

Številka: 018-74/2023-4

Datum: 6. 7. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Červeka kot predsednika senata ter mag. Zlate Jerman in Igorja Luzarja kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*NAKUP LETALSKIH KART*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja NOMAGO, storitve mobilnosti in potovanj, d.o.o., Vošnjakova ulica 3, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Brezovec, o.p., d.o.o., Beethovnova ulica 7, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Institut »*Jožef Stefan*«, Jamova cesta 39, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik) dne 6. 7. 2023

odločila:

1. Zahtevak za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Vlagateljeva zahteva za povrnitev priglašениh stroškov pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o naročilu je bilo na Portalu javnih naročil objavljeno 27. 4. 2023, pod št. objave JN002567/2023-B01, ter v Uradnem listu EU dne 28. 4. 2023, pod št. objave 2023/S 084-258655. Naročnik izvaja omejeni postopek za sklenitev okvirnega sporazuma z največ petimi ponudniki.

Vlagatelj je 5. 6. 2023 (pred potekom roka za predložitev prijav oziroma ponudb) vložil zahtevak za revizijo. Kot problematično izpostavlja, da naročnik prek Portala javnih naročil ni odgovoril na vprašanje, ki mu ga je posredoval vlagatelj 17. 5. 2023 (*»Ali bo naročnik v primeru neobičajno nizkih ponudb le-te označil kot nedopustne, predvsem z vidika, da izbrani ponudnik potem zaradi nizke cene ne bi mogel izpolniti predmeta javnega naročila? Kot primer navajamo sledeče: v fazi izbora bo ponudnik oddal ponudbo, kjer bo ocenil stroške posredovanja (CPK CMK COK) z 0, drug ponudnik pa bo ocenil stroške (skupaj CPK, CMK, COK) v višini npr. 40.«*). Navaja, da naročnik s svojo opustitvijo vlagatelju ni zagotovil vseh podatkov za pripravo optimalne ponudbe za predmet javnega naročila, s čimer je kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov;

naročnik naj bi s svojo opustitvijo tudi vplival na oblikovanje ponudbe vlagatelja in posredno tudi na konkurenčnost le-te. Naročnik naj bi evidentno ravnal tudi v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja, saj je vprašanja in odgovor drugega ponudnika dne 26. 5. 2023 objavil, vprašanja vlagatelja pa ni niti objavil niti ni nanj odgovoril. Vlagatelj pojasnjuje, da bi naročnikov odgovor nedvomno vplival na pripravo njegove ponudbe, saj je želel razpolagati z relevantnim podatkom, ali bi naročnik odreagirjal in ponudbo izločil, če bi ponudnik pri CPK, CMK in COK ponudil ceno 0 (kar bi vplivalo na zmožnost izpolnitve predmeta javnega naročila) ali ne. Vprašanje, ki ga je zastavil vlagatelj, je ključnega pomena glede oblikovanja cene v ponudbi vlagatelja, zaradi opustitve naročnika pa ne razpolaga z relevantnim podatkom, ki bi mu služil za pripravo optimalne ponudbe, vsled česar obstaja realna možnost, da bo njegova ponudba označena kot nedopustna. Vlagatelj predlaga, naj se naročniku naloži odprava kršitve tako, da na ustrezen način odgovori na neodgovorjeno in pravočasno postavljeno vprašanje vlagatelja, oziroma podredno, naj se v celoti razveljavi postopek oddaje javnega naročila; v vsakem primeru zahteva tudi povračilo priglašanih stroškov pravnega varstva.

Naročnik je s sklepom z dne 16. 6. 2023 zavrnil zahtevek za revizijo in zahtevo za povračilo stroškov pravnega varstva. Pojasnjuje, da zakon nalaga naročniku, da poda odgovor na vprašanje, kadar je treba dodatno pojasniti določena dejstva, ki vplivajo na dopustnost ponudbe ali na ocenjevanje ponudbe, kar pa ne velja za primere, ko je vprašanje špekulativno, nejasno, ni razumljivo, ko se nanaša na hipotetično situacijo, ki bo nastopila v fazi izvedbe, in tudi ne za primer, ko bi naročnik z odgovorom prejudiciral odločitev, ki bi jo sicer sprejel v fazi pregleda in vrednotenja ponudb, oziroma vprašanje, glede katerega je razpisna dokumentacija jasna. Meni, da odgovor na sporno vprašanje ne bi v ničemer vplival na položaj vlagatelja, da odda »optimalno« ponudbo, saj vsebinskega odgovora niti ni mogoče dati, v prid česar navaja, da:

- je na vprašanje, ali je in kdaj določena ponudba neobičajno nizka ali ne, mogoče odgovoriti šele v fazi pregleda in vrednotenja ponudb, ko se naročnik seznanil z vsemi ponudbami, ko pozove ponudnika, za katerega meni, da je njegova ponudba neobičajno nizka, in ko prejme odgovor ter ga preuči v smislu tveganja, ki bi ga naročnik sprejel s tem, ko bi predmetno javno naročilo oddal ponudniku – vprašanje, ki se nanaša na neobičajno nizko ceno, je tako povsem preuranjeno in brezpredmetno;
- cena 0 EUR je cena, torej naročnik v razpisni dokumentaciji (odgovori so njen sestavni del) ne sme omejevati ponudnikov s cenami oziroma z njihovo višino;
- je primer, ki ga navaja vlagatelj, povsem nerazumljiv, ker je predmetni postopek dvofazni in se v prvi fazi ugotavlja sposobnost po merilih za prvo fazo, v drugi fazi pa bo edino merilo cena (in se merilo iz prve faze »strošek posredovanja pri nakupu karte« sploh ne bo upoštevalo, ker kot merilo za drugo fazo ni predvideno) – ker gre za dvofazni postopek in so merila v drugi fazi drugačna kot v prvi fazi, do kršitve sploh ni prišlo, zaradi česar ni kaj odpravljati.

Glede na opisano naročnik vprašanje vlagatelja označuje za tako nerazumljivo, da nanj sploh ni mogel odgovoriti, ker še zdaj ne razume, kaj bi vlagatelj pravzaprav rad. Naročnik meni, da vlagatelju ne gre priznati aktivne legitimacije: kljub temu, da na vprašanje ni odgovoril, bi lahko vlagatelj oddal konkurenčno ponudbo, saj je vedel, da je cena 0 EUR eno od meril v prvi fazi (pri posredovanju pri nakupu kart) in se bo upoštevala, četudi ponudnik v tej postavki ne bo vpisal te cene, torej ni nobene logične razlage, zakaj cene 0 EUR pri tej postavki, ki bi jo ponudnik vpisal, naročnik ne bi upošteval. V tem delu naj ne bi šlo za različne pravne položaje. Poleg tega prva faza (ugotavljanje sposobnosti) oddaje predmetnega javnega naročila ni izvedbena. Ta nastopi šele po drugi fazi, merilo v drugi fazi pa je cena, zato odvrtilne narave vlagatelj ni pojasnil. Ali bo vlagatelj oddal konkurenčno ponudbo, ali ne, je stvar svobodne gospodarske pobude, na to pa naročnik ne more vplivati.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 15. 6. 2023 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se je do navedb naročnika opredelil z vlogo z dne 19. 6. 2023. V celoti prereka navedbe naročnika ter vztraja pri zahtevku za revizijo. Poudarja, da je pravočasno postavil jasno vprašanje, naročnik pa nanj ni odgovoril. Glede možnosti nastanka škode pojasnjuje, da je želel razpolagati z relevantnim podatkom o tem, ali bi naročnik odreagirjal in ponudbo izločil, če bi ponudnik ponudil ceno 0 EUR za CPK, CMK in COK (kar bi vplivalo na zmožnost izpolnitve predmeta javnega naročila) ali ne. Navedbe naročnika o špekulativnosti vprašanja tako označuje za neutemeljene, naročniku pa očita, da se tudi v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo namerno izogiba odgovoru, zakaj na vprašanje sploh ni odgovoril. Vlagatelj je mnenja, da ponudnik, ki ponudi strošek posredovanja pri nakupu karte, strošek menjave karte in strošek odpovedi karte 0 EUR, ni sposoben izpolniti predmeta javnega naročila, ne glede na to, kakšno ceno ponudi v drugi fazi, zaradi česar je želel od naročnika dodatne informacije. Naročnik naj bi šele sedaj post festum navajal različne razloge, zaradi katerih naj ne bi mogel odgovoriti na vlagateljevo vprašanje. Če naročnik vprašanja ne razume, ima vse možnosti, da to navede v odgovoru. Ne drži, da ni nobenih nejasnosti, saj naročnik v razpisni dokumentaciji ni navedel, da bo upošteval kot dopustne ponudbe z vsemi stroški posredovanja, ovrednotenimi z 0 EUR. Glede aktivne legitimacije vlagatelj navaja, da so navedbe naročnika kontradiktorne in tudi neutemeljene; s konkludentnim dejanjem je sicer aktivno legitimacijo priznal. Vlagatelj ne bi nujno mogel oddati konkurenčne ponudbe, saj cena 0 EUR vseh stroškov posredovanja v prvi fazi pomeni nezmožnost izpolnitve predmeta javnega naročila, saj noben ponudnik v drugi fazi teh stroškov ne more povišati oziroma ovrednotiti z več kot 0 EUR, ostali morebitni stroški pa so tako zanemarljivi, da končna cena za ponudnika pomeni izgubo.

Zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja se lahko vloži zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja, razen če zakon, ki ureja javno naročanje, ali ta zakon določa drugače (prvi odstavek 5. člena ZPVPJN). Skladno s prvim odstavkom 26. oz. 31. člena ZPVPJN (predhodni preizkus zahtevka za revizijo) morata naročnik oziroma Državna revizijska komisija po prejemu zahtevka za revizijo preveriti, ali je zahtevek dopusten, vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena tega zakona in je bil vložen pravočasno, ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena tega zakona in ali morebiti ne obstajajo omejitve iz 16. člena tega zakona. Državna revizijska komisija je po prejemu zahtevka za revizijo opravila predhodni preizkus v skladu z 31. členom ZPVPJN ter ugotovila, da izpolnjuje vse pogoje iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, zato ga je sprejela v obravnavo.

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

Vlagateljeve navedbe v zvezi z neodgovorjenimi vprašanji in pobudami (zahtevami) je potrebno presojati z vidika določil konkretne razpisne dokumentacije in določbe četrtega odstavka 61. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), skladno s katero mora naročnik, če pravočasno prejme zahtevo, vsem gospodarskim subjektom, ki sodelujejo v postopku javnega naročanja, najpozneje šest dni pred iztekom roka za oddajo ponudb zagotoviti dodatne informacije v zvezi s specifikacijami in vse dodatne dokumente. Če naročnik v odprtem postopku, za javna naročila na splošnem področju pa tudi v omejenem postopku, skrajša rok za oddajo ponudb iz razloga nujnosti, je ta rok štiri dni pred iztekom roka za oddajo ponudb.

Naročnik je v točki 1.2 »OBVESTILA IN POJASNILA V ZVEZI Z RAZPISNO DOKUMENTACIJO« dokumenta »RAZPISNA DOKUMENTACIJA ZA JAVNO NAROČILO« (v nadaljevanju tudi: razpisna dokumentacija) navedel:

»Komunikacija s ponudniki o vprašanjih v zvezi z vsebino naročila in v zvezi s pripravo ponudbe poteka izključno preko portala javnih naročil.

Naročnik bo zahtevo za pojasnilo razpisne dokumentacije oziroma kakršnokoli drugo vprašanje v zvezi z naročilom štel kot pravočasno, v kolikor bo na portalu javnih naročil zastavljeno najkasneje do vključno 29.05.2023 (datum) do 10:00 (ura).

Na zahteve za pojasnila oziroma druga vprašanja v zvezi z naročilom, zastavljena po tem roku, naročnik ne bo odgovarjal. [...]«

V obrazcu št. 7 »PREDRAČUN« je naročnik med drugim določil še, da »[v] kolikor ponudnik cene v posamezno postavko ne vpiše ali vpiše ceno nič (0) EUR, se šteje, da postavko ponuja brezplačno.«

Med strankama ni sporno, da je vlagatelj 17. 5. 2023 preko Portala javnih naročil naročniku pravočasno posredoval vprašanje (že citirano zgoraj, v povzetku vlagateljevih navedb v zahtevku za revizijo), ter da naročnik na to vprašanje ni odgovoril oziroma vprašanja niti ni objavil na Portalu javnih naročil.

Čeprav to v razpisni dokumentaciji ni neposredno zapisano, pa je iz njene citirane vsebine razvidno, da bo naročnik odgovarjal na pravočasne zahteve in vprašanja v zvezi z naročilom. Dejstvo, da naročnik na zadevno vlagateljevo vprašanje oziroma zahtevo za pojasnilo (ki se sicer ne nanaša na specifikacije ali dodatne dokumente – prim. s četrtem odstavkom 61. člena ZJN-3) ni odgovoril, pomeni, da ni ravnal v skladu z lastnimi določbami v razpisni dokumentaciji. Že iz načel transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3) izhaja, da naročnik mora ravnati v skladu z določbami lastne razpisne dokumentacije.

Vendar pa v obravnavanem primeru ni mogoče ugotoviti, da ta naročnikova kršitev bistveno vpliva na oddajo javnega naročila: naročnik je namreč dolžan zagotoviti informacije, ki so potrebne za pripravo ponudbe, vlagatelj pa si prizadeva pridobiti informacijo, ki ni ključna za pripravo ponudbe, ampak se nanaša na zakonsko že urejeno materijo v zvezi z bodočim hipotetičnim ravnanjem naročnika v fazi pregledovanja in ocenjevanja ponudb – tj. (1) na dolžnost naročnika, da v primeru suma na neobičajno nizko ponudbo preveri, ali je ponudba neobičajno nizka in od ponudnika zahteva, da pojasni ceno ali stroške v ponudbi (prvi, drugi in tretji odstavek 86. člen ZJN-3), oziroma (2) na dolžnost naročnika, da neobičajno nizko ponudbo zavrne kot nedopustno (prvi odstavek 89. člena ZJN-3 v povezavi s četrtem odstavkom 86. člena ZJN-3 in 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3).

Informacija, za katero si prizadeva vlagatelj, torej ni namenjena pridobivanju manjkajočih informacij, potrebnih za pripravo ponudbe, ali odpravljanju morebitnih nejasnosti ali dvoumnosti zahtev iz razpisne dokumentacije, ki se nanašajo na predmet javnega naročila, in katerih umanjkanje ali napačno razumevanje bi lahko botrovalo oddaji nedopustne ali nekonkurenčne ponudbe, pač pa na opredelitev bodočih hipotetičnih naročnikovih ravnanj v postopku oddaje javnega naročila, ki jih ureja že ZJN-3. Državna revizijska komisija na tem mestu pristavlja, da ZJN-3 ne zahteva, da bi moral naročnik vnaprej opredeliti kriterije, kdaj bo ponudbo sumil za neobičajno nizko in izvedel ustrezne preverbe v smislu 86. člena ZJN-3 – ZJN-3 v prvem odstavku 86. člena določa le, da naročnik mora preveriti, ali je ponudba neobičajno nizka, če je vrednost ponudbe za več kot 50 odstotkov nižja od povprečne vrednosti pravočasnih ponudb in za več kot 20 odstotkov nižja od naslednje uvrščene ponudbe, vendar le, če je prejel vsaj štiri pravočasne ponudbe.

Skladno s 16.a členom ZPVPJN Državna revizijska komisija v revizijskem postopku zahtevku za revizijo ugotovi, če pri presoji očitanih kršitev ugotovi, da je ravnanje naročnika kršitev, ki bistveno vpliva na oddajo javnega naročila. Skladno s 1. alinejo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN Državna revizijska komisija zahtevek za revizijo zavrne kot neutemeljen, če ugotovi, da ob upoštevanju navedb v zahtevku za revizijo naročnik ne bi sprejel drugačne odločitve ali da naročnikovo ravnanje v postopku oddaje javnega naročila bistveno ne vpliva na oddajo javnega naročila. Ker v obravnavanem primeru naročnikova kršitev ne vpliva bistveno na oddajo javnega naročila, je Državna revizijska komisija zahtevek za revizijo zavrnila kot neutemeljenega.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo uveljavljal povračilo stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Ker z zahtevkom za revizijo ni uspel, je Državna revizijska komisija v skladu z določbo tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN njegovo zahtevo za povračilo stroškov postopka pravnega varstva zavrnila.

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

Pravni pouk:

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

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

Vročiti:

- vlagatelj po pooblaščenca,
- naročnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve.