

Številka: 018-040/2022-32

Datum: 22. 6. 2022

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 Črveka kot predsednika senata, Marka Medveda kot člana senata in Nine Velkavrh kot članice senata v postopku pravnega varstva za »Izbiro koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije« in na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Ljubljanski potniški promet, d. o. o., Celovška cesta 160, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), ki ga zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji, d. o. o., Ljubljana (v nadaljevanju: pooblaščenec) zoper ravnanje javnega naročnika Republika Slovenija, Ministrstvo za infrastrukturo, Langusova ulica 4, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 22. 6. 2022

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev, da se ne odda javno naročilo za sklop 6, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške v višini 3.225,28 eurov v 15 dneh po vročitvi tega sklepa, po izteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do plačila.

Obrazložitev:

Naročnik je v postopku za »Izbiro koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije« (objava obvestila o koncesiji 3. 8. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-U01, in 4. 8. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 149-398357) z dokumentom »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, ki je bil 29. 3. 2022 objavljen na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-ODL01, vlagatelja, ki je za sklop 6 predložil ponudbo s partnerjem Arriva, d. o. o., Ulica Mirka Vadnova 8, Kranj (v nadaljevanju:

partner), obvestil, da v sklopu 6 zavrne (edino prejeto) ponudbo, saj je ta »nedopustna«.

Vlagatelj je 8. 4. 2022 na portalu eRevizija vložil zahtevek za revizijo z dne 8. 4. 2022 in predlagal razveljavitev odločitve, ki se nanaša na sklop 6, uveljavljal pa je tudi povrnitev stroškov. Vlagatelj je navedel, da:

- je napačno naročnikovo utemeljevanje pravilnosti ravnanja s prejeto ponudbo s sklicevanjem na 5. člen Uredbe (ES) št. 1370/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prevoza ter o razveljavitvi uredb Sveta (EGS) št. 1191/69 in št. 1107/70 (UL L 315 z dne 3. 12. 2007, str. 1; v nadaljevanju: Uredba 1370/2007), saj se drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporablja za ta primer, ker naročnik ne glede na objavo obrazca obvestila o koncesiji ne oddaja koncesije, ampak javno naročilo, kar je tudi razvidno iz 45. člena Uredbe o načinu izvajanja gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov v notranjem cestnem prometu, o koncesiji te javne službe in o ureditvi sistema enotne vozovnice (Uradni list RS, št. 109/2021 s sprem., v nadaljevanju: Uredba GJS), ki določa, da se koncesija za izvajanje gospodarske javne službe podeli v obliki javnonaročniškega javno-zasebnega partnerstva, pa tudi iz posameznih podatkov iz objave in dokumentacije ter odsotnosti sklicevanja na Direktivo 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL L 94 z dne 28. 3. 2014, str. 1) (v nadaljevanju: Direktiva 2014/23) in Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (Uradni list RS, št. 9/2019; v nadaljevanju: ZNKP),
- se postopek vodi na podlagi predpisov o javnem naročanju, s tem pa Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL L št. 94 z dne 28. 3. 2014, str. 65; v nadaljevanju: Direktiva 2014/24/EU) in Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3),
- je v prvem odstavku 45. člena Uredbe GJS določeno, da koncedent nosi večino poslovnega tveganja izvajanja gospodarske javne službe, kar je ključna vsebinska razmejitvena okoliščina med javnim naročilom in koncesijo,
- naročnik v tem primeru oddaja javno naročilo, zato je uporaba drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 izključena,
- je naročnik v tem primeru razmerje le poimenoval koncesija, vendar je to po vsebini javno naročilo,
- je lahko pravna posledica napačne uporabe obrazca za objavo na portalu javnih naročil razveljavitev celotnega postopka oddaje javnega naročila, saj je kršeno načelo transparentnosti javnega naročanja, pri čemer kršitev zadeva vse sklope in ne le sklopa 6,
- je naročnik z napačno zavrnitvijo vlagateljeve ponudbe za sklop 6 ravnal ne le v nasprotju z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (kršitev drugega odstavka 67. člena ZJN-3), temveč tudi »z (ostalimi) določili ZJN-3, določili Direktive 2014/24/EU in določili Uredbe (ES) št. 1370/2007«,
- sicer pa je naročnikovo tolmačenje Uredbe 1370/2007 napačno, pri čemer je treba upoštevati, da je točka b drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 dvoumna in ne daje jasnih zaključkov glede njenega pomena in uporabe, vendar četudi mu naročnik na podlagi te določbe ne bi mogel oddati sklopa 6, ni mogoče spregledati, da je v točki c drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007, ki je jasna, določena izjema od omejitve prepovedi konkuriranja na razpisih, ki so organizirani izven ozemlja pristojnega lokalnega organa, v tem primeru Mestne občine Ljubljana, za uporabo te izjeme pa bi bili v tem primeru izpolnjeni pogoji,
- naročnik v izpodbijani odločitvi ni pojasnil, »na kakšni podlagi (temelju) oziroma ob kakšnem sklepanju« »določbe drugega odstavka 5. člena Uredbe« »razlaga drugače« »kot vlagatelj«,
- naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni omenil Uredbe 1370/2007,

pri čemer med izključitvenimi razlogi ni naveden razlog, kot ga je v izpodbijani odločitvi navedel v zvezi z vlagateljevim položajem, v Uredbi GJS pa je Uredba 1370/2007 omenjena le v 12. členu, ki se nanaša na trajanje koncesije, česar ni mogoče povezati z omejitvami iz drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007,

- naročnikovo opiranje na razlog, ki se sklicuje na Uredbo 1370/2007, nasprotuje načeloma zakonitosti in transparentnosti, saj bi v primeru namena uporabe drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 naročnik to moral navesti v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila,
- bi moral naročnik nejasne določbe, ki jih je pripravil, tolmačiti v vlagateljevo korist, v korist pa bi moral tolmačiti tudi tiste določbe (tj. Uredbe 1370/2007), ki jih sicer ni pripravil, vendar jih je uporabil vlagatelju v škodo,
- bi bilo treba zahtevku za revizijo tudi ugoditi na podlagi argumenta nedopustnosti zatečenega obstoječega stanja, saj bi naročnik z zavrnitvijo vlagateljeve ponudbe ohranjal več let trajajoče nezakonito stanje, ki nasprotuje pravu Evropske unije, saj je podaljševal pogodbe brez izvedbe javnega razpisa, poleg tega pa vlagatelj tudi ni mogel predvideti naročnikovega stališča, saj je vlagatelj ves čas veljavnosti Uredbe 1370/2007 izvajal gospodarsko javno službo javnega linijskega prevoza potnikov na območju Republike Slovenije, gospodarsko javno službo pa je opravljal, ker je tako določal zakon,
- je dejansko stanje, ki je naročniku sporno, ustvaril zakonodajalec,
- je naročnik kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), ker je v nekaterih drugih sklopih (sklopi 3, 8 in 10) ob enakem pravnem in dejanskem stanju izbral najugodnejše ponudbe, ni pa zagotovil niti skladnosti z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3).

Vlagatelj je predlagal zaslišanje svojega zakonitega zastopnika.

Naročnik je z dokumentom št. 430-39/2021/107-0242 z dne 15. 4. 2022, ki ga je vložil 15. 4. 2022 na portalu eRevizija, zahtevke za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov zavrnil. Naročnik je navedel, da:

- 50. člen Zakona o prevozih v cestnem prometu (Uradni list RS, št. 131/2006 s sprem.; v nadaljevanju: ZPCP-2) določa, da je linijski prevoz potnikov gospodarska javna služba,
- 18. točka prvega odstavka 11. člena ZNKP določa izjemo, za katero se ZNKP ne uporablja, to pa je Uredba 1370/2007,
- se uredbe Evropske unije v pravnih redih držav članic uporabljajo neposredno, zato *»določitev pogoja, v katerem bi moral naročnik "določiti", da se nek zakon ali evropska uredba uporablja, ni potrebna – uporablja se namreč ne glede na to ali bi naročnik tako določil ali ne, saj navedba zakonodaje v javnem razpisu ni pogoj za njeno veljavnost«*,
- čeprav se ZNKP za to gospodarsko javno službo ne uporablja, je treba upoštevati Zakon o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 32/93 s sprem.; v nadaljevanju: ZGJS) in Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/2006; v nadaljevanju: ZJZP),
- je predmet gospodarska javna služba cestnega in železniškega javnega prometa, področni zakon (tj. ZGJS) pa med oblikami, v katerih se lahko zagotavljajo gospodarske javne službe, taksativno našteva oblike in med njimi koncesijo, zato je predmet koncesija in *»ne navadno javno naročilo«*, ki se izvaja na podlagi ZJN-3 in bi izključevalo uporabo Uredbe 1370/2007,
- 57. člen ZJZP določa izjemo, ko je akt o izbiri izvajalca javno-zasebnega partnerstva odločba in ne akt poslovanja, to pa je takrat, ko je predmet javno-zasebnega partnerstva koncesija za izvajanje gospodarske javne službe,
- tudi Uredba GJS nedvoumno določa obliko podelitve koncesije, upošteva delitev tveganja *»(gre namreč za t.i. bruto model, kjer izvajalec ne nosi tveganja obsega realizacije)«*,
- se postopek vodi kot odprti, saj nacionalno pravo ne ureja načinov oziroma vrst postopkov, po katerih naj bi se podeljevala koncesija, oziroma ZJZP določa smiselno uporabo ZJN-3,

- ZNKP pa se ne uporablja,
- je objavil ustrezno obvestilo, pri čemer je v njem tudi navedel pojasnilo,
 - je Mestna občina Ljubljana 100-odstotni lastnik kapitala javnega podjetja Ljubljanski potniški promet, d. o. o., Ljubljana in izvršuje nadzor nad njim,
 - je pravilno uporabil Uredbo 1370/2007 in sledil njenemu namenu v celoti,
 - je treba zavrniti zaslišanje vlagateljevega zakonitega zastopnika, saj je sporno pravno vprašanje,
 - so bile sedanje koncesije podeljene leta 2003 in torej pred sprejemom Uredbe 1370/2007, ki določa, da morajo biti koncesije podeljene v postopku, ki je odprt za konkurenco,
 - ker še ni bilo izvedenega uspešnega postopka in da se medkrajevni prevoz ne bi ustavil, je podaljšal pogodbe iz leta 2003, pri čemer sta naročnik in vlagatelj 29. 11. 2021 podaljšala obstoječe koncesijsko razmerje, ki velja do sklenitve nove pogodbe o izvajanju storitev gospodarske javne službe javnega potniškega prometa na podlagi javnega razpisa, vendar do uspešne izvedbe tega postopka oziroma najkasneje do 30. 11. 2023,
 - vlagatelj ni aktivno legitimiran za izpodbijanje naročnikovih odločitev za sklope, v katerih ni oddal ponudbe, sicer pa je razlikovalni element med gospodarskimi subjekti to, da je vlagatelj javnopravni gospodarski subjekt,
 - ni kršil načela enakopravne obravnave ponudnikov, izvajalci v sklopih 3, 8 in 10 pa so bili za izvajanje javnega prevoza potnikov v posameznih občinah izbrani na podlagi javnega razpisa in ne z neposredno pogodbo,
 - vlagatelj ni konkretiziral kršitve načela transparentnosti javnega naročanja.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 25. 4. 2022, ki jo je vložil 25. 4. 2022 prek portala eRevizija, opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo in pojasnil, zakaj se z njimi ne strinja. Vlagatelj je priglasil povrnitev nadaljnjih stroškov.

Naročnik je 22. 4. 2022 prek portala eRevizija Državni revizijski komisiji posredoval zahtevek za revizijo in dokumentacijo.

Državna revizijska komisija je z dopisom št. 018-040/2022-11 z dne 19. 5. 2022 na podlagi prvega odstavka 33. člena ZPVPJN pozvala naročnika, da zaradi stališč o odsotnosti tveganja, ki jih je podal v predrevizijskem postopku, pojasni, zakaj naj bi bilo razmerje med njim in izvajalci javnih linijskih prevozov potnikov na območju Republike Slovenije koncesija oziroma koncesija za storitve. Naročnik je odgovoril z dopisom št. 430-39/2021/140-0242 z dne 24. 5. 2022, ki ga je 24. 5. 2022 poslal prek portala eRevizija. Državna revizijska komisija je s tem naročnikovim stališčem seznanila vlagatelja (priloga k dopisu št. 018-040/2022-18 z dne 25. 5. 2022) in mu zaradi zagotovitve kontradiktornosti (11. člen ZPVPJN) omogočila, da se o njem opredeli, kar je vlagatelj tudi storil (dopis z dne 26. 5. 2022, ki je bil 26. 5. 2022 vložen na portalu eRevizija) in jim nasprotoval. Vlagatelj je priglasil povrnitev še nadaljnjih stroškov.

Državna revizijska komisija je zavrnila vlagateljev predlog za zaslišanje njegovega zakonitega zastopnika, saj je dejansko stanje ustrezno razjasnjeno že na podlagi dokumentacije, sicer pa je treba tudi upoštevati, da je med naročnikom in vlagateljem, kot bo tudi razvidno v nadaljevanju obrazložitve tega sklepa Državne revizijske komisije, sporna pravna opredelitev (kvalifikacija) razmerja med naročnikom in izvajalci, kar pa je pravno in ne dejansko vprašanje.

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

Naročnik je v postopku, s katerim izbira izvajalce za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije v 12 sklopih, za sklop 6 prejel le

ponudbo, ki jo je predložil vlagatelj v skupnem nastopu s partnerjem, vendar je ni izbral, saj je s sklicevanjem na drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ugotovil, da je »nedopustna«, zato jo je zavrnil. Vlagatelj je zoper to odločitev vložil zahtevek za revizijo in zlasti navedel, da se naročnik ne bi smel opreti na drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007, ker po vsebini ne oddaja koncesije in se zato ta določba ne more uporabiti v tem primeru, čemur je naročnik nasprotoval. Vlagatelj je sicer navedel še druge kršitve, vendar njihova obravnava za vlagateljev uspeh z zahtevkom za revizijo ne bi bila relevantna, če bi bilo mogoče ugoditi zahtevku za revizijo že zaradi zaključka, da se naročnik ne bi smel opreti na drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007. Vlagatelj bi si namreč že s tem izboljšal položaj v postopku, ki ga izvaja naročnik (tudi) za sklop 6.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da med vlagateljem in naročnikom ni sporno, da je predmet, kot ga nabavlja naročnik, glede na delitev na blago, storitve in gradnje treba obravnavati kot storitve. Državna revizijska komisija tudi ugotavlja, da med vlagateljem in naročnikom sicer niti ni sporno, da je treba te storitve podrediti pod pojem »javni potniški prevoz« v smislu iz točke a 2. člena Uredbe 1370/2007, ki pomeni »*storitve potniškega prevoza v splošnem gospodarskem pomenu, ki so javnosti na voljo stalno in brez diskriminacije*«. Kot namreč izhaja iz dokumenta »Razpisna dokumentacija« št. 430-39/2021/3-0242 z dne 28. 7. 2021, se naročnik za izvajanje postopka opira na Uredbo GJS, ki je bila od objave obvestila o koncesiji 3. 8. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-U01, in 4. 8. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 149-398357, sicer že spremenjena in dopolnjena. Vlada RS je Uredbo GJS sprejela med drugim na podlagi 50. člena in za izvrševanje 48. člena Zakona o prevozih v cestnem prometu (Uradni list RS, št. 131/2006 s sprem.; v nadaljevanju: ZPCP-2). V 16. točki prvega odstavka 3. člena ZPCP-2 je določeno, da je »javni prevoz« »*prevoz, ki je pod enakimi pogoji dostopen vsem uporabnikom ali uporabnicam (v nadaljnjem besedilu: uporabnik) prevoznih storitev in se izvaja v komercialne namene*«, v 17. točki prvega odstavka 3. člena ZPCP-2 pa je določeno, da je »*javni linijski prevoz potnikov v cestnem prometu*« »*prevoz, ki se opravlja na določenih relacijah, po vnaprej določenem voznem redu, ceni in splošnih prevoznih pogojih. Opravlja se kot medkrajevni linijski in mestni linijski prevoz potnikov.*«

Iz dokumenta »Sklep o začetku postopka oddaje javnega naročila« št. 430-39/2021/2-02421727 z dne 28. 7. 2021 (kot tudi naknadno dokumenta »Sklep o spremembi Sklepa o začetku postopka oddaje javnega naročila« št. 430-39/2021/15-02421727 z dne 9. 11. 2021) izhaja, da ocenjena vrednost bistveno presega mejni prag za uporabo predpisov Evropske unije, in sicer ne glede na to, ali naročnik oddaja javno naročilo storitev ali koncesijo za storitve (v zvezi s slednjo neodvisno od tega, da se skladno s tretjim odstavkom 10. člena Direktive 2014/23/EU Direktiva 2014/23/EU ne uporablja za koncesije za storitve javnega potniškega prevoza v smislu Uredbe 1370/2007, saj je treba prej ugotoviti pomen pojma »koncesija za storitve« v smislu Direktive 2014/23/EU).

Državna revizijska komisija je vpogledala v dokument »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, pri čemer je ugotovila, da je naročnik odločitev, da ne izbere vlagateljeve ponudbe za sklop 6, obrazložil:

»Naročnik je v sklopu 6 prejel samo eno ponudbo, zato ponudbe ni razvrščal po merilih.

Naročnik je pregledal skupno ponudbo ponudnikov Arriva d.o.o., Ulica Mirka Vadnova 8, 4000 Kranj in Javno podjetje ljubljanski potniški promet d.o.o. Celovška cesta 160, 1000 Ljubljana. Po pregledu ponudbene dokumentacije ponudnika ter na podlagi lastnih preverb je bilo ugotovljeno, da je ponudba nedopustna, saj je ponudnik JAVNO PODJETJE LJUBLJANSKI POTNIŠKI PROMET, d.o.o. v lasti Mestne občine Ljubljana in v tej mestni občini tudi neposredno zagotavlja izvajanje javnih storitev potniškega prometa. Uredba (ES) št. 1370/2007 Evropskega

parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prevoza ter o razveljavitvi uredb Sveta (EGS) št. 1191/69 in št. 1107/70 (v nadaljevanju: uredba), ki se v pravnem redu Republike Slovenije uporablja neposredno, v določenih primerih prepoveduje sodelovanje gospodarskih subjektov, ki so (so)ustanovljeni s strani lokalnih skupnosti in jim je neposredno podeljena izključna pravica izvajanja potniškega prevoza na območju lokalne skupnosti, v za konkurenco odprtih razpisih v zvezi z opravljanjem storitev javnega potniškega prevoza, organiziranih zunaj ozemlja pristojnega lokalnega organa. Uredba na podlagi navedenega v drugem odstavku 5. člena med drugim izrecno določa:

"2. Pod pogojem, da nacionalno pravo tega ne prepoveduje, se lahko vsak pristojni lokalni organ – ne glede na to, ali gre za posamezen organ ali skupino organov, ki opravljajo integrirane storitve javnega potniškega prevoza – odloči, da bo sam opravljal storitve javnega potniškega prevoza ali da bo pogodbe o izvajanju javne službe sklenil neposredno s pravno ločenim subjektom, nad katerim pristojni lokalni organ – ali, v primeru skupine organov, vsaj en pristojni lokalni organ – izvaja nadzor, ki je primerljiv z nadzorom, ki ga izvaja nad svojimi službami. Kadar pristojni lokalni organ sprejme tako odločitev, se uporablja naslednje:

(a) da bi ugotovili, ali pristojni lokalni organ izvaja nadzor, se upošteva elemente, kot so stopnja prisotnosti v upravnih in vodstvenih organih ali nadzornih organih, s tem povezane specifikacije v statutih, lastništvo, dejanski vpliv in nadzor nad strateškimi odločitvami in posameznimi upravljavskimi odločitvami. V skladu s pravom Skupnosti 100 % lastništvo s strani pristojnega javnega organa, zlasti v primeru javno-zasebnih partnerstev, ni nujni pogoj za vzpostavitev nadzora v smislu tega odstavka, če obstaja prevladujoč javni vpliv in če se ta nadzor lahko vzpostavi na podlagi drugih meril;

(b) pogoj za uporabo tega odstavka je, da notranji izvajalec in vsak subjekt, nad katerim ima ta izvajalec še tako majhen vpliv, izvajata vse svoje dejavnosti javnega potniškega prevoza na ozemlju pristojnega lokalnega organa – ne glede na morebitne izhodne povezave ali druge pomožne elemente te dejavnosti, ki vstopajo na ozemlje sosednjih pristojnih lokalnih organov – in da ne sodelujeta v za konkurenco odprtih razpisih v zvezi z opravljanjem storitev javnega potniškega prevoza, organiziranih zunaj ozemlja pristojnega lokalnega organa;

(c) ne glede na točko (b) lahko notranji izvajalec sodeluje v poštenih, za konkurenco odprtih razpisih, začeni dve leti pred iztekom svoje neposredno sklenjene pogodbe o izvajanju javne službe, pod pogojem, da je bila sprejeta dokončna odločitev za oddajo storitev javnega potniškega prevoza, ki so predmet pogodbe z notranjim izvajalcem, v poštem, za konkurenco odprtem razpisu in da notranji izvajalec ni sklenil nobene druge neposredno sklenjene pogodbe o izvajanju javne službe;

(d) če pristojni lokalni organ ne obstaja, se pododstavki (a), (b) in (c) uporabljajo za nacionalni organ v korist geografskega območja, ki ni državno, pod pogojem, da notranji izvajalec ne sodeluje v za konkurenco odprtih razpisih v zvezi z opravljanjem storitev javnega potniškega prevoza, organiziranih zunaj območja, za katerega je bila sklenjena pogodba o izvajanju javne službe;

(e) če se sklene podizvajalska pogodba po členu 4(7), notranji izvajalec sam izvaja prevladujoči del storitve javnega potniškega prevoza."

Uredba je pravno zavezujoč akt in se mora uporabljati v vseh državah članicah EU. Na podlagi drugega odstavka 5. člena zgoraj citirane Uredbe je skupna ponudba ponudnikov ARRIVA, družba za prevoz potnikov, d.o.o. in JAVNO PODJETJE LJUBLJANSKI POTNIŠKI PROMET, d.o.o., nedopustna in se jo zavrne, kot izhaja iz 6. točke izreka te odločitve. V preostalem delu naročnik te ponudbe ni pregledoval. Ker naročniku po pregledu in ocenjevanju ni ostala nobena dopustna ponudba, naročnik sklopa 6 ne odda.«

Naročnik se je pri sprejemu izpodbijane odločitve oprl na drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007, ki ga je v dokumentu »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022 citiral v celoti. Vendar je, kot je pravilno uveljavljal vlagatelj (zahtevke za

revizijo, str. 5), treba upoštevati še prvi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007, ki določa:
»Pogodbe o izvajanju javne službe se sklepajo v skladu s pravili, določenimi v tej uredbi. Vendar se pogodbe o izvajanju storitev in pogodbe o izvajanju javne službe, kot so opredeljene v direktivah 2004/17/ES ali 2004/18/ES, glede storitev avtobusnega ali tramvajskega javnega potniškega prevoza sklepajo v skladu z navedenima direktivama, kolikor te pogodbe niso oblikovane kot naročila koncesij za storitve, kot so opredeljena v teh direktivah. Kadar je treba pogodbe skleniti v skladu z direktivama 2004/17/ES ali 2004/18/ES, se določbe odstavkov 2 do 6 tega člena ne uporabljajo«.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da se prvi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 sklicuje tako na Direktivo 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL L št. 134 z dne 30. 4. 2004, str. 1, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 06, zvezek 007, str. 19–131; v nadaljevanju: Direktiva 2004/17/ES) kot na Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. 3. 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L št. 134 z dne 30. 4. 2004, str. 114, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 06, zvezek 007, str. 132–262; v nadaljevanju: Direktiva 2004/18/ES), ki takrat, ko je naročnik poslal obvestilo o koncesiji v objavo (tj. 30. 7. 2021; točka VI.5 obvestila o koncesiji), nista več veljali, saj so takrat veljale nove direktive, in sicer Direktiva 2014/23/EU, Direktiva 2014/24/EU in Direktiva 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (UL L 94 z dne 28. 3. 2014, str. 243; v nadaljevanju: Direktiva 2014/25/EU). Državna revizijska komisija bo v nadaljevanju obrazložila žitve tega sklepa pojasnila, zakaj zaradi uveljavitve novih direktiv ni štel, da bi morala biti odločitev drugačna od tiste, ki jo je sprejela.

Konkretni naročnik bi bil v primeru predmeta, ki ga je oddajal, kot državni organ naročnik v smislu prvega pododstavka devetega odstavka 1. člena Direktive 2004/18/ES, ki ne opravlja dejavnosti na infrastrukturnem področju, zato je Državna revizijska komisija uporabljala le opredelitve pojmov, kot izhajajo iz Direktive 2004/18/ES, ne pa tudi Direktive 2004/17/ES.

Kot je razvidno iz druge povedi iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007, se ta sklicuje na opredelitev pojmov javno naročilo storitev in koncesija za storitve v smislu, ki ga določa Direktiva 2004/18/ES. Za ugotavljanje pomena teh pojmov, ki jih je treba uporabiti pri tolmačenju Uredbe 1370/2007, zato ni bistveno, kako so ti pojmi opredeljeni v nacionalnih (tu: slovenskih) predpisih.

»Koncesija za storitve« je skladno s četrnim odstavkom 1. člena Direktive 2004/18/ES naročilo enake vrste kakor javno naročilo storitev, z izjemo dejstva, da je razlog za opravljanje storitev bodisi samo pravica do koriščenja storitve ali ta pravica skupaj s plačilom.

»Javna naročila storitev« so skladno s prvim pododstavkom točke d drugega odstavka 1. člena Direktive 2004/18/ES javna naročila, katerih predmet je opravljanje storitev iz Priloge II, razen javnih naročil gradenj ali naročil blaga. Storitve, ki so predmet tega postopka oddaje, bi bile glede na Prilogo II Direktive 2004/18/ES uvrščene v kategorijo št. 2, področje »Storitve kopenskega transporta, vključno s storitvami oklepni avtomobilov, kurirske storitve, razen prevoza pošte«.

»Javna naročila« so skladno s točko a drugega odstavka 1. člena Direktive 2004/18/ES proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali izvajanje storitev v skladu s

pomenom iz te direktive.

Iz primerjave opredelitev pojmov javno naročilo storitev (točka d drugega odstavka 1. člena Direktive 2004/18/ES, katere sestavni del je »javno naročilo«, kot je opredeljeno v točki a drugega odstavka 1. člena Direktive 2004/18/ES) in koncesija za storitve (prvi pododstavek točke d drugega odstavka 1. člena Direktive 2004/18/ES) je razvidno, da je razlika med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve v plačilu za opravljanje storitev. Pri javnem naročilu storitev naročnik plača neposredno ponudniku storitev, medtem ko plačilo pri koncesiji za storitve obsega pravico izkoriščanja storitve oziroma to pravico skupaj s plačilom (prim. sodbi Eurawasser, C-206/08 z dne 10. 9. 2009, EU:C:2009:540, točka 51 in Domenico Politanň, C-225/15 z dne 8. 9. 2016, EU:C:2016:645, točka 30). Dolžina trajanja pogodb in okoliščina, da njihovo izvajanje spremljajo velike začetne investicije izvajalca, nista odločilni za opredelitev teh pogodb, saj imajo take značilnosti tako javna naročila kot koncesije za storitve (prim. sodbo Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki, C-382/05 z dne 18. 7. 2007, EU:C:2007:445, točka 42). Isto velja za dejstvo, da je obdelava odpadkov v splošnem interesu (prim. sodbo Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki, C-382/05 z dne 18. 7. 2007, EU:C:2007:445, točka 43), niti ni odločilna okoliščina, ali opravljanje storitev, ki jih nudi izvajalec, od njega zahteva široko samostojnost, ko je to potrebno (sodba Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki, C-382/05, EU:C:2007:445 z dne 18. 7. 2007, točka 44). Pojem koncesije za storitve ne zahteva pogoja, da so količine glede različnih storitev določene (prim. sodbo Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07 z dne 11. 6. 2009, EU:C:2009:358, točka 73). Vendar pa bi bila podelitev koncesij za nedoločen čas v nasprotju s pravnim redom Unije (sodba Helmut Müller, C-451/08 z dne 25. 3. 2010, EU:C:2010:168, točka 79).

Takrat, ko dogovorjeni način plačila izhaja iz pravice ponudnika, da izkorišča svojo storitev, ta način plačila pomeni, da ponudnik prevzame tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev (sodba Eurawasser, C-206/08 z dne 10. 9. 2009, EU:C:2009:540, točka 59). Tveganje mora biti povezano s koriščenjem in torej s pogodbenim razmerjem na podlagi koncesije (prim. sodbo Helmut Müller, C-451/08 z dne 25. 3. 2010, EU:C:2010:168, točka 78). Tveganje opravljanja ekonomskih storitev je treba razumeti kot tveganje za izpostavljenost tržnim tveganjem, ki lahko povzroči tveganje za konkurenco s strani drugih ponudnikov, tveganje neusklajenosti med ponudbo in povpraševanjem po storitvah, tveganje plačilne nesposobnosti dolžnikov za opravljene storitve, tveganje nekritja stroškov poslovanja s prihodki ali tveganje za odgovornost za škodo v zvezi z neizpolnitvijo storitev (sodbe Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09 z dne 10. 3. 2011, EU:C:2011:130, točka 37, Norma-A in Dekom, C-348/10 z dne 10. 11. 2011, EU:C:2011:721, točka 48 in Kansaneläkelaitos, C-269/14 z dne 21. 5. 2015, EU:C:2015:329, točka 33). V nasprotju s tem tveganja, ki so povezana s slabim upravljanjem ali napakami pri presoji gospodarskega subjekta, niso odločilna za opredelitev pogodbe kot javnega naročila ali koncesije za storitve, saj so del vsake pogodbe ne glede na to, ali gre za javno naročilo ali koncesijo za storitve (sodbi Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09 z dne 10. 3. 2011, EU:C:2011:130, točka 38 in Norma-A in Dekom SIA, C-348/10 z dne 10. 11. 2011, EU:C:2011:721, točka 49). Čeprav je ekonomsko tveganje, povezano z izkoriščanjem, lahko – zaradi pravil javnega prava v zvezi z opravljanjem storitve – že od začetka zelo omejeno, je za to, da se posel opredeli za koncesijo za storitev, potrebno, da naročnik na koncesionarja prenese celotno ali vsaj znaten del tveganja, povezanega z izkoriščanjem storitve, ki mu je izpostavljen (sodba Norma-A in Dekom, C-348/10 z dne 10. 11. 2011, EU:C:2011:721, točki 45 in 50). Če se tveganje, povezano z opravljanjem službe, sploh ne prenese na ponudnika, je zadevno ravnanje javno naročilo storitev, saj v zadnjem primeru plačilo ne obsega pravice izkoriščanja storitve (prim. sodbi Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki, C-437/07 z dne 13. 11. 2008, EU:C:2008:624, točka 30 in Eurawasser, C-206/08 z dne 10. 9. 2009, EU:C:2009:540, točka 68). Pri ugotavljanju prenosa tveganja na ponudnika se ne smejo upoštevati splošna tveganja,

ki izhajajo iz spremembe predpisov v obdobju izvajanja pogodbe (sodba Eurawasser, C-206/08 z dne 10. 9. 2009, EU:C:2009:540, točka 79).

Čeprav iz prve povedi iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 izhaja, da se za sklepanje pogodb o izvajanju javne službe avtobusnega javnega potniškega prevoza upo števaajo pravila, določena v Uredbi 1370/2007, se glede na drugo in tretjo poved iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 pravila iz drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporabljajo, če je treba za sklenitev pogodbe o izvajanju javne službe avtobusnega javnega potniškega prevoza uporabiti pravila o javnem naročanju, kot so določena v Direktivi 2004/17/ES ali Direktivi 2004/18/ES.

Sodišče Evropske unije je v sodbi C-292/15 z dne 27. 10. 2016, Hörmann Reisen, EU:C:2016:817 upoštevaajoč dejansko stanje, kot je izhajalo iz predložitvene odločbe, da »naro čilo iz postopka v glavni stvari zadeva javne storitve cestnega potniškega prevoza v smislu člena 1(2) Uredbe št. 1370/2007 in se nanaša na javne storitve avtobusnega potniškega prevoza, kot so določene v členu 5(1) te uredbe, vendar ne da bi šlo za naročilo koncesije za storitve« (točka 35), navedlo:

»36 V skladu s členom 5(1), prvi stavek, Uredbe št. 1370/2007, se pogodba, kot je v postopku v glavni stvari, načeloma sklepa v skladu s pravili, določenimi v tej uredbi.

37 Kadar pa pogodba ni naročilo koncesije za storitve, kot je opredeljeno v direktivi 2004/17 ali 2004/18, se naročilo javnih storitev avtobusnega potniškega prevoza na podlagi člena 5(1), drugi stavek, Uredbe št. 1370/2007 odda v skladu s postopki, ki jih določata ti direktivi.

38 Poleg tega člen 5(1), tretji stavek, Uredbe št. 1370/2007 za tak primer oddaje naročila javne storitve avtobusnega potniškega prevoza določa, da „se določbe odstavkov 2 do 6 tega člena ne uporabljajo“.

39 Tako je treba ugotoviti, da člen 5(1), drugi stavek, Uredbe št. 1370/2007 vsebuje odstopanje od splošnega pravila, določenega v členu 5(1), prvi stavek, te uredbe, in da je natančen obseg tega odstopanja nato pojasnjen v členu 5(1), tretji stavek, navedene uredbe, ki določa neuporabo člena 5, od (2) do (6), te uredbe.

40 Nobena druga določba tega člena 5 ali Uredbe št. 1370/2007 dodatno ne širi obsega navedenega odstopanja.

41 Iz tega izhaja, da se za oddajo naročila javne storitve avtobusnega potniškega prometa, kot je ta v postopku v glavni stvari, ne uporabijo le določbe člena 5, od (2) do (6), Uredbe št. 1370/2007, medtem ko preostale določbe te uredbe ostanejo veljavne.«

Tudi iz sodbe C-518/17 z dne 20. 9. 2018, Rudigier, EU:C:2018:757 izhaja, da se drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporablja za sklepanje pogodb za javne storitve avtobusnega prevoza, ki niso oblikovane kot koncesijske pogodbe za storitve v smislu Direktive 2004/17/ES in Direktive 2004/18/ES (gl. v tem smislu točko 46).

Sodišče Evropske unije je v sodbi v združenih zadevah C-266/17 in C-267/17 z dne 21. 3. 2019, Verkehrsbetrieb Hüttebräucker in BVR Busverkehr Rheinland (C-266/17) in Rhenus Veniro (C-267/17), EU:C:2019:241 navedlo, da se drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporablja za neposredno sklepanje pogodb za javne storitve avtobusnega prevoza, ki niso oblikovane kot koncesijske pogodbe za storitve v smislu Direktive 2004/17/ES in Direktive 2004/18/ES (gl. zlasti točko 81).

V vseh navedenih sodbah v zvezi s tolmačenjem Uredbe 1370/2007 je Sodišče Evropske unije tolmačilo neuporabo drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 glede na ureditev po Direktivi 2004/17/ES in Direktivi 2004/18/ES, ki sta veljali pred uveljavitvijo Direktive 2014/23/EU, Direktive 2014/24/EU in Direktive 2014/25/EU. V sodbi v združenih zadevah C-266/17 in C-267/17 z dne 21. 3. 2019, Verkehrsbetrieb Hüttebräucker in BVR Busverkehr

Rheinland (C-266/17) in Rhenus Veniro (C-267/17), EU:C:2019:241 je Sodišče Evropske unije tolmačilo ureditev iz drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 glede na institut, ki se uporablja pri javnem naročanju (tj. neposredna sklenitev pogodbe, naročilo »in house«), pri čemer je navedlo tudi stališči, ki se nanašata na Direktivo 2014/24/EU in Direktivo 2014/25/EU, in sicer v točkah 77 (*»Poleg tega je treba poudariti, da direktivi 2014/24 in 2014/25, s katerima sta bili razveljavljeni in nadomeščeni direktivi 2004/18 in 2004/17, prva v členu 12 in druga v členu 28, kodificirata in pojasnjujeta sodno prakso Sodišča s področja neposredne oddaje.«*) in 78 (*»Ta kodifikacija splošne ureditve neposredne oddaje, čeprav se ratione temporis ne uporablja za spore o glavni stvari, kaže, da je zakonodajalec Unije želel, da je ta sistem povezan z direktivama 2014/24 in 2014/25.«*). Iz izpostavljenih sodb v zvezi z Uredbo 1370/2007 tako izhaja, da se v primeru sklepanja pogodbe za javne storitve avtobusnega prevoza, ki niso oblikovane kot koncesijske pogodbe za storitve v smislu Direktive 2004/17/ES in Direktive 2004/18/ES, ker so oblikovane kot javno naročilo, drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporablja. S tem pa ni neposredno odgovorjeno, ali se drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporablja tudi za pogodbe za javne storitve avtobusnega prevoza, ki niso oblikovane kot koncesijske pogodbe za storitve v smislu Direktive 2014/23 (ker bi bile javno naročilo v smislu 9. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU oziroma naročilo storitev v smislu 5. točke 2. člena Direktive 2014/25/EU). Ker bi bil konkretni naročnik v primeru predmeta, ki ga oddaja, kot državni organ javni naročnik v smislu 1. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU, ki ne opravlja dejavnosti na infrastrukturnem področju, se je Državna revizijska komisija v nadaljevanju sklicevala le še na Direktivo 2014/24/EU, ne pa tudi Direktivo 2014/25/EU.

Direktiva 2014/24/EU ne vsebuje več opredelitve pojma koncesija za storitve, saj jo sedaj vsebuje Direktiva 2014/23/EU (v tem smislu gl. tudi sodbo C-253/18 z dne 8. 5. 2019, Rhenus Veniro, EU:C:2019:386, točka 27), pa tudi izrecno ne določa, kaj je z uporabo drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 po uveljavitvi Direktive 2014/23/EU oziroma Direktive 2014/24/EU. Direktiva 2014/24/EU se na Uredbo 1370/2007 v zvezi z avtobusnim javnim potniškim prevozom sklicuje le v prvi povedi iz uvodne izjave 27:

»Opozoriti bi bilo treba, da člen 5(1) Uredbe (ES) št. 1370/2007 Evropskega parlamenta in Sveta [...] izrecno določa, da se za pogodbe o izvajanju storitev in pogodbe o izvajanju javnih storitev avtobusnega ali tramvajškega javnega potniškega prevoza uporabljata direktivi 2004/17/ES oziroma 2004/18/ES, medtem ko se Uredba (ES) št. 1370/2007 uporablja za koncesije za storitve avtobusnega ali tramvajškega javnega potniškega prevoza. [...]«

Niti Direktiva 2014/23/EU izrecno ne določa, kaj je z uporabo drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 po uveljavitvi Direktive 2014/23/EU oziroma Direktive 2014/24/EU. V tretjem odstavku 10. člena Direktive 2014/23/EU pa je izrecno določeno, da se Direktiva 2014/23/EU ne uporablja, za, med drugim, koncesije za storitve javnega potniškega prevoza v smislu Uredbe 1370/2007.

Sodišče Evropske unije je v sodbi C-253/18 z dne 8. 5. 2019, Rhenus Veniro, EU:C:2019:386 med drugim navedlo:

»27 V zvezi z direktivama 2014/24 in 2014/25, s katerima sta bili razveljavljeni in nadomeščeni direktivi 2004/18 in 2004/17, in ki v nasprotju z zadnjemavedenima direktivama ne opredeljujeta več pojma „koncesijska pogodba“, ki jo sedaj ureja Direktiva 2014/23, je Sodišče poudarilo, da je bila s tema dvema direktivama, in sicer v členu 12 prve in v členu 28 druge, kodificirana in natančneje določena sodna praksa, ki jo je Sodišče razvilo na področju neposredne sklenitve, kar dokazuje, da je zakonodajalec Unije želel, da se ta ureditev neposredne sklenitve navezuje na ti dve direktivi (glej v tem smislu sodbo z dne 21. marca 2019, Verkehrsbetrieb Hüttebräucker in Rhenus Veniro, C-266/17 in C-267/17, EU:C:2019:241, točki 77 in 78).

28 V tem primeru je bilo predhodno informativno obvestilo o nameravani neposredni sklenitvi

pogodbe za naročilo javne službe potniškega prevoza z avtobusom in drugimi vozili iz postopka v glavni stvari objavljeno 8. decembra 2016, pri čemer sta se na ta dan direktivi 2014/24 in 2014/25 že uporabljali, saj je rok za njun prenos že potekel.

29 Glede na prej navedeno je treba na vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti, da je treba člen 5(2) Uredbe št. 1370/2007 razlagati tako, da se ne uporablja za neposredno sklenitev pogodb, ki se nanašajo na javne storitve avtobusnega prevoza in ki nimajo oblike koncesijskih pogodb v smislu Direktive 2014/23.«

Iz točke 29 sodbe C-253/18 z dne 8. 5. 2019, Rhenus Veniro, EU:C:2019:386 je razvidno, da je Sodišče Evropske unije pri tolmačenju uporabe enega izmed institutov, ki se ga uporablja pri javnem naročanju (tj. neposredna sklenitev pogodbe, naročilo »in house«), ugotovilo, da se drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporablja pri sklenitvi pogodbe, ki ni koncesijska pogodba v smislu Direktive 2014/23/EU. Iz navedenega je mogoče ugotoviti, da je Sodišče Evropske unije pri tolmačenju drugega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 upoštevalo tudi novo ureditev iz direktiv, ki nista Direktiva 2004/17/ES in Direktiva 2004/18/ES. Tako je mogoče šteti, da se sklicevanje prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 na Direktivo 2004/18/ES razume kot sklicevanje na Direktivo 2014/23/EU (za opredelitev pojma koncesija za storitve) in Direktivo 2014/24/EU (za opredelitev pojma javno naročilo storitev). Tako razumevanje potrjuje Sporočilo komisije o smernicah za razlago Uredbe (ES) št. 1370/2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prevoza (UL C 92 z dne 29. 3. 2014, str. 1), v katerem je v točki 2.1.1 med drugim navedeno:

»Uredba (ES) št. 1370/2007 ureja oddajo javnih naročil storitev iz člena 2(i) na področju javnega cestnega [...] potniškega prevoza. Vendar lahko ta javna naročila storitev spadajo tudi v področje uporabe direktiv o javnem naročanju (Direktiva 2014/24/EU in Direktiva 2014/25/EU). Glede na to, da sta bili direktivi, navedeni v Uredbi (ES) št. 1370/2007 (Direktiva 2004/17/ES in Direktiva 2004/18/ES) razveljavljeni in nadomeščeni z zgoraj navedenima direktivama, bi bilo treba sklice v Uredbi (ES) št. 1370/2007 razumeti kot sklice na novi direktivi.

[...]

V zvezi s povezavo med Uredbo (ES) št. 1370/2007 ter direktivama o javnem naročanju kot tudi Direktivo 2014/23/EU je pomembno razlikovati med javnimi naročili storitev in koncesijami za storitve.

V členu 2(1), (2) in (5) Direktive 2014/25/EU so „javna naročila storitev“ opredeljena kot pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več naročniki in enim ali več gospodarskimi subjekti, katerih predmet je ponujanje storitev. Kadar ta naročila vključujejo „javne organe naročnike“ v smislu točke 1 člena 2(1) Direktive 2014/24/EU, se obravnavajo kot „javna naročila“ storitev iz točk 6 in 9 člena 2(1) Direktive 2014/24/EU.

V členu 5(1)(b) Direktive 2014/23/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb je „koncesija storitev“ opredeljena kot „pogodba za finančno udeležbo, ki se sklene pisno in s katero javni organi naročniki ali naročniki oddajo opravljanje in upravljanje storitev, ki ni izvrševanje del iz točke (a), enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je plačilo za navedene storitve bodisi samo pravica do izkoriščanja storitev, ki so predmet pogodbe, bodisi ta pravica skupaj s plačilom“. V členu 5(1) je nadalje opredeljeno, da podelitev koncesij za gradnje in storitve vključuje prenos operativnega tveganja pri izkoriščanju navedenih gradenj ali storitev, ki zajema tudi tveganje v zvezi s povpraševanjem ali ponudbo ali obojim, na koncesionarja. Šteje se, da koncesionar prevzame operativno tveganje, kadar v normalnih delovnih pogojih ni zagotovljeno, da se mu povrnejo naložbe ali stroški, ki so nastali pri izvajanju gradenj ali storitev, ki so predmet koncesije. Del tveganja, ki se prenese na koncesionarja, vključuje dejansko izpostavljenost tržnim nepredvidljivostim, tako da kakršna koli ocenjena morebitna izguba za koncesionarja ni zgolj nominalna ali zanemarljiva“.

To razlikovanje med (javnimi) naročili storitev in koncesijami je pomembno, saj se Direktiva 2014/23/EU v skladu s svojim členom 10(3) ne uporablja za koncesije za javne storitve prevoza v smislu Uredbe (ES) št. 1370/2007. Koncesije za storitve, ki se podelijo za te javne storitve

prevoza, ureja izključno Uredba (ES) št. 1370/2007.

Člen 5(1) Uredbe (ES) št. 1370/2007 določa, da oddajo (javnih) naročil storitev glede storitev avtobusnega [...] prevoza urejata direktivi 2004/17/ES [...] in 2004/18/ES [...], razen kadar so taka naročila oblikovana kot koncesije storitev. Zato oddajo (javnih) naročil storitev za javne storitve avtobusnega ali tramvajskega prevoza potnikov urejata izključno direktivi 2014/24/EU in 2014/25/EU. [...]«

Tako stališče je mogoče zaslediti tudi v teoriji, npr.:

- Piotr Bogdanowicz: *Regulation of PPP and concessions in European Union law – different but equal?*, januar 2020, v: *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU* (str.1–16), objavljeno 18. 8. 2020, str. 2, opomba 7:

»Regulation (EC) 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road and repealing Council Regulations (EEC) Nos 1191/69 and 1107/70. Pursuant to Article 5(1) of Regulation 1370/2007, 'public service contracts shall be awarded in accordance with the rules laid down in this Regulation. However, service contracts or public service contracts as defined in Directives 2004/17/EC or 2004/18/EC [currently 2014/25/EU or 2014/24/EU, respectively] for public passenger transport services by bus or tram shall be awarded in accordance with the procedures provided for under those Directives where such contracts do not take the form of service concessions contracts as defined in those Directives. Where contracts are to be awarded in accordance with Directives 2004/17/EC or 2004/18/EC, the provisions of paragraphs 2 to 6 of this Article shall not apply'. This means that service concessions (irrespective of the type of transport) and public service contracts for public passenger transport services by metro and railway are regulated only by the provisions of Regulation 1370/2007.«

ali

- Albert Sanchez-Graells: *ECJ Clarifies Coordination between Transport and General Procurement Rules, but Will This Help in Future?* (C-292/15), objavljeno 29. 10. 2016 na <https://www.howtocrackanut.com>:

»In short, then, contracts for the provision of bus and tram services that do not constitute services concessions are to be awarded in compliance with the general procurement rules. In the *Hörmann Reisen* case, due to the fact that the tender took place in 2015, it still had to be carried under Directive 2004/18/EC—but the issues raised by the case are relevant because, since 18 April 2016, these contracts must now be awarded under Directive 2014/24/EU (regardless of domestic transposition or lack thereof). It is also important to stress that, a contrario, concessions for the provision of bus and tram services are solely subjected to the rules of Reg 1370/2007 and explicitly excluded from the scope of application of Directive 2014/23/EU (see Art 10(3) thereof).«

V prvem odstavku 5. člena Direktive 2014/23/EU je določeno, da pojem »koncesije« pomeni koncesije za gradnje ali koncesije za storitve, kakor je opredeljeno v točkah (a) in (b), pri čemer je v točki b določeno, da »koncesija za storitve« pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov opravljanje in upravljanje storitev, razen izvajanja gradenj iz točke (a), zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom. V nadaljevanju prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU je določeno še, da podelitev koncesije za storitve pomeni, da se operativno tveganje pri izvajanju teh storitev prenese na koncesionarja in vključuje tveganje, povezano s povpraševanjem, ali tveganje, povezano z dobavo, ali oboje. Šteje se, da koncesionar prevzame operativno tveganje, če pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnile naložbe ali stroški, ki nastanejo pri izvajanju storitev, ki so predmet koncesije. Del tveganja, ki se prenese na koncesionarja, vključuje dejansko izpostavljenost tržnim nepredvidljivostim, kar pomeni, da

ocenjena morebitna izguba za koncesionarja ni zgolj nominalna ali zanemarljiva.

Skladno z 9. točko prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU »javna naročila storitev« pomenijo javna naročila, katerih predmet je izvajanje storitev, razen tistih iz točke 6 (tj. javnih naročil gradenj), skladno s 5. točko prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU pa »javna naročila« pomenijo pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je, med drugim, izvajanje storitev.

Vsebinsko enake opredelitve, kot so določene v Direktivi 2014/24/EU, določa ZJN-3 za javno naročilo (1. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3) in javno naročilo storitev (5. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3), ZNKP pa vsebinsko enake opredelitve, kot so določene v Direktivi 2014/23/EU, za koncesijo (1. točka 2. člena ZNKP), koncesijo za storitve (3. točka 2. člena ZNKP) in operativno tveganje (4. točka 2. člena ZNKP). Tako se izkaže, da bi morala biti vsebina pojmov javno naročilo (storitev) in koncesija (za storitve), ki jih določata ZJN-3 in ZNKP, enaka, kot bi bila vsebina teh pojmov po Direktivi 2014/23/EU za koncesijo (za storitve) in Direktivi 2014/24/EU za javno naročilo (storitev). Državna revizijska komisija sicer ugotavlja, da posamezni nacionalni predpisi (npr. ZGJS, ZJZP, ZPCP-2, Uredba GJS) uporabljajo pojem »koncesija«, vendar je glede uporabe prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 relevantno le, ali ima pojem koncesija (za storitve) po nacionalnem pravu enak pomen, kot bi ga imela po pravu Evropske unije (tj. točka a prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU). Kot je jasno razvidno iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007, se to pravilo ne sklicuje na nacionalne predpise, temveč na pravila iz prava Evropske unije. Državna revizijska komisija poleg tega dodaja, da se je Sodišče Evropske unije že večkrat izreklo, da se za ugotovitev, ali gre v primeru določenega pogodbenega razmerja za koncesijo ali javno naročilo, uporablja izključno pravo Evropske unije in zato ni pomembno, kako je razmerje opredeljeno v pravnem redu države članice (npr. sodbe Auroux in drugi, C-220/05 z dne 18. januarja 2007, EU:C:2007:31, točka 40, Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki, C-382/05 z dne 18. julija 2007, C:2007:445, točki 30 in 31 ter Acoset, C-196/08 z dne 15. oktobra 2009, EU:C:2009:628, točka 38). Zato za ugotavljanje uporabe prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 ni relevantno, da je predmet, ki ga oddaja naročnik, namenjen izvajanju gospodarske javne službe v smislu ZGJS ali da ZGJS določa le omejeno število možnih načinov izvajanja gospodarske javne službe. Niti nacionalne zahteve ali posebnosti v postopku izbire izvajalca ali še po izbiri izvajalca oziroma še drugi postopki ali obveznosti, ki jih ima naročnik, niso pravno relevanten razlikovalni element. Če bi bila torej pogodba, ki bi jo naročnik sklenil z izvajalcem, po vsebini javno naročilo storitev, kot ga določa 9. točka prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU, ne pa koncesija za storitve, kot ga določa točka b prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU, se upoštevajoč tretjo poved iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne bi uporabljal in se zato naročnik ne bi mogel uspešno opreti na to pravno podlago za obravnavanje vlagateljeve ponudbe kot »nedopustne«. Za uspeh z zahtevkom za revizijo tudi ni bistveno, da se je naročnik v dokumentaciji skliceval tudi na javnonaročniške pojme ali da se ni skliceval na ZNKP, kar je izpostavil vlagatelj (zahtevke za revizijo, str. 7–8), ampak je bistveno, kako bi bilo treba glede na pravno relevantne okoliščine primera pravno (po pravu Evropske unije) opredeliti pogodbo, ki bi jo naročnik sklenil z izvajalcem. Državna revizijska komisija pri tem dodaja, na kar je sicer opozoril že naročnik (dokument št. 430-39/2021/107-0242 z dne 15. 4. 2022, str. 5), da se ZNKP glede na izjemo iz 18. točke prvega odstavka 11. člena ZNKP ne bi uporabljal, če bi bila pogodba, ki jo bo naročnik sklenil z izvajalcem, koncesija za storitve v smislu 3. točke 2. člena ZNKP (enako točki b prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU), zato je mogoče tudi razumeti, zakaj se naročnik v dokumentaciji ni skliceval na ZNKP.

Kot je razvidno tudi iz nove ureditve na ravni Evropske unije, je razlika med koncesijo za storitve in javnim naročilom storitev po vsebini ostala taka, kot je bila po ureditvi iz Direktive

2004/18/ES. Razlikovalna znaka sta tako plačilo za opravljanje storitev in razporeditev operativnega tveganja. Stališča Evropskega sodišča, ki so temeljila na tolmačenju koncesije za storitve po ureditvi pred uveljavitvijo Direktive 2014/23/EU in jih je Državna revizijska komisija predhodno predstavila, so lahko uporabljiva tudi pri tolmačenju ureditve koncesije za storitve po uveljavitvi Direktive 2014/23/EU. Iz uvodne izjave 18 Direktive 2014/23/EU je namreč razvidno, da je bil namen jasnejša opredelitev koncesije, ne pa ustvaritev novega oziroma drugačnega sistema. Uvodna izjava 18 Direktive 2014/23/EU se tako glasi:

»Posledica težav pri razlagi pojmov koncesija in javno naročilo je nenehna pravna negotovost med zainteresiranimi stranmi, Sodišče Evropske unije pa je o tem sprejelo številne sodbe. Zato bi bilo treba jasneje opredeliti koncesijo, zlasti v povezavi s pojmom operativnega tveganja. Glavna značilnost koncesije, tj. pravica do uporabe gradenj ali storitev, vedno pomeni prenos gospodarskega operativnega tveganja na koncesionarja, kar lahko tudi pomeni, da naložbe in stroški, ki nastanejo pri izvajanju gradenj ali storitev, pod običajnimi pogoji delovanja ne bodo v celoti povrnjeni, čeprav del tveganja še vedno nosi javni naročnik ali naročnik. Uporaba posebnih pravil, ki urejajo podeljevanje koncesij, ne bi bila upravičena, če bi razbremenil gospodarskega subjekta morebitnih izgub tako, da bi mu jamčil minimalne prihodke, ki bi bili enaki ali višji od naložb in stroškov, ki so gospodarskemu subjektu nastali pri izvajanju pogodbe. Hkrati bi bilo treba pojasniti, da bi bilo treba nekatere ureditve, ki jih izključno poplača javni naročnik ali naročnik, uvrstiti med koncesije, če je povrnitev naložb in stroškov, ki so gospodarskemu subjektu nastali pri izvedbi gradnje ali opravljanju storitve, odvisna od dejanskega povpraševanja po storitvah ali sredstvih oziroma od njihove dobave.«

Pri tem tolmačenju si je mogoče pomagati tudi z uvodno izjavo 20 Direktive 2014/23/EU, ki pojasnjuje pojem operativno tveganje:

»Operativno tveganje bi moralo izhajati iz dejavnikov, na katere stranke nimajo vpliva. Tveganja, kot so tveganja, povezana s slabim upravljanjem ali neizpolnjevanjem pogodbenih obveznosti gospodarskega subjekta ali višjo silo, niso odločilna pri uvrstitvi pogodbe med koncesije, saj so ta tveganja značilna za vse pogodbe, ne glede na to, ali gre za javno naročilo ali koncesijo. Operativno tveganje bi bilo treba razumeti kot tveganje, ki je posledica izpostavljenosti tržnim nepredvidljivostim in je povezano s povpraševanjem ali dobavo oziroma tako s povpraševanjem kot dobavo. Tveganje, povezano s povpraševanjem, je tveganje glede dejanskega povpraševanja po gradnjah ali storitvah, ki so predmet pogodbe. Tveganje, povezano z dobavo, je tveganje pri izvedbi gradnje ali opravljanju storitev, ki so predmet pogodbe, zlasti tveganje, da opravljene storitve ne bodo ustrezale povpraševanju. Pri oceni operativnega tveganja bi bilo treba dosledno in enotno upoštevati neto trenutno vrednost vseh naložb, stroškov in prihodkov koncesionarja.«

Kot izhaja iz prvega odstavka 59. člena Uredbe GJS (kar potrjuje točka 5 vzorca pogodbe z naslovom *»Finančna vprašanja koncesije«*), se storitve pri izvajanju prevozov potnikov financirajo tako s prevoznino, ki jo plačajo potniki, kot s sredstvi iz državnega proračuna, pa tudi s sofinanciranjem javnih in zasebnih subjektov ter z drugimi sredstvi, ki jih pridobi izvajalec na podlagi posebnih predpisov in so namenjena za financiranje ali sofinanciranje prevozov določenih kategorij potnikov (subvencije za prevoze dijakov in študentov, subvencije za invalidne osebe in podobne subvencije za določene kategorije potnikov). Potniki torej niso edini, ki plačajo izvajanje prevozov. Čeprav nadomestilo pri koncesiji za storitve ni zgolj pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe (da bi se izvajalec poplačeval le s plačili uporabnikov), saj je nadomestilo lahko tudi pravica do uporabe storitev skupaj s plačilom (gl. točka b prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU, enako 3. točka 2. člena ZNKP), je treba ugotoviti še, ali bi kljub takemu plačevanju izvajalci nosili vsaj večino operativnega tveganja.

Vlagatelj je med drugim opozoril (zahtevek za revizijo, str. 6), na prvi odstavek 45. člena Uredbe GJS, v katerem je določeno:

»Koncesija za izvajanje gospodarske javne službe iz prvega odstavka 4. člena te uredbe se podeli v obliki javnonaročniškega partnerstva, pri čemer koncedent nosi večino poslovnega tveganja izvajanja gospodarske javne službe ali celotno.«

V prvem odstavku 45. člena Uredbe GJS je (neodvisno od siceršnjega naziva razmerja kot javnonaročniškega partnerstva) določeno, da koncedent (ki je Republika Slovenija, 1. točka prvega odstavka 2. člena Uredbe GJS) nosi nadpolovično tveganje izvajanja gospodarske javne službe, kar je lastnost javnega naročila v smislu 5. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU (enako 1. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3), ne pa koncesije v smislu prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU (enako 1. točka 2. člena ZNKP). Enak zaključek je treba sicer narediti tudi na podlagi ZJZP, če bi bilo treba pogodbeno razmerje med naročnikom in izvajalcem obravnavati kot projekt javno-zasebnega partnerstva, saj ZJZP v prvem odstavku 27. člena določa, da če nosi javni partner (kar naročnik je; gl. 1. točko 5. člena ZJZP) večino ali celotno poslovno tveganje izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva, se javno-zasebno partnerstvo, ne glede na poimenovanje oziroma ureditev v posebnem zakonu, za namene ZJZP ne šteje za koncesijsko, temveč za javnonaročniško. V nadaljnjih odstavkih 27. člena ZJZP so določene še nekatere zahteve, in sicer v primerih iz prvega odstavka 27. člena ZJZP se namesto določb o javnem razpisu, neposredni podelitvi in pravnem oziroma/ter sodnem varstvu v postopku podelitve koncesije za izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva in pravnega varstva v tem postopku uporabljajo predpisi o javnih naročilih, pri čemer se tako razmerje po ZJZP šteje za javnonaročniško partnerstvo (drugi odstavek 27. člena ZJZP), po končanem postopku izbire zasebnega partnerja iz drugega odstavka 27. člena ZJZP se, odvisno od narave in oblike razmerja, sklone koncesijska pogodba, skladno z ZGJS, v primeru, če ima razmerje obliko statusnega partnerstva, pa pogodba o statusnem partnerstvu (tretji odstavek 27. člena ZJZP), če je predmet koncesije izvajanje gospodarske javne službe ali druge dejavnosti, kjer zakon zaradi varovanja javnega interesa izrecno predpisuje izdajo upravne odločbe, pa mora koncedent izbranemu koncesionarju pred sklenitvijo pogodbe iz tretjega odstavka 27. člena ZJZP izdati odločbo, s katero mu podeli pravico izvajati to dejavnost, pri čemer drugih udeležencev (strank, stranskih udeležencev) v upravnem postopku izdaje odločbe ni (četrti odstavek 27. člena ZJZP). Kot izhaja iz 27. člena ZJZP, le dejstvo, da bi se za izbiro izvajalcev upoštevala javnonaročniška pravila, ne pa koncesijska, ne bi preprečevalo uporabe ZGJS za sklenitev pogodbe. Nekatera vprašanja so namreč urejena na poseben način.

Državna revizijska komisija je vpogledala tudi v vzorec pogodbe, pri čemer je ugotovila, da je naročnik v točki 4.1.5. z naslovom *»Izvajalčeva tveganja«* določil:

»Izvajalec izvaja koncesijo v svojem imenu in za račun koncedenta (organa JPP). Izvajalec prevzema tveganja, ki so opredeljena v tej pogodbi, skladno z izbrano (javnonaročniško) obliko podelitve koncesije. Izvajalec prevzema tveganja obratovanja ter izvajanja koncesijske storitve, ne prevzema pa poslovnega tveganja realizacije prometa (prihodki od prodanih vozovnic), temveč dobiva plačilo glede na obseg in kakovost storitve, kot je to opredeljeno v tej pogodbi.«

Kot izhaja iz točke 4.1.5. vzorca pogodbe, izvajalec, ki sicer izvaja storitve v svojem imenu, vendar za račun naročnika, prevzema določena tveganja, vendar pa ne poslovnega tveganja realizacije prometa, saj dobiva plačilo glede na obseg in kakovost storitve ob upoštevanju pogodbe. Kot je razvidno iz prvega odstavka točke 5.4. vzorca pogodbe je *»pogodbeni znesek«* *»enak zmnožku pogodbene cene na kilometer in obsegu izvajanja storitev gospodarske javne službe javnega linijskega prevoza potnikov, izraženega v kilometrih«*. Pri tem je treba tudi dodati, da je naročnik v točki 5.5 vzorca pogodbe uredil položaj, skladno s katerim je izvajalec upravičen do finančnega bonusa na vsakega prepeljanega potnika. Ti elementi, ki se nanašajo na to, da naročnik (oziroma državni proračun) plačuje opravljanje storitev in nagraduje izvajalca z bonusom, ne utrujejo stališča, da bi naročnik oddajal koncesijo

za storitve.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v dokumentu št. 430-39/2021/107-0242 z dne 15. 4. 2022 pod točko Ad1 z 10 sklopi argumentov zavrnil vlagateljeve navedbe o oddajanju javnega naročila storitev in ne koncesije za storitve, vendar se le sklop argumentov pod številko 7 nanaša na vsebino, s katero naročnik lahko izpodbija stališče, da oddaja javno naročilo storitev in ne koncesije za storitve, saj z drugimi (devetimi) sklopi argumentov ni izpodbijal nobenega od obeh elementov, ki razmejujeta koncesijo za storitve in javno naročilo storitev.

Naročnik je v 7. točki pod oznako Ad1 dokumenta št. 430-39/2021/107-0242 z dne 15. 4. 2022 navedel:

»Tudi [Uredba GJS] nedvoumno določa obliko podelitve koncesij, upošteva delitev tveganja (gre namreč za t.im. bruto model, kjer izvajalec ne nosi tveganja obsega realizacije):

(1) Koncesija za izvajanje gospodarske javne službe iz prvega odstavka 4. člena te uredbe se podeli v obliki javnonaročniškega partnerstva, pri čemer koncedent nosi večino poslovnega tveganja izvajanja gospodarske javne službe ali celotno.

(2) Koncedent podeli koncesijo na podlagi javnega razpisa glede na obliko izvajanja iz prejšnjega odstavka in po določbah zakona, ki ureja javnonaročniško obliko javno-zasebnega partnerstva.

Glede na navedeno je pravilna tako izbira postopka kot tudi objava, nedvomno pa gre za koncesijo storitve v smislu določil veljavne zakonodaje.«

Vendar Državna revizijska komisija glede na argumente iz 7. točke pod oznako Ad1 dokumenta št. 430-39/2021/107-0242 z dne 15. 4. 2022 ni mogla ugotoviti, kako naj bi naročnik z njimi izpodbil stališče, da oddaja javno naročilo, saj je izrecno uveljavljal, da po bruto modelu (gl. prvi odstavek točke 5.4. vzorca pogodbe) *»izvajalec ne nosi tveganja obsega realizacije«*, kar je značilnost javnega naročila storitev in ne koncesije za storitve.

Ker je naročnik v drugem sklopu v zvezi z odločanjem o zahtevku za revizijo drugega vlagatelja, kot je vlagatelj za ta sklop, pred Državno revizijsko komisijo vložil vlogo št. 430-39/2021/133-0242 z dne 10. 5. 2022, v kateri je navedel, kako je z delitvijo tveganj med naročnikom in izvajalci javnih linijskih prevozov potnikov na območju Republike Slovenije, in sicer:

»Trenutno se obračunavanje vrši po neto modelu, kar pomeni, da so v ceno vključena tveganja drugačna, kot po novem (bruto) modelu, po katerem se bodo izvajale nove koncesije, kjer izvajalec praktično ne prevzema nobenih tveganj in bi cene morale biti že po naravi stvari nižje.

Po (obstojećem) neto modelu mora prevoznik na trgu pridobiti skoraj 2/3 normirane stroškovne cene (trenutno 1,20 EUR), saj je najvišje možno nadomestilo 0,79 EUR, od normirane stroškovne cene 1,98 EUR). V bruto modelu tega tveganja ni, saj upravljalec javnega potniškega prometa (naročnik) plača prevozniku celotno normirano stroškovno ceno na kilometer«,

je Državna revizijska komisija z dopisom št. 018-040/2022-11 z dne 19. 5. 2022 pozvala naročnika, naj pisno pojasni, zakaj je kljub stališču o odsotnosti ali pa vsaj večinske odsotnosti tveganja izvajalcev javnih linijskih prevozov potnikov na območju Republike Slovenije treba glede na to, da je tako po točki b prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU kot po 1., 3. in 4. točki 2. člena ZNKP (prim. tudi prvi odstavek 27. člena ZJZP) ključni element koncesije za storitve to, da se operativno tveganje pri izvajanju koncesije prenese na koncesionarja, treba slediti naročnikovemu stališču iz dokumenta št. 430-39/2021/107-0242 z dne 15. 4. 2022, da je razmerje med naročnikom in izvajalci javnih linijskih prevozov potnikov na območju Republike Slovenije koncesija oziroma koncesija za storitve.

Naročnik je izčrpno odgovoril z dopisom št. 430-39/2021/140-0242 z dne 24. 5. 2022, vlagatelj pa je naročniku izčrpno nasprotoval z vlogo z dne 26. 5. 2022.

Naročnik je v dopisu št. 430-39/2021/140-0242 z dne 24. 5. 2022 uvodoma navedel, da »*med strankami ni sporno, da je naročnik javno-zasebno partnerstvo opredelil kot javnonaročniško, saj javni partner, za razliko od trenutnih koncesijskih razmerij, nosi večino poslovnih tveganj*«. Že to stališče znova nasprotuje temu, da naročnik oddaja koncesijo za storitve.

Državna revizijska komisija je že pojasnila, da je za ugotovitev pomena posameznih pojmov iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 bistveno, kako se te pojme tolmači glede na pravo Evropske unije, zato ni bistveno, da je javni linijski prevoz potnikov gospodarska javna služba, ki jo določa 50. člen ZPCP-2, niti ni bistveno, da je naročnik menil, da ne oddaja klasičnega javnega naročila. Bistveno je namreč to, ali ima pogodba, ki jo bo sklenil z izvajalcem, lastnosti javnega naročila storitev v smislu 9. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU ali koncesije za storitve v smislu točke b prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU.

Naročnik je pojasnil vsebino izjave iz vloge št. 430-39/2021/133-0242 z dne 10. 5. 2022, pri čemer je navedel, da jo je treba razumeti v drugačnem kontekstu, in sicer glede na primerjavo cen. Naročnik je tako navedel, da je primerjal nižje cene v ponudbi glede na trenutno ceno, zaradi česar je primerjal le tveganje, ki se nanaša na prihodek od prodanih vozovnic, ne pa na druga tveganja. Naročnik je še nadaljeval, da v dosedanjem (neto modelu) izvajalec nosi operativno tveganje povpraševanja, v novem postopku pa izvajalec ne nosi operativnega tveganja povpraševanja, kar ne pomeni, da ne nosi drugih operativnih tveganj, med drugim, tveganje, povezano z dobavo. Naročnik je v nadaljevanju pojasnil, da izvajalec prevzame tudi tveganje spremembe tehnologije (npr. zaradi spremembe zakonodaje se prepove vožnjo avtobusov z motorji EURO4 ali EURO5 oziroma se zahteva vožnjo po centrih mest z brezemisijскими vozili, to tveganje pa ni zanemarljivo nizko, saj evropska pravila o zmanjšanju izpustov določajo drastične ukrepe, ki jih je delno v obliki zavez že v vključil v postopku). Kot je razvidno iz teh naročnikovih pojasnil, izvajalec glede na uporabo bruto modela ne nosi operativnega tveganja povpraševanja, zato glede tega elementa razmerje nima lastnosti koncesije za storitve. Čeprav se Državna revizijska komisija lahko strinja z naročnikom, da ima izvajalec druga tveganja, pa niso vsa ta druga tveganja tudi relevantna pri ugotavljanju prenosa tveganja. Tako se pri ugotavljanju prenosa tveganja na ponudnika ne smejo upoštevati splošna tveganja, ki izhajajo iz spremembe predpisov v obdobju izvajanja pogodbe (sodba Eurawasser, C-206/08 z dne 10. 9. 2009, EU:C:2009:540, točka 79), zato spremembe v zakonodaji, ki bi vplivale na prepoved vožnje avtobusov z motorji EURO4 ali EURO5 ali zahteva za vožnjo z brezemisijскими vozili, niso upoštevne. Prav tako taka sprememba v zakonodaji, ki vpliva na spremembo tehnologije, v enaki meri prizadene izvajalce, saj se morajo tako izvajalci, ki so pridobili posel v postopku javnega naročanja, kot izvajalci, ki so pridobili posel v postopku podelitve koncesije za storitve, prilagoditi spremembam predpisov in tehnologije.

Za razmejitev ne more biti relevantno niti naročnikovo opozarjanje na izredne okoliščine (npr. epidemija) ali stavko delavcev, saj izredne okoliščine ali stavka delavcev lahko prizadenejo vse izvajalce. Kot izhaja iz druge povedi iz uvodne izjave 20 Direktive 2014/23, tveganja, povezana z neizpolnjevanjem pogodbenih obveznosti gospodarskega subjekta ali višjo silo, niso odločilna pri uvrstitvi pogodbe med koncesije, saj so ta tveganja značilna za vse pogodbe, ne glede na to, ali gre za javno naročilo ali koncesijo. Tako se tudi izkaže, da niti naročnikov argument, da »*mora izvajalec tudi v primeru kršitev koncedenta ali onemogočanja izvajanja dejavnosti na srednji rok prevzeti tveganja vzdrževanja svoje "flote" in "zaposlenih"*« ne uspe utemeljiti, da bi bil prenos tveganja na izvajalca nadpolovičen. Pri tem je treba dodati, da morajo vsi izvajalci »*vzdrževa[t]i svoje "flote" in "zaposlenih"*« neodvisno od tega, kako je treba pogodbo pravno opredeliti (bodisi javno naročilo storitev bodisi koncesijo za storitve).

Ker se pri ugotavljanju prenosa tveganja na ponudnika ne smejo upoštevati splošna tveganja, ki izhajajo iz spremembe predpisov v obdobju izvajanja pogodbe (sodba Eurawasser, C-206/08 z dne 10. 9. 2009, EU:C:2009:540, točka 79), tako ne more biti relevanten niti argument o spremembi pogodbenega razmerja zaradi enostranske spremembe koncesijskega akta.

Čeprav se glede na točko 2.2.2. vzorca pogodbe lahko v času trajanja pogodbe posamezne linije opustijo ali spremenijo oziroma se uvedejo dodatne linije, zaradi česar bi izvajalec prevzemal tveganje obratovanja in izvajanja pogodbe (prim. točko 4.1.5. vzorca pogodbe), to ne spremeni tega, da do tega lahko glede na prvi odstavek točke 2.2.2. vzorca pogodbe pride le izjemoma, pri čemer pa ni mogoče spregledati, da naročnik plača opravljene vožnje po kilometru (točka 5.4. vzorca pogodbe), zato niti ta argument ne uspe utemeljiti prenosa tveganja na izvajalca. Poleg tega je naročnik v prvem in drugem odstavku točke 2.2.3. vzorca pogodbe določil, česa ni mogoče obravnavati kot spremembo linije (različne oblike začasne spremembe poteka linije), pri tem pa bo imel izvajalec v primeru okoliščin iz prvega in drugega odstavka točke 2.2.3. vzorca pogodbe, ki trajajo ali bodo predvidoma trajale več kot tri dni, skladno s četrnim odstavkom točke 2.2.3. vzorca pogodbe pravico zahtevati od koncedenta povračilo stroškov, ki so nastali zaradi opravljanja javne službe v nepredvidenih okoliščinah, pri čemer se o višini povračila stroškov na izkazano upravičeno zahtevo izvajalca uskladita (npr. stroški dodatnih vozil, plač, goriva, v izkazanem obsegu, v katerem ti niso vključeni v stroškovno ceno na kilometer).

Izvajalec mora v času trajanja [pogodbenega razmerja] opravljati javni linijski prevoz potnikov neprekinjeno v skladu z voznim redom na vseh linijah, določenih s pogodbo, ne glede na število potnikov (prvi odstavek točke 4.2.1.1. vzorca pogodbe). Za to je plačan po kilometru in ne številu prepeljanih potnikov (gl. točko 5.4. vzorca pogodbe). Čeprav mora izvajalec v primeru povečanega števila potnikov zagotoviti dodatna vozila po istem voznem redu (točka 4.2.1.1. vzorca pogodbe), kot je opozoril naročnik, je naročnik tudi priznal, da bo izvajalec prejel plačilo za opravljene kilometre (kar je mogoče razumeti, da se sklicuje na točko 5.4. vzorca pogodbe), vendar je tudi opozoril, da izvajalec nosi vsaj del fiksnih stroškov – zagotovitve dodatnih potrebnih avtobusov in voznikov. Državna revizijska komisija opozarja, da bi imel take fiksne stroške vsak izvajalec ne glede na pravno naravo pogodbe, ki bi jo sklenil z naročnikom. Okoliščina, da izvajanje pogodbe spremljajo velike začetne investicije izvajalca (npr. za avtobuse), ni odločilna za opredelitev pogodbe, saj imajo tako značilnost tako javna naročila kot koncesije za storitve (v tem smislu prim. sodbo Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki, C-382/05 z dne 18. 7. 2007, EU:C:2007:445, točka 42).

Poleg tega je treba upoštevati, da je izvajalec upravičen do bonusa (točka 5.5. vzorca pogodbe). Ta bonus za prepeljane potnike je dodatno plačilo k plačilu po kilometru. Naročnik tudi ni navedel, da bi bil izvajalec dolžan plačevati malus, ker ne bi prepeljal minimalnega števila potnikov in bi povpraševanje potnikov za izvajanje storitev lahko vplivalo na položaj izvajalca. Povpraševanje potnikov za izvajanje storitve tako glede na način plačevanja, kot ga je določil naročnik, ni tisto, ki bi prevesilo naravo pogodbe v koncesijo za storitve.

Naročnik je opozoril tudi na točko 6.8. vzorca pogodbe, s katero je uredil odgovornost izvajalca za škodo, sam pa bi bil subsidiarno odgovoren (drugi odstavek točke 6.8. vzorca pogodbe), kar je tudi rešitev iz 53. člena ZGJS. Četudi bi Državna revizijska komisija sprejela izhodišče, da je tveganje opravljanja ekonomskih storitev treba razumeti tudi kot tveganje za odgovornost za škodo v zvezi z neizpolnitvijo storitev (sodbe C-234/03 z dne 27. 10. 2005, Contse, EU:C:2005:644, točka 22, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09 z dne 10. 3. 2011, EU:C:2011:130, točka 37, Norma-A in Dekom, C-348/10 z dne 10. 11. 2011, EU:C:2011:721, točka 48 in Kansaneläkelaitos, C-269/14 z dne 21. 5. 2015, EU:C:2015:329, to

čka 33), pa v tem primeru ni mogla zaključiti, da bi bilo že zaradi tega elementa treba šteti, da naročnik oddaja koncesijo za storitve.

Najprej je treba upoštevati, da je tudi naročnik odgovoren za škodo, čeprav subsidiarno.

Nadalje je treba ponoviti, da tudi tveganja, povezana z neizpolnjevanjem pogodbenih obveznosti gospodarskega subjekta, niso odločilna pri uvrstitvi pogodbe med koncesije, saj so ta tveganja značilna za vse pogodbe, ne glede na to, ali gre za javno naročilo ali koncesijo (del druge povedi iz uvodne izjave 20 Direktive 2014/23).

Kot je razvidno iz prvega odstavka točke 6.8. vzorca pogodbe, ta ureja odgovornost za škodo, vendar bi ta ureditev veljala enako ne glede na razmejevanje med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve. Odgovornost za škodo je urejena v Obligacijskem zakoniku (Uradni list RS, št. 83/2001 s sprem.; v nadaljevanju: OZ), pri čemer splošno pravilo iz prvega odstavka 131. člena OZ ne ustvarja razlikovanja, saj ta določa, da *»kdor povzroči drugemu škodo, jo je dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde«*. Izvajalec odgovarja za svoje delavce (147. člen OZ) in svoje organe (148. člen OZ).

Kot izhaja iz prve povedi iz četrtega odstavka točke 6.8. vzorca pogodbe, se izvajalec zavezuje skleniti ustrezna zavarovanja skladno s točko 5.7. vzorca pogodbe, ki krijejo škodne dogodke iz te točke. Tako mora izvajalec skladno s prvo povedjo iz prvega odstavka točke 5.7. vzorca pogodbe najkasneje v 20 dneh po sklenitvi pogodbe kot pogoj za veljavnost pogodbe predložiti bančno garancijo ali ustrezno kavcijsko zavarovanje, skladno z drugo povedjo iz prvega odstavka točke 5.7. vzorca pogodbe pa lahko namesto finančnega zavarovanja za celotno trajanje obdobja veljavnosti pogodbe predloži letno zavarovanje, pri čemer mora 15 dni pred iztekom starega predložiti novo zavarovanje, sicer lahko koncedent uveljavi obstoječe finančno zavarovanje. Ureditev, kot jo je določil naročnik, velja enako ne glede na razmejevanje med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve. V četrtem odstavku točke 6.8. vzorca pogodbe je določeno, da sme naročnik vnovčiti finančno zavarovanje, če izvajalec brez utemeljenih razlogov ne izpolnjuje bistvenih pogodbenih obveznosti ali če preneha ali delno preneha izvajati dejavnost iz [pogodbenega] razmerja, še zlasti pa, kot je določeno v prvi alineji, če izvajalec storitev ne opravlja v skladu z zahtevami pogodbe. S predložitvijo finančnega zavarovanja ali sklenitvijo zavarovalne pogodbe bi bodisi dajalec finančnega zavarovanja bodisi zavarovalnica ob izpolnitvi pogoja za vnovčitev oziroma uveljavljanje zahtevka finančno krila posledice ravnanja izvajalca, ki bi bilo neskladno z zahtevami iz pogodbe. Kar bi kazalo, da si izvajalec lahko zmanjšuje tveganje za plačevanje odškodnin iz lastnih sredstev.

Državna revizijska komisija tudi na podlagi obravnave naročnikovih argumentov iz različnih vlog ni mogla ugotoviti, da ne bi bilo treba slediti tistemu delu prvega odstavka 46. člena Uredbe GJS, ki določa, da *»koncedent nosi večino poslovnega tveganja izvajanja gospodarske javne službe ali celotno«*. Tak zaključek pomeni, da pogodbenega razmerja, ki bi nastalo med naročnikom in izvajalcem, ni mogoče obravnavati kot koncesije za storitve v smislu točke b prvega odstavka 5. člena Direktive 2014/23/EU, temveč kot javno naročilo storitev v smislu 9. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU. Kar tudi pomeni, da se skladno s tretjo povedjo iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007 v primeru izbire izvajalcev po postopku, v zvezi s katerim je naročnik zagotovil objavo obvestila o koncesiji 3. 8. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-U01, in 4. 8. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 149-398357), ne uporablja drugi odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007.

Razlog, na podlagi katerega je naročnik utemeljil, da je ponudba, v kateri je sodeloval

vlagatelj, »nedopustna«, tako ni podan, zato je Državna revizijska komisija ugotovila, da naročnik ni imel podlage v drugem odstavku 5. člena Uredbe 1370/2007, da zavrne ponudbo, v kateri je sodeloval vlagatelj. Naročnik je torej ravnal nepravilno, ker ni upošteval tretje povedi iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007. Državna revizijska komisija je zato, ne da bi obravnavala še druge vlagateljeve navedbe, saj to ne bi več vplivalo na vlagateljev položaj, zahtevku za revizijo skladno z drugo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN ugodila in razveljavila odločitev, da se ne odda javno naročilo za sklop 6, kot izhaja iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022.

Skladno z drugo povedjo iz tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN daje Državna revizijska komisija naročniku napotke za pravilno izvedbo postopka v delu, ki je bil razveljavljen.

Z razveljavitvijo izpodbijane odločitve se postopek oddaje javnega naročila za sklop 6 znova znajde v trenutku pred njenim sprejemom, naročnik pa je znova zavezan sprejeti eno izmed odločitev, ki jih omogoča 90. člen ZJN-3, pri čemer jo mora obrazložiti skladno z drugo povedjo iz desetega odstavka 90. člena ZJN-3 in z njo seznaniti gospodarske subjekte (prva poved iz desetega odstavka 90. člena ZJN-3). Pri tem je treba dodati, da naročnik ni zavezan oddati javnega naročila v izvedbo, vendar mora biti v primeru sprejema odločitve, da ne odda javnega naročila v izvedbo, že iz obrazložitve razvidno, zakaj se je tako odločil.

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

Vlagatelj je uspel z zahtevkom za revizijo, zato mu Državna revizijska komisija upoštevajoč prvi, drugi in tretji odstavek 70. člena ZPVPJN ter skladno z Odvetniško tarifo (Uradni list RS, št. 2/2015 s sprem.; v nadaljevanju: OT) in Sklepom o spremembi vrednosti točke (Uradni list RS, št. 22/2019), ob upoštevanju okoliščin primera, kot potrebne priznava stroške takse v višini 1.000 eurov, stroške za sestavo zahtevka za revizijo (tarifna številka 40/1 OT) v višini 1.800 eurov (3.000 točk), povečani za 22 % DDV, kar znese 2.196 eurov, in izdatke (11. člen OT) v višini 24 eurov (40 točk), povečane za 22 % DDV, kar znese 29,28 eurov.

Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške v višini 3.225,28 eurov v 15 dneh po vročitvi tega sklepa.

Vlagatelj je upravičen do zamudnih obresti po izteku roka za prostovoljno izpolnitev.

Vlagatelj je povrnitev stroškov priglasil tudi v vlogah z dne 25. 4. 2022 in 26. 5. 2022, vendar mu jih Državna revizijska komisija ni priznala, saj je bilo vse, kar je bistveno za rešitev zadeve, razvidno že iz zahtevka za revizijo.

Državna revizijska komisija je zato kot neutemeljeno zavrnila višjo stroškovno zahtevo od priznanih 3.225,28 eurov.

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 vloži 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 (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.