

Številka: 018-047/2024-6

Datum: 11. 6. 2024

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39., 55. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Marka Medveda kot predsednika senata ter Andraža Žvana in Aleksandra Petrovčiča kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Nakup licenc Microsoft Dynamics 365 Business Central, implementacija in vzdrževanje informacijskega sistema*«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj MITS, moderne IT storitve d.o.o., Butari 20A, 6272 Gračišče (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Zdravstveni dom Ljubljana, Metelkova ulica 9, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 11. 6. 2024

odločila:

1. Pritožbi vlagatelja z dne 30. 4. 2024 se ugotovi tako, da se naročnikova odločitev o zahtevku za revizijo z dne 26. 4. 2024 v 1. točki izreka, v kateri je naročnik zahtevke za revizijo zavrgel, razveljavi.
2. Ugotovi se, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila konkludentno ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na merila glede ponudbenih cen za posamezne postavke v ponudbenem predračunu.
3. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se v celoti razveljavi postopek oddaje javnega naročila »*Nakup licenc Microsoft Dynamics 365 Business Central, implementacija in vzdrževanje informacijskega sistema*«, objavljen na Portalu javnih naročil pod št. objave JN002063/2024-EUe16/01 z dne 2. 4. 2024, in vsa nadaljnja naročnikova ravnanja v tem postopku, ki jih je naročnik izvedel po prejemu zahtevka za revizijo.
4. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 2.666,67 eurov, v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja v odprtem postopku po 40. členu Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), je bilo

2. 4. 2024 objavljeno na Portalu javnih naročil pod št. objave JN002063/2024-EUe16/01 in istega dne tudi v Uradnem listu Evropske unije pod št. objave 193147-2024 (z enim popravkom).

Vlagatelj je 15. 4. 2024, pred potekom roka za prejem ponudb, vložil zahtevek za revizijo zoper določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija), v katerem predlaga, da se zahtevku za revizijo ugodi ter naročniku naloži odpravo kršitev oziroma podredno, da se razveljavi celoten postopek oddaje predmetnega javnega naročila. Zahteva tudi povrnitev priglašениh stroškov pravnega varstva.

Uvodoma vlagatelj naročniku očita kršitev splošnih načel javnega naročanja, predvsem načela zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3), načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načela sorazmernosti (8. člen ZJN-3), kot tudi kršitev 68. člena ZJN-3, točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3 in 84. člena ZJN-3. V nadaljevanju podrobneje, po posameznih točkah in delih razpisne dokumentacije, naročniku očita konkretne kršitve pri določitvi tehničnih specifikacij, referenčnega in kadrovskega pogoja, izključitvenega razloga v zvezi z izpolnjevanjem davčnih obveznosti, izključitvenega razloga iz točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3 ter meril.

Naročnik je z odločitvijo o zahtevku za revizijo z dne 26. 4. 2024 vlagateljev zahtevek za revizijo primarno (v 1. točki izreka) zavrgel, podredno (v 2. točki izreka) pa zavrnil kot neutemeljenega, prav tako je zavrnil vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov postopka (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo). V obrazložitvi odločitve naročnik najprej (v okviru predhodnega preizkusa zahtevka za revizijo) ugotavlja, da vlagatelj ni aktivno legitimiran za vložitev zahtevka za revizijo (kar predstavlja razlog za zavrženje zahtevka za revizijo), v nadaljevanju pa iz razloga ekonomičnosti postopka vseeno (vsebinsko) presoja utemeljenost vlagateljevih očitkov, pri čemer za vse ugotavlja, da so neutemeljeni.

Naročnik je 30. 4. 2024 Državni revizijski komisiji odstopil dokumentacijo v zvezi s predmetnim javnim naročilom in dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj je z vlogo z dne 30. 4. 2024 vložil pritožbo zoper naročnikovo odločitev o zahtevku za revizijo, v kateri predlaga, da Državna revizijska komisija kot pritožbeni organ v celoti razveljavi odločitev o zahtevku za revizijo in naročniku naloži, da o zahtevku za revizijo odloči v zakonskem roku. Poudarja, da je naročnikova odločitev sama s seboj v nasprotju, saj ZPVPJN ne predvideva, da bi lahko bila odločitev pogojna, podredna ali podobno, zato zahtevka za revizijo ni mogoče hkrati zavreči in zavrniti. Zaradi takšne napake in nezakovitosti odločitve o zahtevku za revizijo se vlagatelj v vlogi niti ne opredeljuje do vsebine naročnikove zavrnitve zahtevka za revizijo, iz previdnosti pa jo v tej fazi zgolj v celoti prereka. Glede na to, da je naročnik zahtevek za revizijo zavrgel zaradi pomanjkanja aktivne legitimacije, vlagatelj podaja razloge, s katerimi to utemeljuje. Ob tem še zatrjuje, da bi moral naročnik javno naročilo razdeliti na sklope.

Državna revizijska komisija je z dopisom z dne 16. 5. 2024 vlagatelju dala možnost, da se opredeli do odločitve o zahtevku za revizijo tudi v delu, v katerem je naročnik zahtevek za revizijo vsebinsko obravnaval in ga zavrnil kot neutemeljenega.

Vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 18. 5. 2024 (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika), v kateri v celoti prereka naročnikove razloge za zavrnitev zahtevka za revizijo in se opredeljuje do posameznih točk, podanih v odločitvi o zahtevku za revizijo.

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

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da je naročnik zahtevek za revizijo hkrati zavrgel in zavrnil. Naročnik je namreč ugotovil, da vlagatelj ni izkazal aktivne legitimacije iz 14. člena ZPVPJN, zato ga je zavrgel, nato pa je zahtevek za revizijo obravnaval tudi po vsebini in ga zavrnil. V tej zvezi Državna revizijska komisija pripominja, da je naročnik dolžan, skladno z določili tretjega odstavka 26. člena ZPVPJN, v primeru, kadar zahtevka za revizijo ne vloži aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN, tega v treh delovnih dneh po prejemu zavreči. Ravnanje naročnika, ki v odločitvi o revizijskem zahtevku najprej ugotovi, da vlagatelj ni aktivno legitimiran za vložitev revizijskega zahtevka in ga zavrže, potem pa ga obravnava tudi meritorno ter ga zavrne, je neskladno z določili ZPVPJN, poleg tega je opisano ravnanje tudi nejasno in dvoumno, saj vlagatelj ne ve, ali naj zoper takšno naročnikovo odločitev vloži pritožbo ali naj se opredeli do naročnikovih vsebinskih navedb. Do tega je prišlo tudi v obravnavanem primeru, ko je vlagatelj vložil pritožbo, v kateri se ni opredelil (tudi) do naročnikovih meritornih navedb (tj. do naročnikovih navedb v delu odločitve, v katerem je le-ta zahtevek za revizijo zavrnil).

Glede na naročnikovo odločitev, s katero je vlagatelj zahtevek primarno zavrgel zaradi pomanjkanja aktivne legitimacije, je Državna revizijska komisija najprej obravnavala pritožbo vlagatelja zoper takšno odločitev in v okviru tega presojala, ali gre vlagatelju v obravnavanem primeru priznati aktivno legitimacijo.

Aktivna legitimacija, ki predstavlja enega izmed procesnih pogojev za vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo (prim. prvi odstavek 26. člena in prvi odstavek 31. člena ZPVPJN), se v skladu s prvim odstavkom 14. člena ZPVPJN prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda.

V obravnavani zadevi ni sporno, da gre vlagatelju priznati interes za dodelitev javnega naročila (prvi izmed dveh kumulativno zahtevanih elementov za priznanje aktivne legitimacije), o obstoju slednjega pa ne dvomi niti Državna revizijska komisija, saj je vlagatelj (kot izhaja iz vpogleda v javno evidenco AJPES) registriran za opravljanje dejavnosti, ki je predmet javnega naročila.

Med strankama pa je sporno, ali vlagatelj izpolnjuje tudi drugi element za priznanje aktivne legitimacije, tj. možnost nastanka škode. Naročnik namreč v odločitvi o zahtevku za revizijo navaja, da vlagatelj ni zmožan trditvenega bremena, s katerim bi izkazal verjetnost nastanka škode, zato mu ni mogoče priznati aktivne legitimacije. Vlagatelj na navedeno v pritožbi odgovarja, da naročnik ni vsebinsko utemeljil, zakaj mu ne bi mogla nastati škoda, in poudarja, da v zahtevku za revizijo zatrjuje kršitev neupravičenega navajanja blagovne znamke Microsoft Dynamics 365 Business Central.

Kot pravilno poudarja naročnik, mora glede možnosti nastanka škode obstajati vsaj hipotetična vzročna zveza med zatrjevanimi kršitvami naročnika in prikrajšanjem vlagatelja, ki je nastalo (ali bi utegnilo nastati) zaradi naročnikovih kršitev. Zato zadošča, da imajo kršitve, ki jih v zahtevku za revizijo zatrjuje vlagatelj, za posledico vsaj verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila.

Glede na naročnikovo (pavšalno) navedbo, da vlagatelj ni zmožan trditvenega bremena za izkaz verjetnosti nastanka škode, Državna revizijska komisija pojasnjuje, da iz 15. člena ZPVPJN, ki določa obvezne sestavine zahtevka za revizijo, ne izhaja, da bi bil vlagatelj v zahtevku za revizijo dolžan utemeljiti obstoj procesnih pogojev, zato morebitno vlagateljevo umanjkanje utemeljitve obstoja aktivne legitimacije v zahtevku za revizijo ne more biti že odločilno za presojo obstoja

aktivne legitimacije in ne more že samo po sebi privedi do zavrženja zahtevka za revizijo (smis. prim. odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-124/2022).

Ne glede na navedeno Državna revizijska komisija v konkretnem primeru ugotavlja, da je vlagatelj v zahtevku za revizijo utemeljeval obstoj aktivne legitimacije, saj je navedel, da je naročnik razpisno dokumentacijo pripravil na način, ki nedopustno omejuje konkurenco in nesorazmerno s predmetom javnega naročila, zaradi česar ne more oddati dopustne ponudbe in posledično ne more pridobiti konkretnega javnega naročila. Tudi v pritožbi je navedel, da je zaradi kršitev naročnika onemogočen pri oddaji ponudbe z drugačno rešitvijo, tj. produktom, ki je po funkcionalnih zahtevah enakovreden in ga je mogoče uporabiti za izpolnitev vseh funkcionalnih zahtev naročnika.

Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj (poleg interesa za dodelitev javnega naročila) izkazal možnost nastanka škode zaradi domnevnih kršitev naročnika, zato mu gre priznati aktivno legitimacijo za (vsebinsko) obravnavo zahtevka za revizijo.

Posledično Državna revizijska komisija zaključuje, da je naročnik ravnal v nasprotju s tretjim odstavkom 26. člena ZPVPJN, ko je zahtevek za revizijo zavrgel, zato je na podlagi prvega odstavka 55. člena ZPVPJN pritožbi vlagatelja ugodila tako, da je naročnikovo odločitev o zahtevku za revizijo z dne 26. 4. 2024 v 1. točki izreka, v kateri je naročnik zavrgel zahtevek za revizijo, razveljavila.

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

Glede na to, da se je naročnik do zahtevka za revizijo, kljub temu, da ga je zavrgel, tudi vsebinsko opredelil, ter da so v konkretnem primeru (poleg aktivne legitimacije) izpolnjeni tudi preostali procesni pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, je Državna revizijska komisija po ugoditvi pritožbi zahtevek za revizijo sprejela v obravnavo (v skladu z drugim odstavkom 55. člena ZPVPJN).

Vlagatelj je vložil zahtevek za revizijo zoper posamezne določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Med vlagateljem in naročnikom je tako spor glede vprašanja, ali je naročnik pri oblikovanju tehničnih specifikacij, pogojev za sodelovanje, razlogov za izključitev in meril ravnal skladno z določbami ZJN-3.

Državna revizijska komisija je revizijske navedbe presojala po posameznih očitkih, kot jih je v zahtevku za revizijo navedel vlagatelj, pri čemer jih je obravnavala v vsebinsko povezanem vrstnem redu.

1. Glede tehničnih specifikacij (točka 1 zahtevka za revizijo)

Vlagatelj naročniku očita nejasnost razpisne dokumentacije, saj meni, da iz nje ni jasno razvidno, ali mora biti ponujena rešitev izdelana v programu Microsoft Dynamics. V zvezi s tem navaja, da je naročnik v predračunu pod postavko 2 navedel »Implementacija poslovno informacijskega sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central«, vendar pa iz zahtevanih funkcionalnosti informacijskega sistema, določenih v razpisni dokumentaciji, ne izhaja, da bi to moral biti prav izpostavljeni informacijski sistem. Prav tako iz naziva javnega naročila izhaja, da gre za nakup licenc Microsoft Dynamics 365 Business Central, pri čemer pa informacijski sistem v nazivu javnega naročila ni določen, zato vlagatelj ne more razbrati, ali naročnik naroča informacijski sistem Microsoft Dynamics ali primerljiv sistem.

Dalje vlagatelj opozarja, da naročnik nima podlage, da bi zahteval prav določeno tehnično rešitev (sistem Microsoft Dynamics), saj lahko njegove potrebe zagotovi tudi drug konkurenčen sistem oziroma druga rešitev. Vendar pa zahteva po nakupu licenc določene blagovne znamke narekuje točno določeno rešitev ponudnika Microsoft, zato vlagatelj zahteva, da naročnik umakne zahtevo po določenem sistemu ter posledično tudi zahtevo po točno določenih licencah, oziroma dopusti ponudnikom, da ponudijo licence za ponujeno rešitev. Ob tem se sklicuje na šesti odstavek 68. člena ZJN-3, na podlagi katerega bi bila navedba točno določenega sistema utemeljena le, če predmeta javnega naročila ne bi bilo mogoče definirati, kar pa v danem primeru ni podano. Nadalje citira vprašanja zainteresiranih ponudnikov in naročnikove odgovore na Portalu javnih naročil, v katerih naročnik kljub opozorilom vztraja pri obstoječih določenih razpisne dokumentacije, ki se nanašajo na zahtevani predmet javnega naročila, ter v tej zvezi zatrjuje, da je naročnik pri opisu predmeta javnega naročila kršil temeljna načela javnega naročanja.

Nadalje vlagatelj izpostavlja točko 1.3 razpisne dokumentacije, tj. obveznost izvajalca, da izdela »celovito analizo naročnikovih potreb«, in mu v okviru tega očita nedoločnost tehničnih specifikacij in s tem kršitev 68. člena ZJN-3 (ob tem se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-167/2020), saj mora naročnik vedeti, kaj je predmet povpraševanja, ne pa, da se bo analiza procesov in potreb izdelala šele kasneje. Nedoločnost oziroma nejasnost po mnenju vlagatelja predstavlja tudi tehnična zahteva pod točko 1.8 (integracija z obstoječimi informacijskimi sistemi naročnika, ki ostajajo v uporabi), saj naročnik niti ne navede obstoječih sistemov niti ne pojasni, kakšna je oblika integracije, ta podatek pa je nujno potreben za izračun ponudbene cene. Dalje izpostavlja še točki 5.1 in 6.1 tehničnih specifikacij, ki zahtevata »integracijo podatkov iz različnih aplikacij (ERP in ZIS)«, pri čemer vlagatelj ne ve, za katere aplikacije gre in kateri podatki se integrirajo, ali gre za enosmerne ali dvosmerne integracije ter kakšne so baze, kar je potrebno za določitev ustreznih konektorjev.

Naročnik uvodoma glede očitka o nejasnosti tehničnih specifikacij poudarja, da je že z vsemi odgovori, objavljenimi na Portalu javnih naročil 11. 4. 2024, potrdil, da je predmet javnega naročila programska platforma Microsoft Dynamics 365 Business Central, kombinacija standardnih uporabniških in »Add-on« licenc za to programsko opremo ter smiselna implementacija programske opreme na način, da bo zadostovala zahtevam tega javnega naročila, iz česar izhaja, da mora biti ponujena rešitev izdelana na platformi Microsoft Dynamics 365, (vsebinske) zahteve glede funkcionalnosti implementiranega sistema pa izhajajo iz Priloge 4 razpisne dokumentacije. Upoštevajoč navedeno naročnik navaja, da je predmet javnega naročila definiran in jasen. Dalje pojasnjuje, da se sporna storitev, ki jo je opredelil v točki 1.3 razpisne dokumentacije, nanaša na del osnovne metodologije in osnovni korak pri implementaciji vseh ERP rešitev, med katere sodi tudi Microsoft Dynamics 365. Naročnik tako zatrjuje, da gre v navedenem primeru za uveljavljen postopek uvedbe novih informacijskih sistemov, ki se redoma izvaja pri implementaciji ERP sistemov. Ob sklicevanju na podane odgovore na Portalu javnih naročil naročnik zavrača tudi očitek o nezadostnih informacijah glede obstoječih sistemov in integracije ter v zvezi s tem izpostavlja pavšalnost vlagateljevih očitkov (ker vlagatelj niti ne zatrjuje, da na podlagi teh odgovorov ne more oddati ponudbe).

V nadaljevanju naročnik pojasnjuje, da ima objektivno opravičljive razloge za zahtevo po nabavi informacijskega sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central. Uvodoma izpostavlja projekta, ki ju je izvedel v letu 2023 in v okviru katerih sta bila izdelana temeljna strateška dokumenta (Strateški načrt razvoja informatike in Strateški načrt digitalizacije). V teh dokumentih je predstavljena analiza trenutnega stanja digitalizacije in opredeljene potrebe naročnika ter posledično želeno stanje digitalizacije in način prehoda, kar je naročnik upošteval tudi pri opredelitvi predmeta obravnavanega javnega naročila. Na tej podlagi je naročnik s pomočjo Gartnerjevih kvadrantov naredil predselekcijo ustreznih tehnoloških platform, ki so primerne zanj,

in izvedel večje število strokovnih dialogov. Eden ključnih naročnikovih kriterijev pri opredelitvi predmeta je bila močna razvita partnerska mreža proizvajalca (tudi v Sloveniji – zaradi poznavanja zakonodaje, posebnosti javnega sektorja in zdravstvene dejavnosti v Sloveniji). Zaradi pomembnosti v svojem delovanju (tj. izvajanje bistvenih storitev) naročnik ne sme biti odvisen zgolj od enega (monopolnega) ponudnika, kar velja za večino preostalih ERP rešitev na slovenskem trgu, pri katerih je proizvajalec bodisi tudi edini implementator bodisi je za področje Slovenije (ali širše regije) podelil ekskluzivno pravico zgolj enemu implementatorju, ki lahko postavljen sistem tudi edini vzdržuje. S takšno zahtevo je tako naročnik izničil tveganje, da bi bil pri vzdrževanju končnega produkta odvisen zgolj od enega ponudnika, to pa mu dolgoročno zagotavlja tudi najboljšo ekonomsko učinkovitost, navedeno pa je po mnenju naročnika skladno z načelom gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti. Dalje naročnik pojasnjuje (in dokazuje s priloženo prilogo), da na trgu obstaja več ponudnikov (vsaj 26), ki razvijajo in implementirajo informacijski sistem na platformi Microsoft Dynamics 365 Business Central ter si medsebojno konkurirajo, zato mu ni mogoče očitati kršitve načela zagotavljanja konkurence med ponudniki. Dalje opisuje lastnosti zahtevanega sistema, ki mu omogočajo zadovoljitev vseh njegovih potreb, prav tako pa tudi integracijo z drugimi Microsoft rešitvami, ki jih že uporablja (kar je tudi del predmeta tega javnega naročila). Kot negativno preteklo izkušnjo navaja nakup informacijskega sistema, izdelanega po meri, za katerega se je izkazalo, da zahteva ogromno časa zaposlenih, ki morajo sodelovati z razvijalcem, kar ga je vodilo k iskanju rešitve, pri kateri bo kupil že izdelan produkt, ki se bo prilagodil določenih specifikam naročnika, kar zahtevani sistem omogoča. Naročnik razpolaga tudi s kadrom, ki je usposobljen za upravljanje systemske in bazne programske opreme proizvajalca Microsoft (tako da za ta nivo podpore ne potrebuje zunanega izvajalca). Nenazadnje naročnik še izpostavlja, da trenutni sistem, ki ga uporablja, nima več aktivne podpore s strani proizvajalca, temeljno vzdrževanje pa je naročnik uspel skleniti le do sredine leta 2025, zato mora do takrat vzpostaviti nov sistem.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika zatrjuje, da je navedba blagovne znamke zahtevane platforme v nasprotju z veljavno zakonodajo, saj je mogoče zahtevane funkcionalnosti (opredeljene v tehničnih specifikacijah) – če se črta zahtevano platformo – ponuditi na več drugih programskih rešitvah, pri čemer Microsoft Dynamics 365 ni »metodologija in osnovni korak pri implementaciji rešitev«, temveč nič drugega kot točno določena programska rešitev določenega proizvajalca. Vlagatelj vztraja pri navedbi, da naročnik ni navedel obstoječih sistemov, ki ostajajo v uporabi, in opredelil oblike integracije, saj je v točki 1.2 tehničnih specifikacij opredeljen le sistem IRIS, iz točke 1.1 pa izhaja, da gre nedvomno za več sistemov. Ob tem imajo ponudniki, katerih sisteme ima naročnik, prednost, vlagatelj pa za razliko od njih ne more opredeliti obsega potrebnega dela integracije, zaradi česar je neupravičeno diskriminiran (ob tem se vlagatelj sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-018/2024). Prav tako naročnik v točki 5.1 govori o različnih aplikacijah ter pri tem navaja ERP in ZIS, vendar sistem IRIS ni sistem ERP (ki predstavlja kratico za »Enterprise Resource Planning«), zato je jasno, da je treba integrirati več aplikacij, naročnik pa je navedel zgolj en sistem. Dalje navaja, da dejstvo, da je naročnik na podlagi lastne raziskave ugotovil, da obstaja vsaj 26 ponudnikov, še ne pomeni, da mu ni mogoče očitati kršitve zagotavljanja konkurence med ponudniki, saj naročnik neupravičeno diskriminira vsaj vlagatelja (in tudi mnoge druge ponudnike). Tudi dejstvo, da je določena rešitev primerna za naročnika, še ne pomeni, da druga tehnična rešitev na trgu ni enakovredna. Na trgu tako obstaja več rešitev, ki se jih lahko prilagaja, in ne zgolj ta, ki jo zahteva naročnik, ki celo sam priznava, da je v raziskavi našel vsaj dve ter se odločil za »zanj najprimernejšo«. Kolikor pa tehnične specifikacije niso v celoti določene, je naročnik izbral napačen postopek, Državna revizijska komisija pa bi morala odločiti kot v zadevi št. 018-018/2024. Vlagatelj kot nasprotujočo si označi navedbo naročnika, da programski paket IRIS uporablja tehnologijo Microsoft, saj je naročnik predhodno navedel, da ima ta paket »vzpostavljene ustrezne View-je za integracijo«, kar pomeni, da gre za standardizirane klice med različnimi sistemi, zato je nerelevantno, kakšna je tehnologija sistema na drugi strani. Vlagatelj zavrača tudi navedbe naročnika o razpoložljivem

kadru, saj naročnik trenutno nima rešitve Microsoft Dynamics, zato njegov kader z upravljanjem tega okolja nima izkušenj, zanje pa naročnik tudi ni predložil nobenih dokazov o njihovi izkušnosti (npr. certifikatov).

1.1 Glede jasnosti tehničnih specifikacij

Uvodoma gre pojasniti, da mora naročnik predmet javnega naročila opisati jasno in nedvoumno, da imajo ponudniki za pripravo (popolne) ponudbe zadostne informacije. Potreba naročnika po določeni storitvi, blagu ali gradnji je po eni strani ena od osnovnih predpostavk, ki mora biti izpolnjena, da naročnik prične s postopkom oddaje javnega naročila, po drugi strani pa vodilo naročnika pri pripravi razpisne dokumentacije, saj je določitev vsebine pogojev in drugih zahtev v razpisni dokumentaciji, pa tudi izbira, določitev in uporaba meril, neločljivo povezana s predmetom javnega naročila. Naročnik skladno s prvim odstavkom 68. člena ZJN-3 (in ob upoštevanju določb tega člena) opiše predmet javnega naročanja s tehničnimi specifikacijami, s katerimi točno opredeli zahtevane lastnosti predmeta javnega naročila, kot npr. način delovanja in uporabe, stopnjo kakovosti, uporabljene materiale, dimenzije, tehnične parametre, proizvodne postopke, okoljske lastnosti, stopnjo varnosti itd.

Na podlagi opisa predmeta javnega naročila, katerega način in obseg je odvisen predvsem od lastnosti predmeta in njegove kompleksnosti, se potencialni ponudniki seznanijo s potrebami naročnika in ocenijo, ali zahtevan predmet javnega naročila lahko ponudijo. In čeprav je naročnik pri opisu predmeta javnega naročila in njegovih pričakovanih tehničnih lastnostih načeloma samostojen, mora izhajati iz temeljnih načel javnega naročanja, zlasti načela transparentnosti (6. člen ZJN-3), enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3), katerim sledijo tudi določbe 68. člena ZJN-3. Tako je med drugim v četrtem odstavku 68. člena ZJN-3 določeno, da morajo tehnične specifikacije vsem gospodarskim subjektom zagotavljati enak dostop do postopka javnega naročanja in ne smejo neupravičeno ovirati odpiranja javnih naročil konkurenci.

Jasen opis predmeta tako predstavlja nujne informacije, ki jih potrebujejo ponudniki za pripravo dopustnih, medsebojno primerljivih in konkurenčnih ponudb. Vseeno pa ZJN-3 naročniku ne nalaga, da pripravi vseobsegajočo dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, ponudnik pa s sprejemom odločitve sodelovati v postopku oddaje javnega naročila nase prevzema tudi določena tveganja.

V obravnavanem primeru naročnik, kot izhaja že iz naziva javnega naročila, naroča licence Microsoft Dynamics 365 Business Central, implementacijo in vzdrževanje informacijskega sistema, pri čemer je v razpisni dokumentaciji v točki 1.2, v kateri je opredelil predmet javnega naročila, navedel, da mora izvajalec v okviru predmeta javnega naročila zagotoviti vse, kar je potrebno za uspešno implementacijo sistema in zagotavljanje skladnosti programske opreme Microsoft Dynamics 365 Business Central z zahtevami naročnika. Poleg standardnih funkcionalnosti platforme Microsoft Dynamics 365 Business Central naročnik naroča tudi t.i. »Add-on« module, ki zagotavljajo lokalizacijo in funkcioniranje implementiranega sistema po pravilih in zakonodaji, ki zavezuje naročnika. Kot izpostavlja že sam vlagatelj, je naročnik v obrazcu ponudbenega predračuna (Priloga 5) kot predmet naročila navedel »*Nakup licenc in Implementacija poslovno informacijskega sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central*«.

Že na podlagi navedenega gre ugotoviti, da naročnik ne zahteva le licenc Microsoft Dynamics 365 Business Central, temveč zahteva tudi, da je ponujena rešitev (informacijski sistem) izdelan v programu Microsoft Dynamics 365 Business Central. Da je temu tako, je naročnik pojasnil tudi v odgovorih na vprašanja, zastavljenih preko Portala javnih naročil, ki se nanašajo na predmet

javnega naročila (na katera se sklicuje tudi vlagatelj). Naročnik je namreč na vsa ta vprašanja podal naslednji odgovor:

»Predmet javnega naročila je programska platforma MS Dynamics 365 Business Central, kombinacija standardnih uporabniških in "add-on" licenc za to programsko platformo ter smiselna implementacija programske opreme na način, da bo zadostovala zahtevam tega javnega naročila.«

Upoštevajoč vse navedeno se Državna revizijska komisija ne more strinjati z vlagateljem, da je predmet javnega naročila nejasen. Iz vseh navedenih določb razpisne dokumentacije (in odgovorov na vprašanja, ki skladno s prvim in drugim odstavkom 67. člena ZJN-3 prav tako štejejo kot del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila) jasno izhaja, da naročnik zahteva, da je ponujeni informacijski sistem izdelan na programski platformi Microsoft Dynamics 365 Business Central. Zgolj to, da naročnik v razpisni dokumentaciji v delu, v katerem je opredelil zahteve glede funkcionalnosti implementiranega informacijskega sistema (točka 3 Priloge 4), ni navedel, da mora biti ponujeni sistem prav sistem Microsoft Dynamics, še ne ustvarja nejasnosti glede zahtevanega predmeta javnega naročila (ali naročnik zahteva informacijski sistem na programski platformi Microsoft Dynamics 365 Business Central ali ne), saj je naročnik to jasno, kot že ugotovljeno, navedel v več drugih delih razpisne dokumentacije.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je očitok vlagatelja o nejasnosti predmeta javnega naročila (tj. kakšen informacijski sistem zahteva naročnik) neutemeljen.

Dalje vlagatelj v zvezi s predmetom javnega naročila izpostavlja točko 1.3 razpisne dokumentacije, v kateri je naročnik določil rok izvedbe in v okviru tega (med drugim), da mora izvajalec v 60 dneh od sklenitve pogodbe izdelati celovito analizo naročnikovih procesov in potreb. Naročniku očita nedoločnost tehničnih specifikacij (v tem delu naročnik zahteva tudi izdelavo dizajna rešitve, vendar navedene zahtevane storitve vlagatelj ne izpostavlja kot problematične).

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj ne konkretizira, katere so tiste informacije, ki se mu zdijo v okviru zahtevane storitve ključne za pripravo ponudbe, zato na podlagi tako pavšalnih navedb ne more pritrditi vlagatelju glede nedoločnosti tehničnih specifikacij v tem delu – kar vlagatelj po vsebini očita naročniku (s sklicevanjem na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-167/2020, v kateri je bilo ugotovljeno, da se je določanje tehničnih specifikacij premaknilo iz sfere naročnika na sfero izbranega ponudnika).

Na podlagi prvega odstavka 7. člena in 212. člena Zakonu o pravdnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), v povezavi s 13. členom ZPVPJN, je zato Državna revizijska komisija upoštevala pravilo trditvenega in dokaznega bremena, na podlagi slednjega pa predmetne (pavšalne) revizijske navedbe vlagatelja zavrnila.

Nadalje vlagatelj naročniku očita nejasnost tehničnih zahtev v delih, v katerih je zahteval integracijo z obstoječimi sistemi in aplikacijami. Naročnik je namreč v Prilogi 4 v točki 3, v kateri je (kot že navedeno) podal zahteve glede funkcionalnosti implementiranega informacijskega sistema, med drugim zahteval tudi naslednje, med strankama sporne storitve:

- integracijo z obstoječimi informacijskimi sistemi naročnika, ki ostajajo v uporabi – zap. št. 1.8,
- integracijo podatkov iz različnih aplikacij (ERP in ZIS) – zap. št. 5.1 in
- integracijo podatkov iz različnih aplikacij (ERP in ZIS) – zap. št. 6.1.

Kot poudarja vlagatelj, je naročnik v zvezi z izpostavljenimi zahtevami prejel tudi vprašanja na Portalu javnih naročil, in sicer je na vprašanje:

»Tehnične zahteve, točka 1.8 na strani 19: Naročnik zahteva: Integracijo z obstoječimi informacijskimi sistemi naročnika, ki ostajajo v uporabi. Kateri so obstoječi informacijski sistemi, ki ostajajo v uporabi, ter kakšna je oblika integracije? Prosimo za informacije kateri podatki morajo biti integrirani, kakšni so protokoli za izmenjavo podatkov ter kakšne so podatkovne baze teh sistemov? Podatek potrebujemo za izračun ponudbene cene (obsega dela). /.../«

11. 4. 2024 ob 17.48 odgovoril:

»Gre za integracijo z zdravstvenim informacijskim sistemom (IRIS), ki bazira na MS tehnologiji (tudi baze so MS SQL). Na IRIS bazah so vzpostavljeni ustrezni viewi za integracijo. Vzpostavljena je tudi možnost ročnega ali avtomatskega odlaganja in prevzemanje izvoznih datotek ter procedure za klic iz zunanjega sistema.«,

identičen odgovor pa je naročnik 11. 4. 2024 ob 17.57 podal tudi na vprašanje:

»Točka 5.1 Integracija podatkov iz različnih aplikacij (ERP in ZIS). Za katere aplikacije gre in kateri podatki se integrirajo? Ali gre za enosmerne ali dvosmerne integracije, ter kakšne so baze, saj je potrebno predvideti ustrezne konektorje. Prosimo za enako informacijo iz točke 6.1 /.../«.

V zvezi s spornimi deli tehničnih specifikacij je naročnik 12. 4. 2024 ob 9.03 na vprašanja:

»Tehnične zahteve, točka 1.9 na strani 19, podobno točka 1.5.1: Naročnik zahteva: Integracija z informacijskim sistemom IRIS mora omogočati poljubne prenose računov / podatkov po dinamični dogovorjeni z naročnikom (tekoče, dnevno, tedensko, ...).

a) Kakšen je protokol za izmenjavo podatkov s sistemom Iris?

b) Kakšna je struktura podatkovne baze IRIS v tem delu (ter za katero bazo gre - kakšen konektor potrebujemo)?

c) V katero smer gredo računi - ali se izdelajo v sistemu Iris in uvažajo v predviden informacijski sistem, ali obratno, ali se bodo delali v obeh sistemih?

d) Če se bodo delali v obeh sistemih, kateri sistem bo skrbel za dodelitev številčenja računov?

e) ali bo naročnik zagotovil sodelovanje izvajalca Iris za potrebe integracije? /.../«

podal še naslednje odgovore:

»a) Na IRIS bazah so vzpostavljeni ustrezni viewi za integracijo. Vzpostavljena je tudi možnost ročnega ali avtomatskega odlaganje in prevzemanje izvoznih datotek ter procedure za klic iz zunanjega sistema.

b) IRIS uporablja baze MS SQL.

c) Računi, ki se izdelajo v IRIS-u, se uvažajo v poslovno informacijski sistem.

d) Računi se izdajajo v obeh sistemih, sistem številčenja je trenutno postavljen na način, da ne prihaja do prekrivanja.

e) Naročnik bo zagotovil vse potrebne podatke in informacije, ki so potrebni za izpolnitev pogodbenih obveznosti izvajalca.«.

Kot je Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila, je namen, ki ga naročnik zasleduje pri odgovarjanju na zahteve ter vprašanja, postavljena preko Portala javnih naročil, v zagotavljanju dodatnih informacij, potrebnih za pripravo ponudb, in v podajanju pojasnil, ki naj odpravijo morebitne nejasnosti ter s tem zagotovijo, da bodo predložene ponudbe tudi medsebojno primerljive.

Glede na pojasnjeni namen odgovorov na Portalu javnih naročil in citirane odgovore naročnika (s katerimi naročnik tudi v odločitvi o zahtevku za revizijo utemeljuje jasnost tehničnih specifikacij v izpostavljenih delih) se mora Državna revizijska komisija strinjati z vlagateljem, da naročnik ni podal natančnih informacij, ki so jih zainteresirani ponudniki želeli pridobiti za oceno obsega dela in posledično izračun ponudbene cene (tj. informacij o obstoječih sistemih in aplikacijah, načinu in obliki integracije, podatkovnih bazah, količini podatkov). S tem je naročnik ustvaril okoliščine, ki pomenijo diskriminacijo ponudnikov, saj ponudniki, ki ne poznajo naročnikovih sistemov, ne morejo natančno opredeliti obsega potrebnega dela – za razliko od ponudnikov, ki so seznanjeni z obstoječimi sistemi naročnika (kar izpostavlja tudi vlagatelj). Ugotoviti gre celo, da je naročnik na različna vprašanja podal identičen odgovor, saj se je prvo vprašanje nanašalo na obstoječe sisteme (naročnik je sicer pojasnil, da gre zgolj za en informacijski sistem, tj. sistem IRIS), drugo vprašanje pa se je nanašalo na aplikacije (ERP in ZIS), naročnik pa je kljub temu podal oziroma ponovil odgovor, ki se nanaša na sistem IRIS.

Državna revizijska komisija tako ne more ugotoviti, da je naročnik podal natančne odgovore in informacije, ki so jih v vprašanih zahtevali zainteresirani ponudniki. Kot pa je Državna revizijska komisija v tej odločitvi že pojasnila, mora naročnik predmet javnega naročila opisati jasno in nedvoumno, saj so zadostne tehnične zahteve nujne informacije, ki jih ponudniki potrebujejo za pripravo ponudbe in izračun ponudbene cene. Naročnik je sicer v enem izmed odgovorov pojasnil, da bo zagotovil vse informacije, ki so potrebne za izpolnitev pogodbenih obveznosti izvajalca, vendar se navedeno nanaša na zagotovitev podatkov šele v fazi izvajanja pogodbe, pri čemer pa ponudniki potrebujejo zadostne informacije za pripravo medsebojno primerljivih in konkurenčnih ponudb že v fazi oddaje ponudbe. V kolikor naročnik na zastavljena vprašanja ni mogel podati natančnih odgovorov, bi lahko ponudnikom npr. omogočil tudi ogled obstoječega sistema in aplikacij, iz katerih zahteva integracijo podatkov, in jim na ta način omogočil, da se seznanijo z značilnostmi obstoječih sistemov in aplikacij ter obsegom zahtevane integracije podatkov iz teh sistemov.

Upoštevač navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik v zvezi z zahtevanimi integracijami z obstoječimi sistemi in aplikacijami ponudnikom ni podal natančnih informacij, s čimer je kršil načelo transparentnosti (6. člen ZJN-3) in enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

1.2 Glede zakonitosti tehničnih specifikacij

Upoštevač revizijske navedbe, ki se nanašajo na vprašanje zakonitosti tehničnih specifikacij na način, kot ga je v obravnavanem primeru določil naročnik, Državna revizijska komisija uvodoma pojasnjuje, da tehnične specifikacije v skladu s točko b) 23. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 v primeru javnih naročil blaga ali storitev pomenijo 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.

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).

Tehnične specifikacije se lahko določijo na enega od naslednjih načinov: v smislu zahtev glede delovanja ali funkcionalnosti; s sklicevanjem na tehnične specifikacije; ali v kombinacijah prvega in drugega (prim. peti odstavek 68. člena ZJN-3). Da bi imel kateri od opisanih načinov določitev tehničnih specifikacij prednost pred drugim, iz izpostavljene določbe ZJN-3 ne izhaja.

Navedene določbe tako določajo, kako naj naročnik nabavi blago oziroma naroči storitve, ne določajo pa tega, 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 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 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.

V tej zvezi je Državna revizijska komisija že večkrat opozorila (npr. odločitve v zadevah št. 018-020/2019, 018-127/2020, 018-111/2021, 018-005/2022, 018-008/2024), da načela zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) ni mogoče interpretirati v smislu zahteve po vzpostavljanju konkurenčnosti na tistih področjih oziroma v tistih primerih, ko te iz upravičenih razlogov ni mogoče doseči. Prav tako tudi načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) ni mogoče razumeti kot absolutne kategorije. Enakopravnost namreč ne pomeni, da mora naročnik vsem potencialnim ponudnikom omogočiti enak položaj v postopku oddaje javnega naročila, saj je zaradi različnih ekonomskih, tehničnih, kadrovskih in tudi naravnih danosti dejanski položaj ponudnikov in njihovih ponudb različen, prednosti, ki jih te dajejo, pa je dovoljeno in pogosto celo gospodarno upoštevati. Strinjati se gre zato z naročnikom, da 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 namreč je, da vpliva na krog gospodarskih subjektov, ki lahko pridobijo javno naročilo, saj jih 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, s katerimi se omejuje konkurenca in ki imajo za posledico razlikovanje ponudnikov, vendar le iz razlogov, ki so neposredno povezani s predmetom javnega naročila in so objektivno opravičljivi. Razlikovanje ponudnikov glede na kriterije, ki niso objektivno opravičljivi in pomenijo zlasti krajevno, predmetno ali osebno diskriminacijo, s čimer je določen gospodarski subjekt bodisi postavljen v bistveno slabši položaj bodisi je privilegiran, ne da bi za to obstajali utemeljeni razlogi, ni dopustno (v tej zvezi smiselno prim. tudi sodbo Sodišča EU v zadevi C-513/99).

Na podlagi pojasnjenega gre zaključiti, da naročnik 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 mora biti razlikovanje med ponudniki neposredno povezano s predmetom javnega naročila in objektivno opravičljivo.

Kot že ugotovljeno, je naročnik v danem primeru kot predmet javnega naročila opredelil implementacijo in vzdrževanje informacijskega sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central ter nakup pripadajočih licenc (tj. licenc Microsoft Dynamics 365 Business Central), pri čemer je zahtevane funkcionalnosti informacijskega sistema in licenc podal v Prilogi 4 (v nadaljevanju: tehnične zahteve ali tehnične specifikacije). Naročnik je tako določil tehnične specifikacije v smislu delovanja in funkcionalnosti (skladno s točko a) petega odstavka 68. člena ZJN-3), kljub temu pa zahteval točno določen informacijski sistem in licence (tj. produkt določene blagovne znamke), s čimer je zagotovo omejil konkurenco.

Upoštevanje predstavljena zakonska izhodišča in prakso sodišča Evropske unije je torej treba v obravnavanem primeru ugotoviti, ali ima naročnik za omejevanje in razlikovanje med ponudniki s tem, ko je zahteval točno določen informacijski sistem in pripadajoče licence, objektivno opravičljive razloge.

Naročnik se uvodoma kot razlog za zahtevo po informacijskem sistemu Microsoft Dynamics 365 Business Central sklicuje na projekte in dokumente, na podlagi katerih je naredil predselekcijo ustreznih tehnoloških rešitev, ki so – upoštevanje veliko organizacijo in izvajanje bistvenih storitev – zanj primerne, pri čemer naj bi po preučitvi teh rešitev in izvedbi večjega števila strokovnih dialogov, ugotovil, da je informacijski sistem na platformi Microsoft Dynamics 365 Business Central zanj najbolj primeren, saj bo z njim zadovoljil vse svoje potrebe. Državna revizijska komisija v tej zvezi najprej ugotavlja, da naročnik za svoje navedbe ni predložil nobenih dokazov (dokumentov, zapisnikov strokovnih dialogov itd.), iz katerih bi izhajali razlogi, zakaj je ravno sistem Microsoft Dynamics 365 Business Central tisti, ki bi edini lahko zadovoljil naročnikove potrebe. Pri tem se gre strinjati z vlagateljem, da zgolj dejstvo, da je določena rešitev primerna za naročnika, še ne pomeni, da tudi druga enakovredna rešitev na trgu zanj ne bi mogla biti ustrezna in z njo naročnik ne bi mogel zadovoljiti svojih potreb – ki jih je opisal z zahtevanimi funkcionalnostmi informacijskega sistema (v Prilogi 4) in katerim vlagatelj ne oporeka.

Naročnik tako ni izkazal, da je zahtevani sistem edini primeren za tako veliko organizacijo in edini zagotavlja visoko zanesljivost, ki jo naročnik zasleduje (kar je sicer razumljivo, saj vsak naročnik želi pridobiti zanesljiv informacijski sistem, ki bi deloval brez prekinitve), ter da je pri tem nujno, da pridobi sistem, ki je podprt s strani več izvajalcev (partnerjev) in glede katerega obstaja močna partnerska mreža v Sloveniji. Glede na to, da je naročnik v Prilogi 4 podrobno opisal zahtevane funkcionalnosti zelenega informacijskega sistema (ki med strankama niso sporne), gre namreč sklepati, da naročniku le-te predstavljajo odločilne tehnične zahteve, za katere želi, da jih izpolni s strani ponudnikov ponujeni sistem.

Dalje naročnik navaja, da želi pridobiti sistem, ki so ga sposobni razvijati med seboj konkurenčni izvajalci (ki imajo razvito široko partnersko mrežo tudi v Sloveniji), s tem pa bi izničil tveganje, da bo pri vzdrževanju končnega produkta odvisen le od enega ponudnika. Naročnik tako dokazuje, da na trgu obstaja vsaj 26 ponudnikov, ki ponujajo in razvijajo ter implementirajo informacijski sistem na platformi Microsoft Dynamics 365 Business Central in si medsebojno konkurirajo. Državna revizijska komisija v zvezi s tem pritrjuje vlagatelju, da zgolj dejstvo, da na trgu obstaja več ponudnikov, ki lahko ponudijo zahtevani informacijski sistem, ne pomeni, da zaradi tega določeni ponudniki niso neupravičeno diskriminirani. Naročnik mora namreč izkazati, da je postavil takšne zahteve iz objektivno utemeljenih razlogov, zaradi katerih ponudnike, ki spornih zahtev ne izpolnjujejo, upravičeno postavlja v slabši položaj kot ponudnike, ki jih izpolnjujejo –

česar pa ne izkazuje (visoko) število ponudnikov na trgu, ki bi bili sposobni izpolniti sporne zahteve. Kljub temu pa Državna revizijska komisija na podlagi predloženega dokazila ugotavlja, da gre za zelo različna podjetja, za katera po opisu niti ni mogoče ugotoviti, da bi bila vsa sposobna izvesti predmet javnega naročila (na seznamu so namreč tudi podjetja, ki se ukvarjajo s telefonskimi sistemi, podjetja, ki poslujejo le z malimi in srednje velikimi podjetji ipd.), prav tako pa zatrjevane velike konkurence na slovenskem trgu (s katero naročnik upravičuje določitev tehničnih zahtev) ni mogoče ugotoviti na podlagi že predloženih ponudb v predmetnem postopku (kot izhaja iz sistema e-JN, je naročnik do roka za oddajo ponudb prejel zgolj eno ponudbo).

Državna revizijska komisija sicer razume težnjo naročnika, da bi zaradi preteklih izkušenj želel naročiti že izdelan produkt (z določenimi prilagoditvami), vendar gre ugotoviti, da vlagatelj temu niti ne oporeka. Med strankama torej ni spora o tem, ali naročnik upravičeno zahteva že izdelan sistem ali bi moral dopustiti tudi izdelavo sistema po meri. Zato razlog negativnih predhodnih izkušenj naročnika pri izdelavi informacijskega sistema v konkretnem primeru ne more predstavljati objektivno utemeljenega razloga za določitev točno določenega informacijskega sistema. Takšnega razloga pa ne more predstavljati niti razlog, da se naročniku zaradi iztekajoče vzdrževalne pogodbe obstoječega sistema mudi z implementacijo sistema, ki je predmet tega postopka. Kot že navedeno, med strankama ni sporna naročnikova zahteva po implementaciji že izdelanega sistema, katerega implementacija verjetno zahteva manj časa kot izdelava sistema po meri, zaradi česar naročnik (kot gre po vsebini razumeti njegove navedbe) podaja predmetni razlog. Ne glede na navedeno pa je v vsakem primeru na naročniku dolžnost, da pravočasno prične z aktivnostmi za izvedbo novega postopka javnega naročanja, zato razlog iztekajoče pogodbe, ki se nanaša na vzdrževanje obstoječega informacijskega sistema, ne more upravičevati določitve tehničnih specifikacij na način, da naročnik zahteva točno določen informacijski sistem.

V zvezi z nadaljnjim naročnikovim razlogom za to, da zahteva prav sistem Microsoft Dynamics 365 Business Central, tj. da naročnikovi obstoječi sistemi (tudi ključni sistem IRIS) pretežno temeljijo na tehnologiji proizvajalca Microsoft, gre ugotoviti, da naročnik ne zatrjuje, da teh sistemov ne bi bilo mogoče integrirati s sistemi drugih proizvajalcev, temveč se le (pavšalno) sklicuje na hitrejšo in lažjo integracijo (torej lažjo povezljivost) ter stremenje k enoviti tehnološki osnovi sistemov. Dalje gre ugotoviti, da so predmetne navedbe tudi v nasprotju s predhodnimi naročnikovimi navedbami, ko je zatrjeval, da ne želi biti vezan na enega (monopolnega) ponudnika, saj se s takšno zahtevo v celoti usmerja k proizvajalcu Microsoft (ne glede na to, da naj bi zahtevano rešitev po navedbah naročnika na slovenskem trgu ponujalo več ponudnikov). Pri tem gre slediti tudi navedbam vlagatelja, da so takšne naročnikove navedbe tudi v nasprotju z naročnikovimi navedbami v delu, ko je navajal, da ima sistem IRIS »*vzpostavljene ustrezne view-je za integracijo*«, saj je na podlagi tega mogoče sklepati, da se lahko obstoječi sistem brez težav integrira s sistemi drugih proizvajalcev. Pri tem gre izpostaviti tudi navedbe vlagatelja, ko opozarja, da lahko večina ERP sistemov deluje na več podatkovnih bazah, tako na bazah Microsoft, Oracle kot tudi drugih odprtokodnih podatkovnih bazah, zato ni prepričljiv naročnikov razlog, da mora nov sistem temeljiti izključno na platformi Microsoft Dynamics 365 Business Central.

Posledično Državna revizijska komisija ugotavlja, da tudi ni utemeljeno naročnikovo sklicevanje na razpolaganje s kadrom, ki je usposobljen za upravljanje systemske in bazne programske opreme Microsoft (zaradi česar naj naročnik ne bi potreboval zunanje podpore). Ob tem se gre strinjati z vlagateljem, da naročnik niti ne dokaže, da ima kader, s katerim razpolaga, izkušnje (prav) z upravljanjem okolja Microsoft Dynamics (npr. s predložitvijo certifikatov ipd.), dodatno pa gre še ugotoviti, da bo moral (skladno s določbami razpisne dokumentacije) izvajalec predmeta konkretnega javnega naročila izvesti tudi šolanje uporabnikov ter usposobiti administratorje in skrbnike novega informacijskega sistema, zato niti ni najti potrebe, da bi naročnik že razpolagal

s kadrom, ki je usposobljen za upravljanje z informacijskim sistemom, ki ga naroča, oziroma enakimi sistemskimi in baznimi sistemi.

Upoštevajoč vse navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik ni podal objektivno utemeljenih razlogov za določitev tehničnih specifikacij na način, da je zahteval točno določen informacijski sistem, tj. sistem Microsoft Dynamics 365 Business Central, in posledično, da je zahteval tudi pripadajoče licence Microsoft Dynamics 365 Business Central. Strinjati se gre torej z vlagateljem, da naročnik ni uspel utemeljiti, da zahtevanih funkcionalnosti (katerim vlagatelj, kot že navedeno, ne oporeka) ne bi mogel izpolniti tudi kateri koli drug že izdelan (enakovreden) sistem na trgu, in ne zgolj sistem Microsoft Dynamics 365 Business Central.

V posledici ugotovljenega gre zaključiti, da je vlagatelj uspel izkazati, da je naročnik sporne tehnične specifikacije določil v nasprotju z 68. členom ZJN-3 in splošnimi načeli javnega naročanja (načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki, načelom enakopravne obravnave ponudnikov in načelom sorazmernosti).

II. Glede referenčnega pogoja (točka 2.b zahtevka za revizijo)

Vlagatelj ob sklicevanju na besedilo referenčnega pogoja, kot ga je naročnik določil v tretji alineji točke a) razpisne dokumentacije, zatrjuje, da je takšen pogoj nezakonit, ker prejudicira tehnično rešitev določene blagovne znamke, kar je v nasprotju z ZJN-3 (pri tem se sklicuje na obrazložitev, ki jo je podal v okviru že obravnavanega očitka glede tehničnih specifikacij). Ob tem izpostavlja, da naročnik pri predhodnem razpisu za istovrstni predmet ni zahteval točno določene tehnologije, zato bi moral na enak način oblikovati tudi razpisno dokumentacijo v obravnavanem javnem naročilu. Glede na tehnične specifikacije, ki jih je naročnik podrobno določil v razpisni dokumentaciji, ni sorazmerno, da bi ponudniki morali svojo izkušnost dokazovati ravno z implementacijo sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central, če lahko predmet javnega naročila izvedejo tudi z drugim primerljivim informacijskim sistemom oziroma bi morala biti na podlagi ZJN-3 ta možnost dopuščena.

Naročnik najprej v zvezi z očitkom, da pri prejšnjem istovrstnem javnem naročilu ni bil zahtevan referenčni pogoj, pojasnjuje, da predmetno javno naročilo vsebuje zahtevane pogoje, ker prejšnji izvajalec zaupanega mu naročila ni bil sposoben implementirati in pogodbe ni izpolnil, zaradi česar je bil naročnik primoran začeti nov (tj. obravnavani) postopek oddaje javnega naročila. Zato je logično, da želi naročnik pridobiti izvajalca, ki je tehnično usposobljen in že ima izkušnje z implementacijo predmeta javnega naročila (vključno z integracijo že obstoječih sistemov), da bo sposoben izvesti tudi obravnavano javno naročilo. Ob tem izpostavlja, da njegove zahteve za izpolnjevanje spornega pogoja za sodelovanja izhajajo iz predmeta javnega naročila, zato so sorazmerne, pri tem pa podaja tudi razloge za izbiro zahtevane rešitve, kot jih je podal že v okviru obravnave predhodnega očitka, ki se nanaša na tehnične specifikacije.

Naročnik je kot enega izmed pogojev za sodelovanje (poglavje 2.3 razpisne dokumentacije), s katerim ponudnik izkazuje tehnično in strokovno sposobnost, v podtočki a) določil tudi referenčni pogoj z naslednjimi zahtevami:

»da je ponudnik kvalitetno, strokovno, pravilno in v pogodbenih rokih izvedel vsaj eno implementacijo Microsoft Dynamics 365 Business Central za poljubnega naročnika, pri čemer mora biti realizirana vrednost posla vsaj 500.000,00 EUR brez DDV.

Ponudnik lahko izpolnjevanje pogoja izkaže sam ali s partnerji v konzorciju, pod pogojem, da bo izvedel ta dela tisti od partnerjev, ki referenco daje. Referenca ne sme biti starejša od 5 let, šteto od dneva objave obvestila o tem naročilu na Portalu javnih naročil.«.

Naročnik pogoje za sodelovanje določi skladno s 76. členom ZJN-3, ki v prvem odstavku določa, da lahko naročnik določi pogoje, ki se (med drugim) nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost. Njihov namen je ugotavljanje sposobnosti gospodarskih subjektov za izvedbo javnega naročila, pri čemer se gre strinjati z naročnikom, da (podrobnejšo) pravno podlago za določitev referenčnega pogoja predstavlja deseti odstavek 76. člena ZJN-3, ki določa, da lahko naročnik glede tehnične in strokovne sposobnosti določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila v skladu z ustreznim standardom kakovosti. Naročnik lahko zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil (drugi stavek desetega odstavka 76. člena ZJN-3).

Ob tem gre poudariti, da ZJN-3 opredeljuje le osnovna izhodišča za določanje pogojev za priznanje tehnične in strokovne sposobnosti ter posamezna dokazila, ne določa pa vsebinskih zahtev. Te mora v vsakem konkretnem primeru določiti naročnik, pri čemer mora upoštevati, da morajo biti posamezni referenčni kriteriji sorazmerni in povezani s predmetom naročila. Referenca je namreč po svoji naravi dokazilo, da je ponudnik istovrsten posel v preteklosti že uspešno izvedel, naročnik pa si z njo zagotovi, da bo javno naročilo izvedel usposobljen in izkušen subjekt. Zato mora naročnik zahteve za referenčni posel opisati na način, da bo ta obsegal primerljiv posel, z izvedbo katerega ponudnik izkazuje ustrezno usposobljenost za izvedbo naročila.

Glede na navedeno in upoštevajoč predhodno ugotovitev Državne revizijske komisije, da naročnik v obravnavanem primeru ni izkazal objektivno utemeljenih razlogov za opredelitev predmeta javnega naročila na način, da je zahteval točno določeno rešitev oziroma proizvod, tj. implementacijo informacijskega sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central (in pripadajoče licence), je treba posledično ugotoviti, da je tudi naročnikova zahteva, da bo kot izpolnjevanje pogoja za sodelovanje priznal referenco za implementacijo sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central, nesorazmerna in določena na način, da neupravičeno omejuje konkurenco med ponudniki.

Posledično Državna revizijska komisija v konkretnem primeru ugotavlja, da tako določen referenčni pogoj ni skladen z ZJN-3, predvsem načelom sorazmernosti in zagotavljanja konkurence med ponudniki.

III. Glede kadrovskega pogoja (točka 2.c zahtevka za revizijo)

Smiselno enak očitek, kot je obravnavan v predhodni točki (tj. glede referenčnega pogoja), vlagatelj izpostavlja tudi pri pogoju glede izobrazbe in strokovne usposobljenosti ponudnika, kjer naročnik zahteva kader z veljavnim certifikatom za razvoj D365 Business Central in zanj zahteva izpolnjevanje vsebinsko enakega referenčnega pogoja kot pri referenci ponudnika (da je ta kader sodeloval pri vsaj eni implementaciji sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central). Vlagatelj v zvezi s tem zatrjuje, da za dobavo licenc navedeni certifikati niso relevantni, saj gre le za dobavo in tako ni potrebna izkušnost pri implementaciji sistema, pri čemer ponovno poudarja, da rešitev (t.j. povsem nov informacijski sistem) ne sme biti prejudiciran z navedbo blagovne znamke.

Naročnik (ponovno) poudarja, da ima objektivne razloge, da zahteva rešitev Microsoft Dynamics 365 Business Central, zato ta zahteva predstavlja podlago za določitev spornega kadrovskega pogoja. Ob tem poudarja, da certifikati kadra niso zahtevani zaradi dobave licenc, kot napačno

navaja vlagatelj, temveč zaradi dokazovanja usposobljenosti implementacije zahtevanih funkcionalnosti na platformi, ki jo naroča naročnik, kar kaže na sorazmernost postavljenih pogojev. Glede na to, da je na trgu kar nekaj ponudnikov zahtevanega sistema in strokovnjakov, ki imajo te certifikate, je zagotovljena konkurenca med ponudniki, naročnik pa tudi ni ustvaril okoliščin, ki bi pomenile kakršno koli diskriminacijo, zato kot neutemeljen zavrača (po njegovi oceni) pavšalen očitek o kršitvi načela enakopravne obravnave ponudnikov.

Tudi pri ti. kadrovskem pogoju gre za pogoj za sodelovanje, ki ga naročnik določi ob upoštevanju že navedenih določb 76. člena ZJN-3.

V obravnavanem primeru je naročnik tovrsten pogoj določil v poglavju 2.3 razpisne dokumentacije v podtočki b) pogojev za sodelovanje, s katerimi ponudnik izkazuje tehnično in strokovno sposobnosti, kjer je zapisal:

»ponudnik za izvajanje storitev, ki so predmet javnega naročila zagotavlja najmanj naslednje (različne) kadre, od katerih mora vsak izmed njih imeti najmanj 3 leta delovnih izkušenj, in sicer:

- *en kader z veljavnim certifikatom za razvoj D365 Business Central (Microsoft Certified Dynamics 365 Business Central Developer Associate ali predhodnik tega npr. za MS Dynamics NAV) in izpolnjuje naslednji referenčni pogoj: da je v zadnjih treh letih, šteto od dneva objave obvestila o tem naročilu na Portalu javnih naročil kot strokovni kader sodeloval pri vsaj eni implementaciji Microsoft Dynamics 365 Business Central za poljubnega naročnika, ki je bila uspešno izvedena.*
- *en kader z veljavnim certifikatom za funkcionalno svetovanje za D365 Business Central (Microsoft Certified Dynamics 365 Business Central Functional Consultant Associate ali predhodnik tega npr. za MS Dynamics NAV) in izpolnjuje naslednji referenčni pogoj: da je v zadnjih treh letih, šteto od dneva objave obvestila o tem naročilu na Portalu javnih naročil kot strokovni kader sodeloval pri vsaj eni implementaciji Microsoft Dynamics 365 Business Central za poljubnega naročnika, ki je bila uspešno izvedena.*
- *en kader z veljavnim naprednim certifikatom za MS Windows Server (Microsoft Certified Solutions Expert: Server Infrastructure ali novejši).*
- *najmanj 3 programerje za D365 Business Central z visokošolsko izobrazbo.*
- *najmanj 2 vsebinska svetovalca za vsak modul implementacije, ki izpolnjujeta pogoj po aktivnem znanju slovenskega jezika in izpolnjuje naslednji referenčni pogoj: da je v zadnjih treh letih, šteto od dneva objave obvestila o tem naročilu na Portalu javnih naročil, kot strokovni kader sodeloval pri vsaj eni implementaciji Microsoft Dynamics 365 Business Central za poljubnega naročnika, ki je bila uspešno izvedena.«.*

Kot pravilno izpostavlja vlagatelj, se posamezne zahteve citiranega kadrovskega pogoja glede certifikatov, izobrazbe in referenc kadra nanašajo na točno določeno rešitev (informacijski sistem) oziroma blagovno znamko Microsoft Dynamics 365 Business Central. Tudi sam naročnik poudarja, da so certifikati kadra zahtevani zaradi dokazovanja usposobljenosti implementacije zahtevanih funkcionalnosti na platformi, ki jo naroča.

Upoštevajoč že ugotovljeno nezakonitost tehničnih specifikacij na način, kot ga je določil naročnik (da je zahteval točno določeno rešitev Microsoft Dynamics 365 Business Central), Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik tudi za kadrovske pogoje v delih, v katerih se ta nanaša na predmetno rešitev (zahtevani certifikati, izobrazba in reference kadra), ni uspel podati objektivno utemeljenih razlogov, s katerimi bi upravičil omejitev konkurence in razlikovanje med ponudniki, ki takšen pogoj lahko izpolnijo, in ponudniki, ki takšnega pogoja ne morejo izpolniti.

Posledično Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj uspel izkazati, da je sporni kadrovske pogoje neskladen z ZJN-3.

IV. Glede izključitvenega razloga v zvezi s plačilom davkov in prispevkov (točka 2.a zahtevka za revizijo)

Vlagatelj naročniku pri določitvi izključitvenega razloga pod točko 2 poglavja 2.2 razpisne dokumentacije očita neupravičeno diskriminacijo, saj da t.i. popravni mehanizem velja le za gospodarske subjekte, ki dolgujejo 50 eurov ali več obveznih dajatev oziroma drugih denarnih nedavčnih obveznosti. Glede na tako oblikovan izključitveni razlog vlagatelj sklepa, da za gospodarske subjekte, ki dolgujejo do 50 eurov, popravni mehanizem ne velja, in bodo potemtakem izključeni iz postopka, kar predstavlja diskriminacijo teh subjektov. Prav tako je tak izključitveni razlog nesorazmeren, saj bi za ponudnike, ki dolgujejo zanemarljiv znesek, morala veljati blažja sankcija kot za tiste, katerih dolg znaša več kot 50 eurov.

Naročnik predmetni očitek zavrača, ker gre za zakonsko dikcijo, navedeno v drugem odstavku 75. člena ZJN-3, pri čemer ta predstavlja obvezen izključitveni razlog, ki ga je naročnik dolžan vključiti v vse postopke oddaje javnih naročil in tudi preverjati njegovo izpolnjevanje. Ker gre torej za zakonsko zahtevo, ki jo je naročnikom izrecno predpisal zakonodajalec, tudi ni mogoče govoriti o nesorazmernosti tako določenega izključitvenega razloga.

Vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika zatrjuje, da je treba besedilo zakona primarno razlagati, kot je zapisano, pri čemer je zakonodajalec z zadnjo spremembo črtal določilo o uporabi izključitvenega razloga pod 50 eurov, kar kaže na to, da je želel spremeniti zakon (drugače te določbe ne bi črtal).

V zvezi z izključitvenimi razlogi gre uvodoma pojasniti, da sta že v Direktivi 2014/24/EU navedeni dve vrsti razlogov za izključitev iz postopka, tj. obvezni in neobvezni (fakultativni). V ZJN-3 izključitveni razlogi temeljijo na ureditvi iz evropskih direktiv in se ravno tako delijo na obvezne in neobvezne, pri čemer so obvezni izključitveni razlogi naštetih v določbah prvega do petega odstavka 75. člena ZJN-3 in so večinoma povzeti po določbah prvega in drugega odstavka 57. člena Direktive 2014/24/EU, vseeno pa ureditev ni povsem enaka ureditvi v direktivi, kar velja tudi za obvezni izključitveni razlog iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3.

Naročnik je razlog za izključitev, ki temelji na drugem odstavku 75. člena ZJN-3, v identičnem besedilu (razen v delu, v katerem je besedno zvezo »gospodarski subjekt« zamenjal z besedo »ponudnik«) določil v poglavju 2.2 razpisne dokumentacije (v točki 5), kjer je določil, da bo »iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključil ponudnika, če bo pri preverjanju v skladu s 77., 79. in 80. členom ZJN-3 ugotovil, da je v enem od naslednjih položajev:

/.../

2) da ponudnik 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. Šteje se, da ponudnik ne izpolnjuje obveznosti iz prejšnjega stavka tudi, če nima predloženih vseh obračunov davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih petih let do roka za oddajo ponudbe ali prijave. Ponudnika se ne izloči, če ponudnik do roka za oddajo prijav ali ponudb poravna neplačane zapadle obveznosti, ki znašajo 50 eurov ali več in predloži vse obračune davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih pet let do roka za oddajo prijave ali ponudbe.

/.../«.

Upoštevač citirano določilo razpisne dokumentacije Državna revizijska komisija pritruje naročniku, da gre za prepis zakonske določbe. Ob tem gre (kot že navedeno) poudariti, da razlog za izključitev iz drugega odstavka 75. člena ZJN-3 predstavlja obvezen izključitveni razlog, kar pomeni, da so naročniki v situacijah, navedenih v predmetni zakonski določbi, dolžni izključiti

gospodarski subjekt in posledično takšen izključitveni razlog upravičeni vključiti v razpisno dokumentacijo.

V posledici navedenega ni mogoče pritrditi vlagatelju, da je naročnik s tem, ko je predmetni izključitveni razlog (ki predstavlja zakonsko dikcijo drugega odstavka 75. člena ZJN-3) vključil v razpisno dokumentacijo v identičnem besedilu, kot ga določa drugi odstavek 75. člena ZJN-3, kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov in načelo sorazmernosti.

Ne glede na navedeno pa Državna revizijska pojasnjuje, da določbe drugega odstavka 75. člena ZJN-3 ni mogoče razlagati na način, za katerega se zavzema vlagatelj. V nasprotju z namenom zakonodajalca in logično razlago bi bila namreč razlaga, da je možnost plačila neplačanih zapadlih obveznosti in predložitve obračunov davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja do roka za oddajo ponudb (določena v citiranem tretjem stavku drugega odstavka 75. člena ZJN-3) omogočena gospodarskim subjektom, ki dolgujejo 50 eurov ali več obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti, ni pa omogočena gospodarskim subjektom, katerih dolg znaša manj kot 50 eurov. Glede na to, da je možnost iz tretjega stavka drugega odstavka 75. člena ZJN-3 na voljo gospodarskim subjektom, katerih dolg znaša 50 eurov ali več, je namreč treba določbo drugega odstavka 75. člena ZJN-3 razlagati na način, da se gospodarskih subjektov, ki dolgujejo manj kot 50 eurov obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti, niti ne izključi iz sodelovanja v postopku javnega naročanja. Posledično se možnost, določena v tretjem stavku drugega odstavka 75. člena ZJN-3 (tj. neizključitev gospodarskih subjektov, ki plačajo neplačane zapadle obveznosti in predložijo obračune davčnih odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja do roka za oddajo ponudb), ne nanaša na gospodarske subjekte, katerih dolg znaša manj kot 50 eurov, saj zanje predmetni izključitveni razlog (sploh) ni podan.

V. Glede izključitvenega razloga po točki f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3 (točka 3 zahtevka za revizijo)

Vlagatelj zatrjuje, da izključitveni razlog, določen v točki 5 poglavja 2.2 razpisne dokumentacije, ni skladen z določili točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3, saj je njegova vsebina znatno razširjena. Ob tem poudarja, da so izključitveni razlogi kogentne določbe in naročnikom ne podeljujejo diskrecijske pravice, da bi jih spreminjali, kljub temu, da gre v konkretnem primeru za fakultativni izključitveni razlog. Ob citiranju izpostavljene določbe ZJN-3 poudarja, da le-ta vsebuje določene pojme in pravne standarde, ki jih je treba v vsakem konkretnem primeru aplicirati na konkretna ravnanja določene pogodbenne stranke in ugotoviti, ali slednja predstavljajo tako resne kršitve pogodbenih obveznosti, da jih je mogoče šteti za »precejšnje ali stalne pomanjkljivosti«. Ker gre za zakonski pravni pojem, si ga naročnik ne more razlagati po svoje, temveč se mora zaradi načela pravne države oblikovati poenotena razlaga (ob tem se sklicuje tudi na del obrazložitve Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-189/2017). Zato ni zakonita naročnikova formulacija široke razlage predmetnega izključitvenega razloga, torej da bo za precejšnje ali stalne pomanjkljivosti štel vsako zamudo, na podlagi katere je uveljavljal pogodbeno kazen ali odstopil od pogodbe. Pogodbeno kazen se namreč lahko unovči ob vsaki zamudi, tudi če je ta nebitvena, takšne zamude pa po praksi Državne revizijske komisije ni mogoče šteti za precejšnje ali hujše pomanjkljivosti pri izvedbi pogodbe, zato je tako oblikovan pogoj nesorazmeren.

Naročnik izpostavlja, da gre v primeru točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN3 za izbirni (fakultativni) izključitveni razlog, pri čemer je zakonska določba ohlapna, saj ne daje odgovora na vprašanje, kaj se šteje za »precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključne obveznosti«. Zato je naročnikova dolžnost, da to zakonsko določbo napolni in določi, kaj bo štel pod ta termin in kaj razume pod »druge primerljive sankcije«. Tudi ob sklicevanju na odločitev

Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-189/2017 poudarja, da ima naročnik v primeru izbire tega fakultativnega izključitvenega razloga možnost, da v razpisni dokumentaciji navede konkretnjša ravnanja oziroma kršitev pogodbenih obveznosti ali uveljavljene pogodbene sankcije, ki jih bo štel kot izključitveni razlog, saj s tem zagotovi transparentnost in enakopravno obravnavo ponudnikov. Ob tem zanika vlagateljevo tolmačenje spornega izključitvenega razloga na način, da že vsaka zamuda predstavlja izključitveni razlog. Naročnik je namreč določil, da so izpolnjeni pogoji za uveljavljanje tega izključitvenega razloga v primeru, ko so bile kršitve ponudnika tako resne, da je odstopil od pogodbe ali zahteval unovčitev finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti ali za odpravo napak, zato je takšen izključitveni razlog po oceni naročnika tudi sorazmeren.

Sporni izključitveni razlog je naročnik določil v razpisni dokumentaciji v poglavju 2.2 (v točki 5), kjer je zapisal, da bo »iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključil ponudnika, če bo pri preverjanju v skladu s 77., 79. in 80. členom ZJN-3 ugotovil, da je v enem od naslednjih položajev: /.../

5) če so se pri ponudniku pri prejšnji pogodbi o izvedbi javnega naročila ali prejšnji koncesijski pogodbi, sklenjeni z naročnikom, pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključnih obveznosti, zaradi česar je naročnik predčasno odstopil od prejšnjega naročila oz. pogodbe ali uveljavljal odškodnino ali so bile izvedene druge primerljive sankcije.

Šteje se, da so se pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti, če je izvajalec pri izvedbi pogodbe, ki jo je imel sklenjeno z naročnikom tega javnega naročila, zamujal, tako da je bil primoran naročnik uveljavljati pogodbeno kazen oz. je naročnik zaradi neizpolnitve ali pa nepravilne izpolnitve odstopil od pogodbe. V kolikor je naročnik odstopil od pogodbe ali zahteval unovčitev finančnega zavarovanja za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti ali finančnega zavarovanja za odpravo napak, so izpolnjeni pogoji za uveljavljanje predmetnega razloga za izključitev. Naročnik namreč šteje za »druge primerljive sankcije« odstop od pogodbe in / ali unovčitev finančnega zavarovanja. /.../«.

Med strankama ni sporno, da je naročnik s citiranim izključitvenim razlogom v razpisni dokumentaciji predvidel fakultativni izključitveni razlog, ki ga ZJN-3 določa v točki f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3. Pri tem gre pojasniti, da je namen te določbe vzpostavitev možnosti, da naročnik iz postopka oddaje javnega naročila izključi ponudnike, ki se izkažejo za nezanesljive pogodbene partnerje.

Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da v konkretnem primeru ni utemeljeno vlagateljevo sklicevanje na odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-189/2017, saj ta z obravnavano zadevo ni v celoti primerljiva. V zadevi, na katero se sklicuje vlagatelj, je namreč Državna revizijska komisija obravnavala zahtevek za revizijo zoper odločitev o oddaji javnega naročila (v obravnavani zadevi pa je vlagatelj vložil zahtevek zoper določbe razpisne dokumentacije) ter v delu, ki ga citira vlagatelj, ugotovila, da »obravnavanih zamud ni mogoče šteti kot precejšnjih oz. hujših pomanjkljivosti pri izpolnjevanju pogodbenih obveznosti, ki bi imele resne posledice za poslovanje naročnika, oz. pogodbenih kršitev, ki bi povzročile velike pomanjkljivosti dobavljenega proizvoda, zaradi katerih bi bil proizvod neuporaben za predvideni namen«. Državna revizijska komisija je tako v izpostavljeni zadevi presojala, ali gre določeno zamudo, tj. konkretno kršitev pogodbenih obveznosti (ki je že nastala), šteti kot precejšnjo ali stalno pomanjkljivost pri izpolnjevanju ključnih pogodbenih obveznosti (pri čemer v izpostavljeni zadevi naročnik v razpisni dokumentaciji niti ni navedel konkretnjših kršitev pogodbenih obveznosti ali pogodbenih sankcij). V obravnavanem primeru pa Državna revizijska komisija presoja zakonitost izključitvenega razloga, kot ga je v razpisni dokumentaciji določil naročnik –

torej ne presoja, ali bi šlo konkretno kršitev pogodbene obveznosti, ki bi že nastala, šteti kot precejšnjo ali stalno pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključnih pogodbenih obveznosti.

Državna revizijska komisija dalje ne more pritrditi vlagatelju, da naročnik v razpisni dokumentaciji ne sme vsebinsko napolniti določbe fakultativnega izključitvenega razloga iz točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3. Pritrditi gre namreč naročniku, da je Državna revizijska komisija ravno v odločitvi v zadevi št. 018-189/2017, na katero se sklicuje tudi vlagatelj (kot tudi v zadevi št. 018-049/2020), pojasnila, da ima naročnik v postopku oddaje javnega naročila možnost, da v primeru, kadar se odloči uvrstiti fakultativni izključitveni razlog iz točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3 v razpisno dokumentacijo, bodisi zgolj povzame zakonsko dikcijo bodisi navede tudi konkretnejša ravnanja oziroma kršitve pogodbenih obveznosti ali uveljavljene pogodbene sankcije, ki jih bo štel kot izključitveni razlog, pod pogojem, da se giblje v zakonsko dopustnih okvirih. Naročnik ima torej možnost (ne pa tudi dolžnost, kot to v odločitvi o zahtevku za revizijo navaja naročnik), da se odloči, da v razpisni dokumentaciji vsebinsko napolni pravne pojme iz navedene zakonske določbe in v okviru tega navede konkretnejše kršitve pogodbenih obveznosti in/ali konkretnejše pogodbene sankcije, ki jih je zaradi tega uveljavljal.

V predmetnem postopku oddaje javnega naročila se je naročnik odločil, da v razpisni dokumentaciji ni le povzel zakonske norme, temveč je (v nadaljevanju) tudi konkretiziral pravna pojma »precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključnih obveznosti« in »druge primerljive sankcije«.

Upoštevajoč navedeno naročniku zgolj zaradi tega, ker je v razpisni dokumentaciji navedel konkretne kršitve pogodbenih obveznosti in konkretne pogodbene sankcije, na podlagi katerih bo štel, da je podan izključitveni razlog iz točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3, ni mogoče očitati kršitev določb ZJN-3.

Državna revizijska komisija pa je kljub temu v nadaljevanju presojala, ali je naročnik izključitveni razlog v razpisni dokumentaciji določil skladno z načelom sorazmernosti, čemur (prav tako) oporeka vlagatelj v zahtevku za revizijo.

V tej zvezi gre pojasniti, da je že v 101. točki preambule Direktive 2014/24/EU poudarjeno, da bi morali naročniki pri uporabi neobveznih razlogov za izključitev posebno pozornost nameniti načelu sorazmernosti. Kot je zapisano, bi bilo ponudnika zaradi manjših nepravilnosti dopustno izključiti le v izjemnih okoliščinah, in sicer takrat, kadar se v primeru ponavljajočih se manjših nepravilnosti lahko pojavijo dvomi glede zanesljivosti ponudnika.

Iz točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3 (enako pa tudi iz točke g) četrtega odstavka 57. člena Direktive 2014/24/EU, po kateri je povzeta zakonska norma) je razvidno, da mora konkretna pogodbeni kršitev predstavljati precejšnjo ali stalno pomanjkljivost pri izpolnjevanju ključnih pogodbenih obveznosti in mora imeti za posledico odstop od pogodbe, uveljavljanje odškodnine ali drugo primerljivo sankcijo. Iz zakonske dikcije tako izhaja, da kakršnakoli kršitev pogodbe oziroma kakršnakoli pomanjkljivost pri njenem izpolnjevanju ne more predstavljati razloga za izključitev ponudbe, temveč mora iti bodisi za precejšnjo (večjo oziroma hujšo) pomanjkljivost bodisi stalno (ponavljajočo) pomanjkljivost. Pomanjkljivost se mora nanašati na ključne (bistvene) pogodbene obveznosti, ne pa na nebistvene obveznosti oziroma nebistvena opravila, ki so morda glede na pogodbeno določila le postranskega pomena. Poleg tega mora imeti kršitev pogodbenih obveznosti resne posledice, zaradi katerih pride do odstopa od pogodbe ali (v primeru nastanka škode) do uveljavljanja odškodnine oziroma do drugih primerljivih sankcij.

V obravnavanem primeru Državna revizijska komisija pritrdi naročniku, da iz določbe citiranega izključitvenega razloga (kot ga je v konkretnem primeru naročnik zapisal v razpisni

dokumentaciji), ne izhaja, da že vsaka zamuda pri izpolnjevanju pogodbe predstavlja razlog za izključitev, kot si to napačno razlaga vlagatelj. Naročnik je namreč zamudo izvajalca (zaradi katere je uveljavljal pogodbeno kazen) opredelil le kot eno izmed precejšnjih ali stalnih pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključnih obveznosti, pri čemer je poleg sankcij, ki jih določa že ZJN-3 v točki f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3 (tj. odstop od prejšnjega naročila oziroma pogodbe ali uveljavljanje odškodnine), opredelil še druge primerljive sankcije. Tako je navedel, da kot primerljive sankcije šteje odstop od pogodbe in/ali unovčitev finančnega zavarovanja (za dobro izvedbo pogodbenih obveznosti ali za odpravo napak).

Glede na navedeno se gre strinjati z naročnikom, da so v konkretnem primeru za izpolnitev spornega izključitvenega razloga morale biti kršitve gospodarskega subjekta pri izpolnjevanju pogodbe tako resne, da so privedle do naročnikovega odstopa od pogodbe, uveljavljanja odškodnine in/ali unovčitve finančnega zavarovanja. Naročnik pa glede na takšno dikcijo izključitvenega pogoja v razpisni dokumentaciji ne bo mogel izključiti gospodarskega pogodbe v primeru, ko je pri izpolnjevanju pogodbenih obveznosti prišlo zgolj do zamude, zaradi katere naročnik ni uveljavljal naštetih sankcij.

V posledici navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj ni uspel izkazati, da je izključitveni razlog, določen na podlagi točke f) šestega odstavka 75. člena ZJN-3, na način, kot je določen v razpisni dokumentaciji, nesorazmeren in neskladen z določbami ZJN-3.

VI. Glede meril (točka 4 zahtevka za revizijo)

Vlagatelj navaja, da naročnik javnega naročila ni razdelil na sklope, vseeno pa ga je razdelil na tri dele, saj gre dejansko za tri različne zaključene celote, zato je skladno s tem oblikoval tudi merila in skupno ponudbeno ceno razdelil na tri merila (ceno za nakup licenc, ceno za implementacijo sistema in ceno za vzdrževanje sistema). Vendar ker naročnik javnega naročila ni razdelil na sklope, je zanj bistvena zgolj celotna ponudbena cena. Vlagatelj ob analizi tako določenih meril zatrjuje, da ne gre razbrati večje ali manjše prednosti za naročnika v delitvi skupne ponudbene cene na tri dele, za kar podaja tudi računске primere, na podlagi katerih zaključuje, da bi bil naročnik s tako določenimi merili vezan na izbor ponudbe, ki ni ekonomsko najugodnejša.

Vlagatelj daje zatrjuje tudi nesprejemljivost merila »Lasten kader«, saj s tem, ko naročnik točkuje priglašeni kader, ki je zaposlen pri ponudniku, neupravičeno diskriminira ponudnike, ki nastopajo s podizvajalcem ali partnerjem, oziroma se sklicujejo na kapacitete drugega gospodarskega subjekta. Poudarja, da gre pri merilu, ki zahteva pogoj zaposlenosti, za merilo s socialno vrednostjo (kar javnonaročniška zakonodaja sicer vzpodbuja), vendar je s tega vidika pomembno le, da je kader zaposlen za nedoločen čas (kar mu zagotavlja socialno varnost) in ne, pri katerem gospodarskem subjektu je zaposlen.

Naročnik je zahtevek za revizijo v delu, ki se nanaša na merila glede ponudbenih cen, zavrnil, saj je razpisno dokumentacijo s popravkom, objavljenim na Portalu javnih naročil 16. 4. 2024, spremenil in kot merilo (poleg merila »Lasten kader«) določil le še merilo »Skupna ponudbena vrednost z DDV«. Da bo razpisno dokumentacijo v tem delu spremenil, je naročnik pojasnil že v odgovoru na vprašanje, objavljenim 10. 4. 2024 ob 18.53, zato naročnik zatrjuje, da vlagatelj niti ni imel razloga, da v tem delu vloga zahtevek za revizijo (saj je bila njegova pravica varovana).

V zvezi z merilom, vezanim na kader, naročnik pojasnjuje, da je zasledoval ekonomsko prednost, ki jo zanj predstavlja ponudba ponudnika, ki v okviru kadrovskega pogoja priglasi kader, ki je zaposlen pri ponudniku. Naročnik je namreč prepričan, da je ponudnik, ki ima lasten kader, bolj zanesljiv od ponudnika, ki kader zagotavlja preko podizvajalca in nima lastnega kadra. Naročnik

se sklicuje na ekonomsko prednost takšnega merila zaradi večje zanesljivosti in angažiranosti ponudnika, saj je zaposleni kader bolj vezan na zahteve svojega delodajalca, na podlagi česar naročnik meni, da je takšno merilo utemeljeno, sorazmerno, nediskriminatorno in povezano s predmetom javnega naročila.

Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da ni vsebinsko presojala zakonitosti naročnikovega ravnanja pri oblikovanju (treh) meril, ki se nanašajo na ponudbeno ceno za posamezne postavke ponudbenega predračuna (tj. »Skupna ponudbena vrednost za nakup licenc (z DDV)«, »Skupna ponudbena vrednost (z DDV) za Implementacija poslovno informacijskega sistema Microsoft Dynamics 365 Business Central« in »Skupna ponudbena vrednost (z DDV) za 60-mesečno vzdrževanje«). Kljub temu, da je bil popravek, s katerim je naročnik spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (in kot merilo, ki se nanaša na ceno, določil le merilo »Skupna ponudbena vrednost z DDV«), objavljen na Portalu javnih naročil (en dan) po vložitvi zahtevka za revizijo (tj. 16. 4. 2024 pod št. objave JN002063/2024-EUe16/01-P01), gre namreč ugotoviti, da je naročnik z njim spremenil razpisno dokumentacijo v delu, ki ga kot spornega izpostavlja vlagatelj, in sicer je odstranil merila, ki se nanašajo na ponudbeno vrednost za posamezno postavko znotraj skupne ponudbene cene ter kot merilo (ki se nanaša na ceno) določil le skupno ponudbeno ceno za celoten predmet javnega naročila.

Upoštevajoč navedeno vsebinska presoja zakonitosti izpodbijanih (že razveljavljenih) meril v razpisni dokumentaciji v tem revizijskem postopku ni potrebna, saj odločitev Državne revizijske komisije ne bi mogla (več) vplivati oziroma izboljšati vlagateljevega pravnega položaja v postopku oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je tako naročnikovo spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila štela za konkludentno ugoditev zahtevku za revizijo v tem delu, zaradi česar je vlagatelju odpadel pravni interes za vsebinsko presojo tega očitka.

Posledično je Državna revizijska komisija v obravnavanem delu revizijskih navedb presojala le še očitke vlagatelja glede določitve merila »Lasten kader«.

V tej zvezi Državna revizijska uvodoma pojasnjuje, da naročnik na podlagi meril, ki predstavljajo element za vrednotenje in medsebojno primerjavo ponudb, med dopustnimi ponudbami izbere ekonomsko najugodnejšo ponudbo (prim. prvi odstavek 84. člena ZJN-3). Skladno z drugim odstavkom 84. člena ZJN-3 se ekonomsko najugodnejša ponudba določi na podlagi cene ali stroškov, ob uporabi pristopa stroškovne učinkovitosti, na primer z izračunom stroškov v življenjski dobi, kot ga določa ta zakon, in lahko zajema tudi najboljše razmerje med ceno in kakovostjo, ocenjeno na podlagi meril, ki se nanašajo na kakovost ter okoljske ali socialne vidike, povezane s predmetom javnega naročila. Takšna merila lahko na primer vključujejo:

- a) kakovost, vključno s tehničnimi prednostmi, estetske in funkcionalne lastnosti, dostopnost, oblikovanje, prilagojeno vsem uporabnikom, socialne, okoljske in inovativne značilnosti ter trgovanje in pogoje v zvezi z njim;
- b) organiziranost, usposobljenost in izkušnost osebja, ki bo izvedlo javno naročilo, če lahko kakovost osebja bistveno vpliva na raven izvedbe javnega naročila;
- c) poprodajne storitve, tehnično pomoč in pogoje dobave, kot so datum dobave ali dokončanja del, postopek dobave ali izvedbe in trajanje dobav ali del.

V šestem odstavku 84. člena ZJN-3 je določeno, da morajo biti merila za oddajo javnega naročila nediskriminatorna, sorazmerna in povezana s predmetom javnega naročila. Šteje se, da so merila povezana s predmetom javnega naročila, če se nanašajo na gradnje, blago ali storitve, ki jih je treba zagotoviti v skladu z javnim naročilom, in sicer v katerem koli pogledu in na katerikoli stopnji njihove življenjske dobe, vključno z dejavniki, povezanimi s posebnim postopkom proizvodnje,

zagotavljanja ali trženja teh gradenj, blaga ali storitev, ali s posebnim postopkom za drugo stopnjo njihove življenjske dobe, tudi če takšni dejavniki vsebinsko niso del njih.

V skladu s sedmim odstavkom 84. člena ZJN-3 merila tudi ne smejo biti določena tako, da je z njimi naročniku podeljena neomejena svoboda pri izbiri najugodnejše ponudbe. Navedeno pomeni, da morajo biti merila za izbiro in z njimi povezana metoda vrednotenja ponudb določena na način, ki omogoča objektivno primerjavo in ocenjevanje ponudb, kakor tudi naknadno preverjanje rezultatov ocenjevanja, ki ga je izvedel naročnik. Iz tega razloga je v zakonu določeno, da morajo merila zagotoviti možnost učinkovite konkurence, ter da jih morajo spremljati podrobni opisi, ki omogočajo učinkovito preverjanje informacij, ki jih ponudniki predložijo z namenom, da se oceni, kako njihova ponudba izpolnjuje posamezno merilo za oddajo javnega naročila. Iz tega razloga ZJN-3 v osmem odstavku 84. člena določa tudi, da mora naročnik v dokumentaciji določiti relativno utež, ki jo dodeli vsakemu merilu, izbranemu za določitev ekonomsko najugodnejše ponudbe, razen če se zanjo odloči le na podlagi najnižje cene. Uteži se lahko opredelijo z določitvijo razpona z ustrezno največjo razliko. Kadar uteži ni mogoče navesti zaradi objektivnih razlogov, naročnik navede merila v padajočem zaporedju po pomembnosti.

Navedena zakonska izhodišča naročniku nalagajo, da v vsakem konkretnem postopku oddaje javnega naročila, upoštevajoč specifičnost predmeta javnega naročila in lastne potrebe, presodi, kaj v danem primeru zanj predstavlja največjo korist za vloženi denar (ekonomsko najugodnejšo ponudbo) in kako naj pri vrednotenju ponudb na transparenten način upošteva različne vidike predmeta javnega naročila, kot so npr. cena, kakovost in drugi komercialni, socialni in/ali okoljevarstveni dejavniki. S tem, ko ZJN-3 zgolj primeroma (in ne taksativno) navaja nekatera cenovna in necenovna merila, na podlagi katerih je mogoče ugotavljati najboljše razmerje med ceno in kakovostjo, naročniku pravzaprav daje na voljo neizčrpen seznam možnih meril za oddajo javnega naročila (prim. 90. in 92. točko preambule Direktive 2014/24/EU).

Kljub temu, da je določitev konkretnih meril v vsakem postopku oddaje javnega naročila v pristojnosti naročnika, pa je treba upoštevati, da naročniku ni podeljena neomejena svoboda izbire meril za oddajo javnega naročila (prva poved sedmega odstavka 84. člena ZJN-3) in da ZJN-3 določa načelna izhodišča, ki jih mora naročnik upoštevati pri oblikovanju kateregakoli merila, bodisi cenovnega oziroma stroškovnega merila bodisi merila, ki se nanaša na kakovostne, tehnične, trajnostne, socialne ali druge necenovne vidike naročila. Splošna izhodišča za določitev meril tako predstavljajo že temeljna načela javnega naročanja, ki so povzeta v šestem odstavku 84. člena ZJN-3. Slednji določa, da morajo biti merila za oddajo javnega naročila nediskriminatorna, sorazmerna in povezana s predmetom javnega naročila. Šteje se, da so merila povezana s predmetom javnega naročila, če se nanašajo na gradnje, blago ali storitve, ki jih je treba zagotoviti v skladu z javnim naročilom, in sicer v katerem koli pogledu in na kateri koli stopnji njihove življenjske dobe, vključno z dejavniki, povezanimi s posebnim postopkom proizvodnje, zagotavljanja ali trženja teh gradenj, blaga ali storitev, ali s posebnim postopkom za drugo stopnjo njihove življenjske dobe, tudi če takšni dejavniki vsebinsko niso del njih (druga poved šestega odstavka 84. člena ZJN-3).

Kot že pojasnjeno, je naročnik v obravnavanem javnem naročilu (po spremembi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, objavljeni na Portalu javnih naročil pod objavo št. JN002063/2024-EUe16/01-P01 z dne 16. 4. 2024) v razpisni dokumentaciji v točki 7 (Merilo za izbor ponudb) poleg merila »Skupna ponudbena vrednost z DDV« (za katero lahko ponudnik pridobi 90 točk) določil tudi med strankama sporno merilo »Lasten kader«, za katerega je določil ponder 10 % (10 točk od skupno 100) in pri načinu izračuna zapisal:

»Ponudnik, ki ima ob oddaji ponudbe redno zaposlen kader (za določen ali nedoločen čas), ki je priglasi v okviru kadrovskega pogoja, prejme 2 točki za vsak priglasi kader, ki je zaposlen pri ponudniku, skupaj pa lahko prejme največ 10 točk.«,

kot dokazilo pa določil:

»Ponudnik predloži obrazec prijave M1 izdano s strani Zavoda za zaposlovanje Slovenije ali drugo dokazilo, s katerim dokazuje, da je priglasi kader zaposlen pri ponudniku.«.

Upoštevajoč revizijske navedbe Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj ne oporeka naročnikovi zahtevi, da ponudnik pri navedenem merilu pridobi točke, če je priglasi kader zaposlen, temveč izpodbija (zgolj) naročnikovo zahtevo, da mora biti priglasi kader zaposlen pri določenem gospodarskem subjektu (tj. pri ponudniku), zaradi česar mu očita neupravičeno diskriminacijo tistih ponudnikov, ki nastopajo s podizvajalcem oziroma se sklicujejo na kapacitete drugega gospodarskega subjekta. Ker torej vlagatelj ne izpodbija merila v smislu same zahteve glede zaposlenosti kadra, Državna revizijska komisija (ki odloča v mejah zahtevka za revizijo) upravičenosti te zahteve v konkretnem primeru ni presojala.

Naročnik kot razlog za določitev spornega merila navaja zasledovanje ekonomske prednosti, pri čemer te prednosti ne pojasni oziroma konkretizira. Glede na naročnikovo navedbo, da je po njegovem prepričanju ponudnik, ki ima lasten kader, bolj zanesljiv od ponudnika, ki kader zagotavlja preko podizvajalca (in nima zaposlenega lastnega kadra), gre namreč ugotoviti, da naročnik niti ne pojasni, kako naj bi zaposlenost kadra pri ponudniku vplivala na večjo zanesljivost (v primerjavi s ponudnikom, ki priglasi kader, ki je zaposlen npr. pri podizvajalcu), prav tako pa ne pojasni, kako bi večja zanesljivost ponudnika vplivala na ekonomsko prednost, ki jo naročnik s tako določenim merilom zasleduje. Za vse nadaljnje naročnikove argumente (t.j. da je zaposlen kader z vidika delovnega prava bolj vezan na zahteve svojega delodajalca) pa gre ugotoviti, da se ne nanašajo na razloge za določitev »zahteve«, da mora biti priglasi kader zaposlen pri ponudniku, temveč na upravičenost »zahteve« glede zaposlenosti, kar med strankama, kot že navedeno, ni sporno.

Glede na navedeno pavšalnost naročnikovih navedb in ob upoštevanju, da naročnik drugih razlogov za razlikovanje med priglasi kadri, ki so zaposleni pri ponudniku, in kadri, ki so zaposleni pri podizvajalcu oziroma subjektu, na zmogljivosti katerega se sklicuje ponudnik (skladno z 81. členom ZJN-3), ni navedel, Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik, skladno s trditveno-dokaznim bremenom ni uspel izkazati, da razlikuje med priglasi kadri (in posledično med ponudniki) zaradi objektivno opravičljivih razlogov, ki so v povezavi s predmetom javnega naročila.

Na podlagi navedenega gre ugotoviti, da je vlagatelj v izpostavljenem delu uspel izkazati, da je naročnik z razlikovanjem priglasi kadrov glede na vprašanje, pri katerem subjektu so zaposleni, kršil določbe 84. člena ZJN-3, načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načelo sorazmernosti (8. člen ZJN-3).

VI. Glede razdelitve javnega naročila na sklope

Vlagatelj v pritožbi z dne 30. 4. 2024 in v opredelitvi do navedb naročnika z dne 18. 5. 2024 naročniku očita tudi, da javnega naročila ni razdelil na dva ločena sklopa, in sicer na sklop za nakup licenc ter na sklop za nakup informacijskega sistema.

Državna revizijska komisija v zvezi s tem opozarja, da načelo kontradiktornosti, kot ga opredeljuje 11. člen ZPVPJN, strankam postopka pravnega varstva daje pravico do tega, da se izrečejo o navedbah nasprotnih stranke. Pri vlogah, s katerimi se stranke izrekajo o navedbah nasprotnih strank, pa je potrebno upoštevati tudi omejitve iz ZPVPJN. Vlagatelj tako v vlogah, s katerimi se opredeljuje do naročnikovih navedb iz sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo (kot tudi iz sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo), ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov (razen če dokaže, da jih brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti v predrevizijskem postopku; prim. šesti odstavek 29. člena ZPVPJN).

Kljub temu, da vlagatelj v opredelitvi do navedb naročnika navaja, da je v zahtevku za revizijo podal ta očitke (do katerega se naročnik ni opredelil), Državna revizijska komisija ugotavlja, da navedeno ne drži. Vlagatelj je v zahtevku za revizijo v okviru očitka glede določitve meril (str. 11 zahtevka za revizijo) zgolj izpostavil dejstvo, da predmetno javno naročilo sicer ni razdeljeno na sklope, ga pa je naročnik razdelil na tri dele (tri ponudbene postavke), saj gre dejansko za tri različne zaključene celote. Ob tem je naročniku ravno zaradi tega, ker javno naročilo oddaja kot celoto, očitel nezakonito določitev meril, ki se nanašajo na posamezne ponudbene cene (za posamezne postavke).

Upoštevajoč navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj dejstev o domnevnih kršitvah naročnika zaradi nerazdelitve javnega naročila na sklope ni podal že v zahtevku za revizijo, temveč jih je navedel šele v kasnejših vlogah (v pritožbi in opredelitvi do navedb naročnika), pri čemer v njih niti ni dokazoval, da brez svoje krivde teh dejstev ni mogel navesti že v zahtevku za revizijo.

Posledično Državna revizijska komisija v predmetnem postopku pravnega varstva vlagateljevih (novih) navedb glede razdelitve javnega naročila na sklope ni presojala.

VII. Sklepno

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik s spremembo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila konkludentno ugodil zahtevku za revizijo v delu, ki se nanaša na merila glede ponudbenih cen za posamezne postavke v ponudbenem predračunu.

Na podlagi obravnave ostalih očitkov gre zaključiti, da je vlagatelj uspel izkazati, da je naročnik določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki se nanašajo na tehnične specifikacije, referenčni in kadrovske pogoje ter merilo »Lasten kader«, kot je to ugotovljeno v posameznih točkah te odločitve, oblikoval v nasprotju z določbami ZJN-3, zato je Državna revizijska komisija zahtevku za revizijo na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN ugodila.

V konkretnem primeru je rok za oddajo ponudb že potekel, po poteku roka za oddajo ponudb pa naročnik, glede na prvo poved iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3, ne sme več spreminjati in dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Ob upoštevanju dejstva, da je naročnik prejel ponudbo že odprl oziroma celo izdal odločitev (s katero javnega naročila ni oddal, ker ni prejel nobene dopustne ponudbe), ter iz razloga, ker se ugotovljene kršitve nanašajo tudi na poglobilne dele dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (tj. na razpisani predmet), odprava teh kršitev z razveljavitvijo posameznih določil dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila kot milejšim ukrepom niti ni več možna. Posledično je Državna revizijska komisija sledila (podrednemu) pravovarstvenemu predlogu vlagatelja in postopek oddaje predmetnega javnega naročila razveljavila v celoti, pri čemer se razveljavijo tudi vsa nadaljnja naročnikova ravnanja v tem postopku, ki jih je naročnik izvedel po prejemu zahtevka za revizijo.

V skladu s tretjim odstavkom 39. člena ZPVPJN daje Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka. Ker je Državna revizijska komisija razveljavila celoten postopek oddaje javnega naročila, naročnika napotuje, naj v primeru, če se bo odločil izvesti nov postopek oddaje javnega naročila, pri oblikovanju določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ravna v skladu z ZJN-3 in upošteva ugotovitve Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa, pri čemer naj te ugotovitve upošteva tudi pri določanju zahtev, ki se nanašajo na s to odločitvijo ugotovljene nezakonite določbe razpisne dokumentacije. Pri tem naj bo še posebej pozoren, da bo vse zahteve oziroma informacije, ob upoštevanju načela transparentnosti (6. člen ZJN-3), podal jasno, natančno in nedvoumno, ter jih določil skladno z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3), načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) in načelom sorazmernosti (8. člen ZJN-3).

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 2. in 3. točke izreka tega sklepa.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo in nadaljnjih vlogah zahteva povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, in sicer vračilo vplačane takse v višini 4.000,00 eurov.

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). Ker je zahtevek za revizijo utemeljen, je vlagatelj skladno s tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN upravičen do povrnitve potrebnih stroškov postopka pravnega varstva, v konkretnem primeru do povračila vplačane takse.

Ker je vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel le delno (tj. glede štirih od skupno šestih očitanih kršitev), je Državna revizijska komisija odločila, da se vlagatelju, v skladu z doseženim uspehom v postopku, povrne dve tretjini priznanih stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva, kar znaša 2.666,67 eurov (drugi odstavek 154. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN).

Naročnik je dolžan vlagatelju stroške v navedeni višini povrniti v 15 dneh od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 4. točke izreka tega sklepa.

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

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

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve.