

AKTIVNA LEGITIMACIJA ZA VLOŽITEV REVIZIJSKEGA ZAHTEVKA

Glede aktivne legitimacije pravo ločuje med materialno in procesno. Materialna aktivna legitimacija se nanaša na stranko, ki je nosilec pravic in obveznosti iz materialnopravnega razmerja v nekem postopku, procesna pa obravnava pravnomočno upravičenje oziroma ali je subjekt upravičen sprožiti konkreten spor oziroma ali se lahko zoper njega vodi postopek. Pri javnem naročanju nas zanima procesna aktivna legitimacija, ki predstavlja vprašanje, kdo ima pravico vložiti revizijski zahtevek torej procesna predpostavka in ne vprašanje vsebinske utemeljenosti zahtevka za revizijo.

Aktivna legitimacija glede vložitve zahtevka za revizijo se prizna subjektu, ki izpolnjuje dva pogoja in sicer mora imeti interes za dodelitve javnega naročila in da ji je nastala ali bi ji z domnevno kršitvijo lahko nastala škoda. Prav tako je aktivna legitimacija dodeljena zagovorniku javnega interesa v postopku oddaje javnega naročila. Glede na prakso Državne revizijske komisije (v nadaljevanju Dkom) se je izoblikovalo stališče, da primarni namen nadzora nad zakonitostjo postopkov javnega naročanja ni ugotavljanje samo zakonitosti oziroma nezakonitosti postopka, temveč je zakonitost postopka omejena na tiste zatrjevane kršitve, ki vplivajo oziroma bi lahko vplivale na ponudnikov položaj v postopki in bi mu s tem povzročile škodo¹. Le zagovornik javnega interesa lahko vloži zahtevek za revizijo samo na podlagi domneve kršitve načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti ter racionalni porabi javnofinančnih sredstev. Tako se ponudnik ne more sklicevati na kršitve načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, saj se s temi načeli štiti javni interes, ki je v domeni zagovornika javnega interesa, ne pa interes ponudnikov, ki se enakopravno potegujejo za izvedbo javnega naročila. Vlagatelj položaj in uveljavitev pravnega sredstva se presojata glede na ugotovitve v zvezi z njegovo ponudbo in morajo biti vlagatelju znane iz obrazložitve odločitve o oddaji javnega naročila pred vložitvijo zahtevka za revizijo².

Interes za dodelitve javnega naročila

Interes za dodelitve javnega naročila se kaže v tem, da ugoditev zahtevku za revizijo povzroči vlagatelju pravno korist, ki je brez vložitve zahtevka za revizijo, ne bi mogla doseči. Ta interes po 14. členu Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (v nadaljevanju ZPVPJN) izkaže tisti subjekt, ki je oddala pravočasno ponudbo, pred rokom za oddajo ponudb, pa subjekt, ki opravlja dejavnost potrebno za izvedbo predmeta javnega naročila. V primeru postopkov s pogajanjem se interes za dodelitve naročila prizna tudi tistemu ponudniku, ki je v predhodnem postopku

¹ Glej Dkom 018-070/2011.

² Glej Dkom 018-346/2010.

oddal pravočasno ponudbo in ni bil povabljen k oddaji ponudbe po postopku s pogajanji, pa bi po pravilih Zakona o javnem naročanju (v nadaljevanju ZJN-3) moral biti. Ko ugotavljamo izpolnjevanje procesnih predpostavk aktivne legitimacije moramo ločiti ali se zahtevek za revizijo vloga zoper razpisno dokumentacijo, odločitev naročnika o oddaji javnega naročila, izločitvi ponudb ali zavrnitvi ponudb oziroma priznanju sposobnosti. Tako naročnik kot Dkom morata paziti, da vlagateljem ne preneha pravni interes za obravnavo kršitev, saj mora vlagatelj ves čas postopka pravnega varstva izkazovati pravni interes, kar pomeni, da bo ugoditev vlagateljevi zahtevi pomenila za njega določeno pravno korist oziroma izboljšavo svojega pravnega položaja.

Pred rokom za oddajo ponudb se interes za dodelitve javnega naročila prizna vsakemu subjektu, ki opravlja dejavnost za izvedbo predmeta javnega naročanja. To ne pomeni registracije za določeno dejavnost temveč zmožnost opravljanja dejavnosti, ki se lahko izkazuje na različne načine. Prav tako je potrebno naročnika v tem primeru predhodno opozoriti na očitano kršitev, kar pomeni, da se zahtevek za revizijo lahko vloži šele potem, ko je bilo naročniku poslano preko portala javnega naročanja opozorilo oziroma vprašanje glede argumenta, ki v revizijskem postopku postane revizijska navedba. Oblika opozorila zakonsko ni določena, kar pomeni, da lahko ponudniki naročnika opozorijo tako, da pošljejo opozorilo pred vložitvijo zahtevka za revizijo kot tudi poziv za spremembo razpisne dokumentacije, zahtevo za pojasnilo oziroma spremembo posamezne določbe. Ponudnik v fazi postavitve vprašanja še ne ve ali bo odgovor naročnika zadostoval in ne bo primoran vložiti zahtevka za revizijo, zato se od njega ne more pričakovati, da bo opozorilo oziroma vprašanje oblikoval tako, da bi že vlagal zahtevek za revizijo, kar pomeni z opisom kršitev in navedbo kršenega materialnega predpisa, ali celo s sankcijo zahtevka za revizijo, če naročnik ne bo ugodil zahtevi ponudnika. Zakonski pogoj iz petega odstavka 5. člena ZPVPJN je izpolnjen že v primeru, če so bila na portalu javnega naročanja na kakršenkoli način postavljena vprašanja, ki se nanašajo na očitke iz zahtevka za revizijo in vlagatelj ni dolžan čakati na naročnikove odgovore. Za priznanje interesa zadostuje da iz vprašanja izhaja naročnikova kršitev in zahteva po odpravi te kršitve. Ker je na portalu javnega naročanja določena anonimnost ponudnikov pri postavljanju vprašanj, za interes za vložitev zahtevka za revizijo zadošča katerokoli opozorilo na katerega naročnik ali sploh ne odgovori ali pa odgovori, pa le ta odgovor predstavlja revizijski argument. Glede vprašanja ali ponudnik mora počakati na odgovor naročnika, je stališče stroke, da ni dovolj, da vlagatelj razpolaga samo s potrdilom o oddanem opozorilu na portalu javnega naročanja temveč, da naročnik odgovori negativno oziroma do poteka roka za naročnikove odgovore na zastavljeno opozorilo sploh ne reagira. Prav tako je potrebno interes za pravovarstvo omogočiti ponudniku, če naročnik z odgovorom predolgo odlaša in ponudnike predolgo pusti v negotovosti. Naročnik mora v razumnem roku odgovoriti na opozorila ponudnikov, da lahko le ti pravočasno vložijo zahtevek za revizijo, prav tako pa lahko ponudniki vložijo zahtevek za

revizijo na podlagi molka naročnika, saj na podlagi takšne aktivnosti naročnika, ne bodo mogli pravočasno pripraviti vse dokumentacije za uspešno oddajo ponudbe v skladu z rokom za oddajo ponudb. Zadnje dejstvo mora vlagatelj zahtevka za revizijo ne samo zatrjevati, temveč tudi dokazati.

Interes vlagatelja glede zahtevka za revizijo na odločitev o oddaji javnega naročila, zavrnitvi in izločitvi vseh ponudb se kaže s pravočasnostjo ponudbe vlagatelja. Ta interes bo v tem primeru odvzet, kadar posamezna odločitev naročnika oziroma kršitev ne posega v pravni položaj oziroma ekonomski interes vlagatelja. Če naročnik razveljavi svojo odločitev, odpade vlagateljev interes za zahtevek za revizijo, saj ni smiselno, da Dkom odloči o zahtevku za revizijo z obrazložitvijo vlagatelja, da naročnik pri razveljavitvi svoje določitev ni upošteval argumentacije vlagatelja v zahtevku za revizijo. V tem primeru lahko vlagatelj zahteva samo povrnitev stroškov revizijskega postopka, če mu naročnik ne prizna oziroma mu prizna le delno povračilo stroškov.

Povzročitev škode

Za izkazovanje aktivne legitimacije pri vlaganju zahtevka za revizijo je potrebno izkazati določeno stopnjo verjetnosti nastanka škode, torej da se verjetno izkaže, da je oziroma da bi bila povzročena škoda zaradi ravnanja naročnika. Za to je potrebna vsaj hipotetična povezava med naročnikovo kršitvijo pravil o javnem naročanju in nastalim prikrajšanjem na strani vlagatelja. Aktivna legitimacija se ugotavlja glede na položaj vlagateljeve ponudbe. Vlagatelj mora v zahtevku za revizijo zatrjevati naročnikove kršitve in kako lahko te kršitve vplivajo na položaj vlagatelja ter kakšno škodo lahko te kršitve povzročijo. Vlagatelj mora z zahtevkom za revizijo dokazovati spremembo svojega pravnega položaja, kar posledično pomeni, da je vlagatelju verjetno nastala škoda kot posledica nezakonitosti pri oddaji konkretnega javnega naročila³. V fazi priprave razpisne dokumentacije je vlagateljeva možnost nastanka škode izkazana s tem, da ne more oddati popolne ponudbe, kar pomeni, da mu javno naročilo ne more biti oddano. V primeru, da vlagatelj ne izpolnjuje vseh pogojev razpisne dokumentacije (predvsem tistih, ki jih ne izpolnjuje), lahko izgubi aktivno legitimacijo, ker mu zaradi neizpolnjevanja pogojev, ki jih ne napada v zahtevku za revizijo, ni mogoče oddati javno naročilo. Kadar pa vlagatelj izpolnjuje pogoje razpisne dokumentacije, ki jih izpolnjuje, pa ne bo mogel izkazati škode, saj ne more zatrjevati, da ne more oddati dopustne ponudbe, kljub izpolnjevanju vseh pogojev. Ne glede na zgoraj zapisano lahko vlagatelj del pogojev izpolnjuje v skupni ponudbi, pri čemer konzorcijske ponudnike vlagatelj izbere naknadno, kar pomeni, da ob vložitvi zahtevka za revizijo še niso znani. V tem primeru naročnik nima ustrezne podlage za odvzem aktivne legitimacije takšnemu vlagatelju. Vlagatelju bo odvzeta

³ Glej Dokm 018-156/2011.

aktivna legitimacija tudi takrat, če zahteva od naročnika strožje pogoje, saj s tako oblikovanimi argumenti ne dokazuje morebitnega nastanka škode⁴. Prav tako ni pomembno ali je vlagatelj kljub vloženi zahtevki za revizijo zoper razpisno dokumentacijo oddal ponudbo ali ne. Naročnik lahko resničnost vlagateljevih navedb glede tega, da mu določila razpisne dokumentacije ne omogočajo oddajo dopustne ponudbe preveri na več načinov. Če lahko iz uradnih evidenc in dokumentacije naročnik ugotovi, da vlagatelj ne dosega naročnikovih pogojev, vlagatelju ne bo uspelo dokazati morebitnega elementa škode in posledično ne bo imel aktivne legitimacije.

V primeru, da je vlagateljeva ponudba uvrščena bolje od izbrane ponudbe, vendar je kot nedopustna izločena, bo imel vlagatelj aktivno legitimacijo, če bo dokazoval, da je njegova ponudba dopustna in je bila izločena neupravičeno. Vlagatelj mora v zahtevku za revizijo napasti vsak posamezen naročnikov argument nedopustnosti, saj samo v tem primeru lahko zaradi kršitev naročnika nastane vlagatelju škoda. Prav tako mora vlagatelj izpodbijati vse naročnikove argumente, ki so mu bili znani ob vložitvi zahtevka za revizijo, saj če se izkaže, da je samo eden od argumentov naročnika resničen, je vlagateljeva ponudba nedopustna in se zahtevk za revizijo zavrne, pravni položaj vlagatelja pa se s tem ne spremeni.

V primeru, da je vlagateljeva ponudba spoznana kot nedopustna avtomatično ni mogoče odrekati vlagatelju dejanskega interesa za pridobitev javnega naročila, vendar v tem primeru ni izkazan drugi element aktivne legitimacije, to je verjetnost nastanka škode. V primeru, da v revizijskem postopku niso bile ugotovljene kršitve naročnika pri izločitvi vlagateljeve ponudbe, se ne priznava verjetnost nastanka škode vlagatelju⁵. Utemeljevanje aktivne legitimacije na podlagi dejstva, da bi ponudnik lahko pridobil javno naročilo v morebitnem ponovljenem postopku, ali v primeru, da bo vlagatelju uspelo izločiti vse konkurenčne ponudnike, nima pravne podlage⁶. Aktivno legitimacijo tudi ni mogoče priznati vlagatelju, ki želi razveljavitev postopka oddaje javnega naročila, svoj interes pa izkazuje z negotovo možnostjo sodelovanja v ponovljenem postopku, saj vzročna zveza med škodo in dogodkom v primeru domnevane kršitve naročnika ne vzdrži pravne presoje. V primeru, da je vlagateljeva ponudba spoznana za nedopustno je edina možnost za priznanje aktivne legitimacije, da se obravnava neenakopravnost ponudnikov oziroma da ima izbrana ponudba istovrstno napako kot vlagateljeva ponudba⁷. Vendar vsako sklicevanje na neenakopravnost in istovrstnost napak ne bo pripeljalo do priznanja aktivne legitimacije, saj mora vlagatelj v zahtevku za revizijo konkretizirati obstoj istovrstnih pomanjkljivosti. Istovrstne pomanjkljivosti so lahko le tiste, ki jih je naročnik pri

⁴ Glej Dkom 018-085/2013.

⁵ Glej C-26/03 Stadt Halle vs RPL

⁶ Glej Dkom 018-262/2012.

⁷ Glej Dkom 018-211/2012.

istovrstnem pogoju za ponudbo ponudnika ocenil, da so v skladnosti, za ponudbo konkurenčnega ponudnika pa ni našel te skladnosti⁸.

V primeru postopka s pogajanjem se vlagatelju prizna aktivna legitimacija, če dokazuje, da je njegova ponudba dopustna in da je bila neupravičeno izločena iz postopka s pogajanjem, kar posledično pomeni, da vlagatelju ni potrebno izpodbijati dopustnosti konkurenčnih ponudnikov v postopku s pogajanjem. Če vlagatelju uspe dokazati dopustnost svoje ponudbe, se lahko udeleži postopka s pogajanjem, to pa je zadosten razlog za morebiten nastanek škode. Prav tako lahko pridobi aktivno legitimacijo vlagatelj, ki ni imel možnosti kandidirati za izvedbo predmeta javnega naročila, saj predmet ni bil javno objavljen. Podobno je treba upoštevati uveljavljanje aktivne legitimacije tudi v prvi fazi postopka s predhodni ugotavljanjem sposobnosti.

Za pridobitev aktivne legitimacije mora vlagatelj zatrjevati nedopustnost vseh bolje uvrščenih ponudb, ki jih je naročnik označil za dopustne. Ker naročnik lahko preveri samo popolnost najugodnejše ponudbe, se mora priznati aktivna legitimacija vsakemu ponudniku, ki je oddal pravočasno ponudbo in obenem dokazuje, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna ter bi morala biti izločena iz nadaljnega postopka oddaje javnega naročila. Če vlagatelj ne bi izpodbijal dopustnosti vseh preverjenih ponudb, se šteje, da ni verjetne možnosti, da bi lahko bil vlagatelj zbran kot najugodnejši ponudnik in mu posledično ne more nastati kakršnakoli škoda⁹.

Zahtevek za revizijo v primeru skupne ponudbe lahko vloži katerikoli od partnerjev, ne more pa ga vložiti podizvajalec, saj le ta ni oseba, ki bi lahko bila v pogodbenem razmerju z naročnikom. Podizvajalec je subjekt, ki je v pogodbenem razmerju s ponudnikom in nima aktivne legitimacije za vlaganje zahtevka za revizijo. Aktivna legitimacija za vložitev zahtevka za revizijo se lahko prizna tudi ponudniku, ki bi javno naročilo izvedel s podizvajalci, pri tem pa določene pogoje takšen ponudnik izpolnjuje skupaj s podizvajalci, saj ugotovitev, da ponudnik posameznega pogoja ne izpolnjuje sam, ne zadostuje za nepriznavanje aktivne legitimacije.

⁸ Glej Dkom 018-129/2012.

⁹ Glej Dkom 018-247/2012.