izhaja pa, da je zahteva, ki se nanaša na velikost pakiranja, kakorkoli nezakonita. Naročnik se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-178/2017 in ugotavlja, da gre za smiselno enak primer, v katerem je bilo zavzeto stališče, da takrat postavljeni vprašanja po vsebini predstavljata zgolj poizvedovanje o dopustnem materialu pralnih rok in šob razpisanega pomivalnega stroja ter hkrati ne odražata nikakršnih očitkov o kršitvah naročnika ali vsaj nestrinjanje morebitnih ponudnikov z zahtevo, da morajo biti navedeni deli pomivalnega stroja izdelani iz inoxa. Ob navedenem je naročnik ugotovil, da v zvezi z zahtevkom za revizijo obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN, zato je zahtevek za revizijo zavrgel, zahtevo vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva pa zavrnil.

Zoper sklep o zavrženju je vlagatelj 26. 10. 2023 vložil pritožbo. Uvodoma opozarja, da njegova dejavnost niso pravne storitve ter da je pravni laik, zato je potrebno navedeno upoštevati tudi pri presoji postavljenih vprašanj. Navaja, da praksa Državne revizijske komisije glede tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN ni konsistentna. Državna revizijska komisija je večkrat zapisala, da ZPVPJN natančne oziroma minimalne vsebine opozorila ne določa. Z namenom zagotovitve pravnega varstva je Državna revizijska komisija (po vsebini podobno) določbo, ki je bila pred uveljavitvijo novele ZPVPJN-B določena v petem odstavku 5. člena, razlagala ekstenzivno in je tako večkrat ugotovila (prim. odločitve v zadevah št. 018-409/2013, 018-004/2014 ter 018-164/2014), da je pogoj opozorila izpolnjen že, če so bila naročniku preko portala javnih naročil v kakršnikoli obliki postavljena vprašanja, ki se vsebinsko nanašajo na očitke iz revizijskega zahtevka oziroma da je bistveno, da vprašanje (predlog ali pripomba) po vsebini predstavlja opozorilo na očitane kršitve. Navedeno gre upoštevati tudi pri presoji dejanskega stanja po tretjem odstavku 16. člena ZPVPJN (po uveljavitvi novele ZPVPJN-B), saj je določba po vsebini smiselno podobna določbi petega odstavka 5. člena ZPVPJN pred uveljavitvijo novele ZPVPJN-B. Tako je Državna revizijska komisija večkrat zapisala tudi v novejših odločbah (npr. v zadevah št. 018-020/2023 in 018-168/2020), kjer je poudarila, da je določba tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN potrebno razlagati široko in pri tem upoštevati vsebino in ne forme. Vlagatelj pojasnjuje, da je sporno vprašanje postavil dan pred potekom roka za oddajo ponudb, iz vprašanja pa je razvidno, da obstaja potencialni ponudnik, ki predlaga sodelovanje z drugačnim pakiranjem proizvoda (kar predstavlja očitek v zahtevku za revizijo). Na vprašanje je naročnik odgovoril naslednji dan (4. 10. 2023 ob 6.45), v obvestilu o javnem naročilu pa je naročnik določil rok za postavljanje vprašanja 4. 10. 2023 do 10.00. Navedeno pomeni, da vlagatelj po objavi odgovora ni več mogel postaviti vprašanja. Poleg tega, še navaja vlagatelj, je po poteku roka za oddajo vprašanj, 6. 10. 2023 naročniku poslal elektronsko sporočilo z vprašanjem, zakaj pakiranje s petimi brizgami ni sprejemljivo. Naročnik mu je odgovoril šele 10. 10. 2023 in zapisal, da imajo ponudniki možnost zastaviti vprašanja preko portala javnih naročil in da se je rok iztekel 4. 10. 2023, poleg tega je

navedel, da na vprašanje zaradi enakopravne obravnave ponudnikov ne more odgovoriti. Iz navedenega odgovora je razvidno, da je bil naročnik z očitano kršitvijo seznanjen, da pa odgovora ne želi podati, čeprav se je rok za oddajo ponudb iztekel šele 19. 10. 2023. Vlagatelj se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-019/2022 in navaja, da je v tej odločitvi podano njeno naziranje določila tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN, in sicer, da je potrebno pri presoji, ali je bil naročnik seznanjen s kršitvijo, upoštevati tudi druga dokazila. V nasprotnem primeru je namen določbe tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN po vsebini izničen, njen namen pa je jasen, in to je, da je naročnik na kakršenkoli način seznanjen, da se mu očita določena kršitev. Pojasnjuje še, da v zvezi z besedo oziroma pomenom besede »opozoriti« iz Slovarja Slovenskega knjižnega jezika izhaja, da s postavitvijo vprašanja ponudnik zadosti pogoju, če naročnik razume ali zazna morebitno kršitev oziroma okoliščino, ki jo navaja ponudnik. Zadošča, da ponudnik vzbudi pozornost na morebitno oziroma očitano kršitev, saj iz definicije ne izhaja potreba po predstavitvi morebitnega odklonilnega stališča potencialnega ponudnika do določil razpisne dokumentacije. Ob navedenem, poudarja vlagatelj, je pravilno uporabil slovenski jezik in v obliki preprostega vprašanja jasno opozoril na morebitno kršitev. Naročnik vprašanja ni želel razumeti kot opozorilo, ali pa ga je razumel, pa se je odločil, da temu ne bo sledil, s čimer se vlagatelju postavlja najmanj vprašanje negospodarne porabe javnih sredstev ali celo kakšnega drugega protipravnega ravnanja. Navaja še, da se določila tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN ne da tolmačiti mimo določil ZJN-3, slednji pa nikjer ne določa obveznosti potencialnih ponudnikov, da podajajo kakršnakoli vprašanja, pobude, komentarje in podobno. Portal javnih naročil je namreč določen izključno kot informacijski portal, kamor naročniki pošiljajo objavo obvestil in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ter drugo dokumentacijo. Vlagatelj na koncu tudi opozarja, da je naročnik pripravil razpisne pogoje, ki jim ustreza le en proizvod, s čimer se je odločil za neenakopravno obravnavo potencialnih ponudnikov ter vnaprejšnjo izločitev konkurence.

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

V obravnavanem primeru vlagatelj očita naročniku, da je zahtevek za revizijo nezakonito zavrzel.

Zavrženje zahtevka za revizijo je odločitev, s katero se odloči o postopkovnih (procesnih) vprašanjih. V primeru zavrženja zahtevka za revizijo do vsebinske (meritorne) obravnave zahtevka za revizijo ne pride. V skladu s prvim odstavkom 26. člena ZPVPJN naročnik pred vsebinsko (meritorno) obravnavo zahtevka za revizijo opravi predhodni preizkus zahtevka za revizijo, v okviru katerega preveri, ali so izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN, in sicer, ali je bil vložen pravočasno, ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN, ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN, ali ne obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN, in ali je dopusten.

Če naročnik ugotovi, da procesni pogoji iz prve, tretje, četrte ali pete alineje prvega odstavka 26. člena ZPVPJN niso izpolnjeni, skladno s tretjim odstavkom 26. člena ZPVPJN zahtevek za revizijo s sklepom zavrže. Zoper sklep o zavrženju zahtevka za revizijo lahko vlagatelj vložijo pritožbo (prim. peti odstavek 26. člena ZPVPJN).

Naročnik je vlagateljev zahtevek za revizijo zavrzel z utemeljitvijo, da prek portala javnih naročil ni bil opozorjen na kršitve, ki mu jih vlagatelj očita v zahtevku za revizijo, zato obstoji omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN in ni izpolnjen pogoj iz četrte alineje prvega odstavka 26. člena ZPVPJN za vsebinsko presojo zahtevka za revizijo.

Tretji odstavek 16. člena ZPVPJN določa, da se v predrevizijskem in 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. Šteje se, 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.

Državna revizijska komisija je, kot pravilno opozarja vlagatelj, večkrat zapisala, da ZPVPJN natančne oziroma minimalne vsebine opozorila ne določa. Z namenom zagotovitve pravnega varstva je Državna revizijska komisija (po vsebini podobno) določbo, ki je bila pred uveljavitvijo novele ZPVPJN-B določena v petem odstavku 5. člena ZPVPJN, razlagala ekstenzivno in večkrat zavzela stališče, da je pogoj opozorila izpolnjen že v primeru, če so bila naročniku preko portala javnih naročil v kakršnikoli obliki postavljena vprašanja, ki se vsebinsko nanašajo na očitke iz revizijskega zahtevka oziroma da je bistveno, da vprašanje (predlog ali pripomba) po vsebini predstavlja opozorilo na očitane kršitve (prim. odločitve v zadevah št. 018-409/2013, 018-004/2014 in 018-164/2014, na katere opozarja tudi vlagatelj).

Navedeno gre upoštevati tudi pri presoji dejanskega stanja po tretjem odstavku 16. člena ZPVPJN (po uveljavitvi novele ZPVPJN-B), saj je določba po vsebini smiselno podobna določbi petega odstavka 5. člena ZPVPJN pred uveljavitvijo novele ZPVPJN-B. Državna revizijska komisija je tudi v novejših odločitvah večkrat zapisala (med drugim tudi v odločitvah v zadevah, na kateri se sklicuje vlagatelj, t.j. št. 018-020/2023 in 018-168/2020) in poudarila, da je določbo tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN potrebno razlagati široko in pri tem upoštevati samo vsebino postavljenega vprašanja in ne zgolj njegove forme.

Predmet obravnavanega javnega naročila je nakup cepiva proti davici in tetanusu. Naročnik je zahteve, ki se nanašajo na pakiranje razpisane cepiva, navedel v dokumentu »3. PONUDBA - obrazec 3« (razpisna dokumentacija, str. 21), kjer je postavil naslednjo zahtevo:

»Pakiranje - Škatla z 10 napolnjenimi injekcijskimi brizgami z 10 injekcijskimi iglami.«

V zvezi z naročnikovo zahtevo glede pakiranja je bilo preko portala javnih naročil postavljeno eno vprašanje:

»Spoštovani, Ali lahko, v kolikor proizvod ustreza zahtevanim specifikacijam v razpisni dokumentaciji, ponudimo pakiranje 5 x 0,5ml inj. brizga v škatli?«,

na katerega je naročnik odgovoril (vprašanje in odgovor sta bila objavljena na portalu javnih naročil 4. 10. 2023 ob 6.45):

»Spoštovani, v razpisni dokumentaciji je zahtevano: "Škatla z 10 napolnjenimi injekcijskimi brizgami z 10 injekcijskimi iglami". Pakiranje s 5 x 0,5ml inj. brizga v škatli ne ustreza zahtevanim specifikacijam v razpisni dokumentaciji.«

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je iz citiranega vprašanja dovolj jasno razvidno, da na relevantnem trgu obstaja potencialni ponudnik (v obravnavanem primeru vlagatelj navaja, da je vprašanje postavil sam), ki predlaga sodelovanje z drugačnim pakiranjem proizvoda, torej oddajo ponudbe s pakiranjem po pet razpisanih proizvodov oziroma potencialni ponudnik, ki želi naročniku ponuditi drugačno pakiranje cepiva od tistega, ki ga je zahteval naročnik v razpisni dokumentaciji (kar pa je tudi edini očitek iz zahtevka za revizijo). Naročnik je bil tako s prejetim vprašanjem seznanjen, da na trgu obstaja enakovreden produkt (cepivo proti davici in tetanusu), ki sicer ustreza vsem naročnikovim zahtevam, le da je pakiran v drugačni velikosti pakiranja od tiste, ki je zahtevana v razpisni dokumentaciji ter da želi potencialni ponudnik v postopku oddaje

predmetnega javnega naročila sodelovati s proizvodom iz postavljenega vprašanja (torej s cepivom proti davici in tetanusu, ki je pakirano v škatlah s po petimi napolnjenimi injekcijskimi brizgami). Ob navedenem pa je bil naročnik seznanjen z dejstvom, da je mogoče ponuditi tudi drugačno pakiranje od tistega, ki zahtevano v razpisni dokumentaciji oziroma da zahtevana velikost pakiranja lahko predstavlja potencialno naročnikovo kršitev.

Naročnik se v odločitvi, s katero je zahtevek za revizijo zavrgel, sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-178/2017, in sicer na del, v katerem je bilo postavljeno vprašanje v zvezi z materialom, iz katerega so morale biti izdelane pralne roke in šobe takrat razpisanega profesionalnega pomivalnega stroja. Vendar pa s takrat postavljenim vprašanjem povezano dejansko stanje ni primerljivo z dejanskim stanjem obravnavanega primera. Takratni vlagatelj naročniku ni predlagal ponudbe alternativnega, drugačnega, primerljivega ali enakovrednega produkta (oziroma v tistem primeru materiala, iz katerega morajo biti izdelane pralne roke in šobe), pač pa je s postavljenim vprašanjem zgolj povzel naročnikovo zahtevo iz razpisne dokumentacije.

Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj s postavljenim vprašanjem zadostil zakonski določbi iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN oziroma da se postavljeno vprašanje vsebinsko nanaša na očitke iz zahtevka za revizijo. Naročnik je tako ravnal v nasprotju s tretjim odstavkom 26. člena ZPVPJN, ko je v predmetnem postopku pravnega varstva vlagatelj zahtevek za revizijo zavrgel. Državna revizijska komisija je zato skladno s prvim odstavkom 55. člena ZPVPJN pritožbi ugodila in naročnikovo odločitev, kot izhaja iz Sklepa o zavrženju št. 4300-93/2023-6(124) z dne 23. 10. 2023, razveljavila.

Naročnik mora o zahtevku za revizijo, če ugotovi, da so izpolnjene procesne predpostavke, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN (drugi odstavek 55. člena ZPVPJN).

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

Vlagatelj je zahteval povrnitev stroškov, nastalih s pritožbo.

Državna revizijska komisija je odločitev o stroških pritožbenega postopka pridržala do odločitve o zahtevku za revizijo (75. člen ZPVPJN in četrti odstavek 163. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999, s spremembami) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

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

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Marko Medved, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- vlagatelj - po pooblaščenju,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.