

Številka: 018-046/2022-4

Datum: 30. 5. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 31. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN), v senatu Andraža Žvana, kot predsednika senata, ter Aleksandra Petrovčiča in Tadeje Pušnar, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradnja odlagališča NSRAO na lokaciji Vrbina, Krško*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Riko, d.o.o., Bizjanova ulica 2, Ljubljana, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Potočnik in Prebil, o.p., d.o.o., Ajdovščina 4, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika ARAO - Agencija za radioaktivne odpadke, Ljubljana, Litostrojska cesta 58A, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 30. 5. 2022

odločila:

1. Zahtevk za revizijo se zavrže.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po omejenem postopku, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 4. 2. 2021, pod št. objave JN000609/2021-B01, in v Uradnem listu EU dne 5. 2. 2021, pod št. objave 2021/S 025-057675. Do poteka roka za predložitev prijav je naročnik prejel tri prijave kandidatov oz. skupin kandidatov. Po pregledu prijav je naročnik priznal sposobnost skupini kandidatov, v kateri poleg vlagatelja nastopa še Kolektor CPG, d.o.o., Kromberk, Nova Gorica, in CGP, d.d., Novo mesto, medtem ko drugima dvema skupinama kandidatov naročnik sposobnosti ni priznal.

Po povabilu vlagatelja k oddaji ponudbe je naročnik je dne 22. 3. 2022 na Portalu javnih naročil objavil Odločitev o izidu javnega naročila, s katero je vlagateljevo ponudbo zavrnil kot nedopustno iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev in zaključil postopek oddaje javnega naročila brez

oddaje naročila. Naročnik je dne 24. 3. 2022 na Portalu javnih naročil objavil Popravek odločitve o izidu javnega naročila, s katero je, v primerjavi z Odločitvijo o izidu javnega naročila, spremenil število točk, dodeljenih vlagateljevi ponudbi po merilih za oddajo javnega naročila. Popravek odločitve o izidu javnega naročila je naročnik razveljavil z odločitvijo, objavljeno na Portalu javnih naročil dne 30. 3. 2022. Naročnik je dne 13. 4. 2022 na Portalu javnih naročil objavil Odločitev o neoddaji javnega naročila, s katero je odločil, da se javno naročilo ne odda, vlagateljevo ponudbo pa je zavrnil kot nedopustno, ker vlagatelj ni sprejel roka izvedbe 900 dni in ker vlagateljeva ponudba presega višino zagotovljenih sredstev.

Vlagatelj je z vlogo z dne 25. 4. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga razveljavitev odločitve o neoddaji naročila (objava na Portalu javnih naročil dne 13. 4. 2022), podredno pa predlaga, da naročnik ali Državna revizijska komisija ugotovi, da vlagateljeva ponudba izpolnjuje formalne zahteve naročnika oz. v tem delu spremenita odločitev o neoddaji naročila. V vsakem primeru vlagatelj zahteva povrnitev stroškov pravnega varstva. Vlagatelj uvodoma utemeljuje obstoj procesnih pogojev; v zvezi z aktivno legitimacijo navaja, da je od ugotovitve o skladnosti vlagateljeve ponudbe s formalnimi zahtevami odvisno, na kakšen način bo mogoče oddati predmet javnega naročila. Če vlagatelj uspe izkazati, da njegova ponudba izpolnjuje formalne zahteve (kamor spada (ne)sprejem roka za izvedbo), bo lahko izveden konkurenčen dialog v skladu z zadnjo povedjo b) točke prvega odstavka 42. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3), kar za vlagatelja predstavlja bistveno prednost pri možnosti pridobitve javnega naročila. Tega postopka pa ne bo možno izvesti, če bo izpodbijana odločitev postala pravnomočna. Ta zahtevek za revizijo je edino sredstvo, ki ga ima vlagatelj na voljo, da dokaže izpolnjevanje pogojev iz zadnje povedi b) točke prvega odstavka 42. člena ZJN-3 in zagotovi možnost izvedbe takšnega postopka. Bistveno je, da se naročniku in vlagatelju ne odvzame možnosti izvedbe konkurenčnega dialoga v skladu z zadnjo povedjo b) točke prvega odstavka 42. člena ZJN-3. Vlagatelj ima tako očiten interes, da se ugotovi, da njegova ponudba izpolnjuje formalne zahteve, v nasprotnem primeru bi mu lahko nastala škoda, ki se kaže v nepridobitvi posla. Vlagatelj v nadaljevanju utemeljuje, zakaj je napačna naročnikova ugotovitev, da vlagatelj ni sprejel roka za izvedbo javnega naročila. Vlagatelj iz previdnosti, podredno, dodaja, da je izpodbijano odločitev potrebno razveljaviti, ker je z njo naročnik odločil o že pravnomočno razsojeni stvari. Z Odločitvijo o izidu javnega naročila (objava na Portalu javnih naročil dne 22. 3. 2022) je naročnik vlagatelju očital le preseganje zagotovljenih sredstev, s Popravkom odločitve o izidu javnega naročila (objava na Portalu javnih naročil dne 24. 3. 2022) je naročnik odpravil le tipkarsko napako iz Odločitve o izidu javnega naročila, z razveljavitvijo popravka pa je naročnik razveljavil izključno popravek (torej tipkarsko napako), ne pa Odločitve o izidu javnega naročila, zaradi česar je slednja postala pravnomočna. Pravnomočno je tako odločeno, da je vlagateljeva ponudba nedopustna le zaradi preseganja zagotovljenih sredstev, ne pa tudi zaradi morebitnega neizpolnjevanja formalnih zahtev.

Naročnik je s sklepom z dne 9. 5. 2022 zavrnil zahtevek za revizijo in zahtevo za povračilo stroškov pravnega varstva. Naročnik izpostavlja vprašanje obstoja vlagateljeve aktivne legitimacije in navaja, da je izvedba netransparentnega postopka, ki je posledica predhodnega transparentnega postopka, pravica naročnika in ne njegova dolžnost. Vlagatelj želi naročnika prisiliti k izvedbi netransparentnega postopka, za katerega naročnik niti nima podlage, saj niso podane okoliščine za uporabo 42. ali 44. člena ZJN-3. Dvig zagotovljenih sredstev bi pomenil bistveno spremembo, prav tako v novem netransparentnem postopku ni mogoče podaljšati roka za izvedbo. Poleg tega bo naročnik izvedel dva postopka javnega naročanja (Infrastrukturalna ureditev z izvedbo tehničnega varovanja gradbišča in Izgradnja objektov odlagališča). Vlagatelju ne more nastati škoda, saj tudi če bi se izkazalo, da je njegova ponudba nedopustna zgolj iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, naročnik ne bo izvedel nejavnega postopka oddaje javnega naročila, v katerem bi kot edini ponudnik nastopal vlagatelj. V nadaljevanju naročnik pojasnjuje postopek sprejemanja odločitev v zvezi z oddajo naročila in zatrjuje, da vsaka

objavljena odločitev nadomesti prejšnjo odločitev, kar pomeni, da je s Popravkom odločitve o izidu javnega naročila nadomestil Odločitev o izidu javnega naročila. Naročnik vztraja, da vlagatelj ni sprejel roka za izvedbo, saj iz njegove ponudbe izhaja, da razpisanih del ne more in ne namerava izvesti v 900 dneh, ker potrebuje dodatnih 360 koledarskih dni, in da bo vlagatelj znižal ponudbeno ceno, če bo naročnik podaljšal rok za izvedbo, saj bi lahko vlagatelj v primeru podaljšanja roka dela izvedel v podaljšanem roku brez pogodbenih kazni.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 10. 5. 2022 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 12. 5. 2022, s katero se je opredelil do naročnikovih navedb, navaja, da mu je naročnik priznal aktivno legitimacijo, zato njegova opredelitev v tem delu ni potrebna. Kljub temu dodaja, da je še posebej legitimiran za pravno varstvo zoper izpodbijano odločitev v povezavi s podrednimi navedbami, saj prepoved ne bis in idem predstavlja enega temeljnih postulatov pravne države, ki ga je treba varovati. Vlagatelj naročnika ne sili v izbiro določenega postopka, saj se zaveda, da je izbira postopka v domeni naročnika. Zato je v zahtevku za revizijo mogoče najti zgolj pogojne stavčne strukture, ki kažejo na naročnikovo možnost in ne dolžnost izvedbe določene vrste postopka. Glede na naročnikova lastna spremenljiva ravnanja in izjave v javnosti, ko se namere naročnika o nadaljevanju projekta neprestano spreminjajo, je smiselno, da naročniku ostanejo odprte vse možnosti, vključno z možnostjo izvedbe konkurenčnega dialoga brez objave obvestila. Takšna možnost sovпада z vlagateljevim pravnim in poslovnim interesom glede tega postopka, zato je jasno, da ima vlagatelj aktivno legitimacijo. V nadaljevanju vlagatelj vztraja pri revizijskih navedbah.

Državna revizijska komisija je pri odločanju o zahtevku za revizijo vpogledala v odločitve v zvezi z oddajo javnega naročila, ki so objavljene na Portalu javnih naročil. Po pregledu teh odločitev in pregledu 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.

Naročnik kljub temu, da zahtevka za revizijo ni zavrgel, temveč ga je vsebinsko obravnaval in odločil na podlagi prvega odstavka 28. člena ZPVPJN, vlagatelju odreka aktivno legitimacijo.

Naročnik sprejme zahtevek za revizijo v vsebinsko obravnavo po predhodnem preizkusu, v okviru katerega preveri obstoj procesnih pogojev iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN (prim. prvi in tretji odstavek 26. člena ZPVPJN). Tudi če naročnik ugotovi obstoj procesnih pogojev iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN in posledično vsebinsko odloči o zahtevku za revizijo in (če) se postopek pravnega varstva nadaljuje pred Državno revizijsko komisijo, je (tudi) Državna revizijska komisija po prejemu zahtevka za revizijo, skladno z 31. členom ZPVPJN, dolžna opraviti predhodni preizkus zahtevka za revizijo in preveriti ali so za njegovo vsebinsko obravnavo izpolnjeni procesni pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, ki so vsebinsko enaki procesnim pogojem iz prvega odstavka 26. člena ZPVPJN.

V okviru predhodnega preizkusa (naročnik in) Državna revizijska komisija preveri(ta), ali je bil vložen pravočasno in pri naročniku, ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN, ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena tega zakona, ali obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je revizijski zahtevek dopusten (prim. prvi odstavek 26. člena ZPVPJN in prvi odstavek 31. člena ZPVPJN). Če Državna revizijska komisija ugotovi, da vlagatelj ne izkazuje aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo, tega s sklepom (če tega ni storil že naročnik) zavrže (tretji odstavek 31. člena ZPVPJN).

Eden izmed procesnih pogojev, ki morajo biti izpolnjeni, da je vlagatelj v postopku javnega naročanja upravičen do pravnega varstva, je torej tudi aktivna legitimacija. Obstoje vlagateljeve aktivne legitimacije je, ob upoštevanju, da vlagatelj ni zagovornik javnega interesa (drugi odstavek 6. člena ZPVPJN v povezavi z drugo alineo prvega odstavka 14. člena ZPVPJN), potrebno presojati v okviru prve alineje prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, ki določa, da se aktivna legitimacija prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev (med drugim) javnega naročila in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda.

Iz citirane določbe izhajata dva bistvena elementa za priznanje aktivne legitimacije, in sicer: (1) interes za dodelitev javnega naročila in (2) možnost nastanka škode, ki bi vlagatelju utegnila nastati zaradi zatrjevane kršitve. Oba elementa morata biti izpolnjena kumulativno, zato mora vlagatelj za priznanje aktivne legitimacije izkazati tako interes za pridobitev naročila kot tudi to, da bi mu zaradi kršitev, ki jih navaja v zahtevku za revizijo, lahko nastala škoda.

Glede interesa kot prvega pogoja za priznanje aktivne legitimacije Državna revizijska komisija ugotavlja, da je vlagatelj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila oddal pravočasno ponudbo, s čimer je izkazal interes za dodelitev zadevnega javnega naročila oz. za dodelitev javnega naročila, katerega predmet je izgradnja odlagališča nizko- in srednjeradioaktivnih odpadkov.

Glede nastanka škode oziroma možnosti njenega nastanka kot drugega pogoja za priznanje aktivne legitimacije gre pojasniti, da vlagatelj z vložitvijo zahtevka za revizijo zavaruje svoj položaj, in sicer ko zatrjevane kršitve naročnika vplivajo na njegov položaj v smislu, da bi mu bilo zaradi njih onemogočeno ali bistveno oteženo sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila in s tem onemogočena ali bistveno otežena možnost pridobitve naročila. Kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo imeti torej za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila. Vlagatelj pa ne more uveljavljati (domnevnih) objektivnih naročnikovih kršitev pravil javnega naročanja, ki neposredno ne posegajo v njegov položaj tako, da mu onemogočajo oziroma otežujejo sodelovanje v postopku. Možnost nastanka škode mora biti povezana z zatrjevano kršitvijo in se v vsakem postopku ugotavlja posamično, ob upoštevanju danih okoliščin konkretnega primera (npr. predmeta naročila, vrste postopka, faze postopka, konkretnih očitkov, ki so predmet zahteve za pravno varstvo, ipd.) (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-126/2015, 018-146/2017 in 018-119/2019).

V obravnavani zadevi naročnik oddaja predmetno javno naročilo po omejenem postopku, v okviru katerega je prejel eno ponudbo, tj. vlagateljevo. Iz izpodbijane odločitve o neoddaji javnega naročila izhaja, da je naročnik vlagateljevo ponudbo zavrnil kot nedopustno iz dveh razlogov; prvič, ker vlagatelj ni sprejel roka za izvedbo javnega naročila, ki ga je naročnik določil v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, in drugič, ker vlagateljeva ponudba presega višino zagotovljenih sredstev. Ker je naročnik prejel le eno nedopustno ponudbo, je postopek oddaje javnega naročila zaključil brez oddaje javnega naročila.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku ne očita kršitve pri tem, ko je njegovo ponudbo označil za nedopustno iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev in odločil, da mu javnega naročila ne odda, pač pa vlagatelj naročniku očita kršitve pri pregledu njegove ponudbe v delu, ki se nanaša na rok za izvedbo javnega naročila. Vlagatelj tako v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je njegova ponudba nedopustna zgolj iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, ne pa tudi iz razloga, vezanega na rok za izvedbo javnega naročila. V okviru »*podrednih navedb*« vlagatelj naročniku očita kršitve pri sprejemu odločitve o neoddaji javnega naročila, in sicer zatrjuje, da je naročnik s sprejemom izpodbijane odločitve posegel v že (pravnomočno) odločeno stvar, saj je že z Odločitvijo o izidu javnega naročila pravomočno odločil, da je njegova ponudba nedopustna

(izključno) iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev. Vlagatelj se torej tako s »*primarnimi kot podrednimi*« navedbami zavzema, da bi bila njegova ponudba označena za nedopustno zgolj iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, ne pa tudi iz razloga, vezanega na rok za izvedbo javnega naročila.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju niti zaradi morebitne naročnikove kršitve pri pregledu vlagateljeve ponudbe v delu, ki se nanaša na rok za izvedbo, niti zaradi morebitne naročnikove kršitve pri sprejemu izpodbijane odločitve ni nastala in ni mogla nastati škoda v smislu prvega odstavka 14. člena ZPVPJN.

Čeprav se vlagatelj z zahtevkom za revizijo ne zavzema, da bi mu bilo javno naročilo oddano v tem (omejenem) postopku oddaje javnega naročila, Državna revizijska komisija ugotavlja, da zatrjevane naročnikove kršitve pri pregledu vlagateljeve ponudbe v delu, ki se nanaša na rok za izvedbo del, in zatrjevane naročnikove kršitve pri sprejemu izpodbijane odločitve ne vplivajo na vlagateljev položaj v tem postopku oddaje javnega naročila. Ponudbe, ki presega zagotovljena sredstva, namreč ni mogoče označiti za dopustno ponudbo, naročnik pa sme oddati javno naročilo ponudniku, ki je predložil dopustno ponudbo (prim. prvi odstavek 89. člena ZJN-3 in 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3). Ker vlagateljeve ponudbe že iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev ni mogoče označiti za dopustno ponudbo (pri čemer gre poudariti, da vlagatelj v predmetnem zahtevku za revizijo ne zatrjuje, da njegova ponudba ne presega višine zagotovljenih sredstev), morebitna nezakonita naročnikova ugotovitev, da vlagateljeva ponudba ni skladna z naročnikovimi zahtevami glede roka za izvedbo, ne vpliva na zaključek o nedopustnosti vlagateljeve ponudbe in s tem na naročnikovo odločitev, da javnega naročila v tem postopku ne odda. Vlagateljeva ponudba zaradi preseganja zagotovljenih sredstev ne more biti označena za dopustno in posledično vlagatelju v tem (omejenem) postopku javno naročilo ne more biti oddano. Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju zaradi zatrjevanih (domnevnih) kršitev naročnika pri pregledu vlagateljeve ponudbe v delu, ki se nanaša na rok za izvedbo del, in zatrjevanih (domnevnih) kršitev naročnika pri sprejemu izpodbijane odločitve, v tem postopku javnega naročanja ni mogla nastati škoda.

Kot že navedeno, vlagatelj se z zahtevkom za revizijo zavzema, da bi bila njegova ponudba označena za nedopustno zgolj iz razloga preseganja zagotovljenih sredstev, ne pa tudi iz razloga, vezanega na rok za izvedbo javnega naročila, saj bi po mnenju vlagatelja takšna ugotovitev naročniku dajala možnost izvedbe postopka v skladu z zadnjo povedjo b) točke prvega odstavka 42. člena ZJN-3.

Točka b) prvega odstavka 42. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik uporabi konkurenčni dialog v naslednjem primeru:

»za gradnje, blago ali storitve, pri katerih so bile v odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložene le ponudbe, ki niso skladne z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ali ki so prispеле prepozno ali za katere je naročnik ugotovil, da so neobičajno nizke, ali ponudbe ponudnikov, ki niso ustrezno usposobljeni, ali ponudbe, katerih cena presega naročnikova zagotovljena sredstva. V primerih iz te točke naročniku v konkurenčnem dialogu ni treba objaviti obvestila o javnem naročilu, če v postopek vključi vse ponudnike, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in zanje ne obstajajo razlogi za izključitev in so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja«.

V zvezi s citirano določbo Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da je pogoj za uporabo konkurenčnega dialoga določen le v prvi povedi točke b) prvega odstavka 42. člena ZJN-3. Druga poved točke b) prvega odstavka 42. člena ZJN-3 ne določa pogojev za uporabo konkurenčnega

dialoga, temveč določa le pogoj, ki naročnika razbremenjuje dolžnosti objave obvestila o javnem naročilu oz. določa le pogoje za opustitev objave obvestila o javnem naročilu (smis. prim. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-046/2017, 018-173/2017 in 018-119/2019).

Upošteva se navedeno in upošteva se vlagateljevo trditveno podlago gre tako ugotoviti, da se vlagatelj z zahtevkom za revizijo zavzema za presojo naročnikovih ravnanj, zaradi katerih po mnenju vlagatelja niso izpolnjeni zakonski pogoji za uporabo konkurenčnega dialoga, v okviru katerega naročnik ne bi objavil obvestila o javnem naročilu in bi k sodelovanju povabil le vlagatelja, s čimer vlagatelj odpira vprašanje, na kakšen način oz. po katerem postopku bo naročnik (zaradi neuspešnega omejenega postopka) oddal zadevno javno naročilo.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da vlagateljev zahtevek za revizijo temelji na napačni predpostavki, da je naročnik, ker začetega (omejenega) postopka javnega naročanja ne more uspešno zaključiti, dolžan pričeti nov postopek javnega naročanja za identičen predmet. Takšne dolžnosti predpisi o javnem naročilu naročniku ne nalagajo. Nasprotno: v skladu z veljavnimi predpisi o javnem naročanju je odločitev o tem, ali bo pričel s postopkom javnega naročila ali ne (to velja tudi za primere neuspešne oddaje javnega naročila) v celoti prepuščena naročniku. Naročniku je tako prepuščena odločitev, ali bo (če predmet javnega naročila še potrebuje) oddal identičen predmet ali pa ga bo spremenil (npr. razdelil na sklope). Tudi v sklepu o zavrnitvi zahtevka za revizijo naročnik (smiselno) zatrjuje, da identičnega predmeta javnega naročila ne bo oddal, ampak bo predmet javnega naročila razdelil na dve samostojni celoti, ki ju bo oddal po ločenih postopkih.

Nadalje gre pojasniti, da lahko naročnik, skladno s prvim odstavkom 39. člena ZJN-3, za oddajo javnega naročila uporabi enega od postopkov, ki so določeni v prvem odstavku 39. člena ZJN-3 in so podrobneje urejeni v členih od 40 do 47. Glede na dikcijo prvega odstavka 39. člena ZJN-3 (*«...lahko...»*) ima naročnik možnost, da pod pogoji, določenimi v ZJN-3, izbere postopek, po katerem bo oddal javno naročilo. Naročnik tako nima dolžnosti, da po neuspešno izvedenem odprtem (ali omejenem) postopku uporabi konkurenčni dialog po b) točki prvega odstavka 42. člena ZJN-3, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu in v katerega povabi ponudnike iz neuspešnega odprtega (ali omejenega) postopka (smis. prim. odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-159/2021), kar priznava tudi vlagatelj v vlogi z dne 12. 5. 2022, ko navaja, *»da je izbira postopka v domeni naročnika«* in da tudi stavčne strukture v zahtevku za revizijo kažejo na *»naročnikovo možnost, ne pa dolžnost izvedbe določene vrste postopka«*. To pa tudi pomeni, da vlagatelj od naročnika ne more zahtevati, da za oddajo javnega naročila uporabi točno določen postopek (v konkretnem primeru konkurenčni dialog po b) točki prvega odstavka 42. člena ZJN-3, v okviru katerega ne objavi obvestila o javnem naročilu in v katerega povabi izključno vlagatelja). Tudi Državna revizijska komisija, ki v postopku pravnega varstva presoja zakonitost naročnikovega ravnanja v postopku javnega naročanja, ne more namesto naročnika sprejemati odločitev v postopku oddaje javnega naročila oz. ne more naložiti naročniku, na katerega izmed možnih dopustnih načinov naj ravna in tako naročniku ne more naložiti, da javno naročilo odda po točno določenem postopku javnega naročanja.

Vlagatelj v postopku pravnega varstva navaja, da ne *»sili«* naročnika k izbiri določenega postopka javnega naročanja, ampak da je *»bistveno«*, da se naročniku ne odvzame možnosti uporabe konkurenčnega dialoga brez objave obvestila, v katerega k sodelovanju povabi le vlagatelja, in da je *»smiselno«*, da naročniku *»ostanejo oprte«* vse možnosti, vključno s konkurenčnim dialogom brez objave obvestila o javnem naročilu. Z izpostavljenimi navedbami vlagatelj ne more utemeljiti svoje aktivne legitimacije, saj je iz njih razvidno, da vlagatelj ne varuje svojega položaja v postopku javnega naročanja, temveč naročnikov položaj – v interesu naročnika bi kvečjemu bilo, da ima glede oddaje (identičnega) predmeta javnega naročila možnost izbire med več postopki javnega naročanja. Poleg tega pa je napačno vlagateljevo stališče, da bi pravnomočnost

izpodbijane odločitve onemogočala uporabo konkurenčnega dialoga na način iz zadnje povedi b) točke prvega odstavka 42. člena ZJN-3. Pravnomočna bi postala le odločitev naročnika o zaključku postopka, torej da se postopek oddaje javnega naročila zaključi brez oddaje javnega naročila, medtem ko razlogi dejanske ali pravne narave, ki so naročnika vodili k sprejemu takšne odločitve, ne bi postali pravnomočni. Zato naročniku (njegova) ugotovitev, da je vlagateljeva ponudba nedopustna tudi iz razloga neskladnosti z naročnikovimi zahtevami glede roka za izvedbo, sama po sebi ne onemogoča uporabe omenjenega postopka. V tej fazi postopka, ko naročnik (še) ni začel z oddajo javnega naročila po konkurenčnem dialogu, bi se presoja obstoja zakonskih pogojev za uporabo omenjenega postopka nanašala na bodoče hipotetične situacije. Vprašanje, ali obstojijo zakonski pogoji za uporabo konkurenčnega dialoga, bi se lahko odprlo šele, ko (in če) bi (oz. bo) naročnik s tem postopkom začel, pod pogojem seveda, če bi bil (bo) v postopku konkurenčnega dialoga vložen zahtevek za revizijo s strani aktivno legitimiranega subjekta.

Ob upoštevanju predstavljenih izhodišč Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju niti zaradi domnevnih naročnikovih kršitev pri pregledu njegove ponudbe v delu, ki se nanaša na rok za izvedbo naročila, niti zaradi domnevnih naročnikovih kršitev pri sprejemu izpodbijane odločitve, ne more nastati škoda v smislu 14. člena ZPVPJN. Morebitna ugotovitev, da je vlagateljeva ponudba nedopustna zgolj iz razloga presejanja zagotovljenih sredstev, ne pa tudi iz razloga, vezanega na rok za izvedbo javnega naročila, bi namreč služila izključno ugotavljanju obstoja zakonskih pogojev za uporabo konkurenčnega dialoga po b) točki prvega odstavka 42. člena ZJN-3, v okviru katerega naročnik ne bi objavil obvestila o javnem naročilu in v katerega bi povabil le vlagatelja. Omenjenega postopka (na omenjeni način), uporabe katerega mu izpodbijana odločitev sama po sebi ne preprečuje, naročnik, skladno z ZJN-3, ni dolžan uporabiti, četudi obstojijo zakonski pogoji za njegovo uporabo.

Vlagatelj je aktivno legitimacijo v zahtevku za revizijo utemeljeval z navedbami, da bi mu lahko (zaradi zatrjevanih naročnikovih kršitev) nastala škoda, ki se kaže v nepridobitvi posla, čemur Državna revizijska komisija ne more slediti. Vlagatelju zaradi morebitne nezakonite označitve njegove ponudbe za nedopustno tudi iz razloga, ki se nanaša na rok za izvedbo naročila, ni onemogočena pridobitev predmeta konkretnega javnega naročila v izvedbo. Tudi če naročnik (morebiti) identičnega javnega naročila ne bo oddal po konkurenčnem dialogu po b) točki prvega odstavka 42. člena ZJN-3, v katerega bi brez objave obvestila o javnem naročilu povabil le vlagatelja, vlagatelju ni onemogočena pridobitev predmeta konkretnega javnega naročila v izvedbo, saj v kolikor se bo naročnik odločil, da odda (identično) javno naročilo, ga bo moral oddati po enem od postopkov, določenih v 39. členu ZJN-3, vlagatelj pa bo imel v tem novem postopku oddaje javnega naročila možnost sodelovanja in posledično pridobitve javnega naročila v izvedbo. Državna revizijska komisija sicer lahko razume vlagatelja, da je njegov interes izvedba netransparentnega postopka in postopka, v katerem ni zagotovljena konkurenca (izvedba konkurenčnega dialoga na način iz zadnje povedi b) točke prvega odstavka 42. člena ZJN-3 bi namreč pomenila, da naročnik ne bi objavil obvestila o javnem naročilu, ampak bi k sodelovanju povabil le vlagatelja) oz. izvedba takšnega postopka javnega naročanja, v katerem bi sodeloval izključno vlagatelj, vendar takšnemu vlagateljevemu interesu ni mogoče nuditi pravnega varstva. Vzpostavitev čim večje konkurence, ki je cilj pravil o javnem naročanju, ni le v javnem interesu, ampak je tudi v interesu naročnika, saj je tudi v naročnikovem interesu, da v postopku sodeluje čim več gospodarskih subjektov oz. da prejme čim več ponudb, saj ima tako večjo izbiro glede najugodnejše ponudbe, s čimer tudi zagotovi, da je poraba sredstev zanj kar najbolj gospodarna in učinkovita.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da je »še posebej legitimiran« za pravno varstvo zoper izpodbijano odločitev iz »podrednih« navedb, ker prepoved ne bis in idem predstavlja enega temeljnih postulatov pravne države, gre poudariti, da za presojo obstoja aktivne legitimacije ni

relevantna teža očitane kršitve. Vlagatelj pa, glede na 6. člen ZPVPJN, tudi ni aktivno legitimiran za »varovanje temeljnih postulatov pravne države« samih po sebi. Prav tako vlagatelj ne more uspeti s sklicevanjem na prvi odstavek 5. člena ZPVPJN, skladno s katerim se lahko zahteva za pravno varstvo v postopkih javnega naročanja vložiti zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja, razen če zakon, ki ureja javno naročanje, ali ZPVPJN določa drugače. Dopustnost pravnega varstva, ki se preverja v okviru procesnega pogoja, določenega v peti alineji prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, in ne v okviru preverjanja obstoja aktivne legitimacije, ne vzpostavlja ugotovitve ali domneve o obstoju aktivne legitimacije, saj je za ugotovitev o obstoju aktivne legitimacije potrebna tudi ugotovitev, da lahko vlagatelju zaradi ravnanja naročnika, zoper katerega je vložen zahtevek za revizijo, nastane škoda v smislu 14. člena ZPVPJN.

Upošteva se navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelju niti zaradi očitanih (domnevnih) naročnikovih kršitev pri pregledu vlagateljeve ponudbe v delu, ki se nanaša na rok za izvedbo javnega naročila, niti zaradi očitanih (domnevnih) naročnikovih kršitev pri sprejemu izpodbijane odločitve, ni mogla nastati škoda, vlagatelj pa posledično ne izkazuje aktivne legitimacije za vložitev predmetnega zahtevka za revizijo. Na podlagi navedenega je Državna revizijska komisija, skladno s tretjim odstavkom 31. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo zavrgla.

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

Vlagatelj uveljavlja tudi povračilo stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, zato je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, zavrnila zahtevo vlagatelja za povrnitev stroškov.

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

Pravni pouk: Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednik senata:
Andraž Žvan, univ. dipl. prav.
član Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.