

Številka: 018-040/2022-57

Datum: 28. 9. 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 Červeka 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 zagovornik javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije, Slovenska cesta 50, Ljubljana (v nadaljevanju: zagovornik javnega interesa) zoper ravnanje javnega naročnika Republika Slovenija, Ministrstvo za infrastrukturo, Langusova ulica 4, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 28. 9. 2022

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se v celoti razveljavi postopek 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).
2. Zahtevi gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper za povrnitev stroškov se zavrneta.

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, sporočil, kako se je odločil oddati izvajanje razpisane gospodarske javne službe po posameznih sklopih.

Zagovornik javnega interesa je 9. 6. 2022 na portalu eRevizija vložil zahtevek za revizijo z dne 9. 6. 2022 in predlagal, da se zaradi očitanih kršitev postopek za »Izbirno koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije« razveljavi v celoti. Zagovornik javnega interesa je navedel, da:

- ima pogodba, ki jo sklepa naročnik, značilnosti javnega naročila storitev in ne koncesije za storitve, vendar naročnik ni poslal v objavo pravnega obvestila o javnem naročilu, temveč napačno obvestilo o koncesiji, kar je imelo za posledico netransparentno oddajo javnega naročila, neenakopravno obravnavo ponudnikov in neupravičeno omejitve konkurence, kar vse ogroža gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev ter uspešno doseganje ciljev delovanja naročnika,
- je naročnik določil merila in pogoj za priznanje tehnične sposobnosti, ki se nanaša na razpolaganje z zadostnim številom avtobusov, na nezakonit način,
- naročnik ni preveril, ali obstoja obvezni razlog za izključitev ponudnikov glede sklenitve dogovora, katerega cilj ali učinek je preprečevati, omejevat ali izkrivljati konkurenco, pri čemer bi moral prijaviti ravnanje ponudnikov Javni agenciji Republike Slovenije za varstvo konkurence in počakati na njen odziv.

Naročnik je s sklepom št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022, ki ga je vložil 14. 6. 2022 na portalu eRevizija, zahtevek za revizijo zavrgel (3. točka izreka), ker je ugotovil, da ga je zagovornik javnega interesa vložil prepozno.

Gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper sta kot izbrana ponudnika vsak po Odvetniški pisarni Mužina, Žvipelj in partnerji, d. o. o., Ljubljana 15. 6. 2022 na portalu eRevizija vložila izjasnitev z dne 15. 6. 2022 in med drugim enako navedla, da je zahtevek za revizijo nepravčasen, zaradi česar ga je treba zavreči. Gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper sta še navedla, da zagovornik javnega interesa (oba sta ga sicer napačno označila kot »izbrani ponudnik«; opomba Državne revizijske komisije) »*vlaga zahtevek za revizijo v javnem interesu, zato ni razumeti, kako je lahko njegov cilj v tem postopku, da se sedanje pravno nedopustno stanje dovoljuje*«, saj »*[u]goditev zahtevku za revizijo bi namreč pomenilo, da bi se sedanje – brez javnega razpisa – sklenjene pogodbe še nadaljevale in dalje sklepale, to pa razumno ni mogoče sprejeti kot sledenje javnemu interesu*«, pa tudi, da je »*[v]sled tega, da je za sklop 6 vlagatelj zahtevka za revizijo družba LPP d.o.o., tam pa izbranega ponudnika ni bilo, gre podpreti pravilnost naročnikovega stališča, da se v zadevi uporabijo postopkovna pravila javnega naročanja, kot to tudi zatrjuje Računsko sodišče*«. Gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper sta se opredelila tudi do očitanih kršitev in utemeljila, zakaj niso podane, zato sta podredno predlagala zavrnitev zahtevka za revizijo. Gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper sta uveljavljala povrnitev stroškov.

Gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana je kot izbrani ponudnik 15. 6. 2022 na portalu eRevizija vložil izjasnitev z dne 15. 6. 2022 in med drugim navedel, da zagovornik javnega interesa nima pravnega interesa za uveljavljanje kršitev, ki se nanašajo na kršitev konkurenčnega prava, poleg tega pa vložitev zahtevka za revizijo ne sledi gospodarni in učinkoviti porabi javnih sredstev, saj bi ugoditev zahtevku za revizijo povzročila bistveno višje stroške naročniku, ki bi moral v novem postopku upoštevati vsa povišanja cen, ki so nastala od poteka roka za prejem ponudb sredi leta 2021 do vložitve zahtevka za revizijo in niso upoštevana v revalorizacijski klavzuli za ta posel. Gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana je navedel, da bi moral naročnik v primeru razveljavitve postopka plačati bistveno več. Gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana je tudi navedel, da zagovornik javnega interesa skuša zasledovati parcialne interese, ki se prekrivajo z zasebnimi interesi gospodarskega subjekta Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota, ne pa javnega interesa, niti ni dokazano, da je zagovornik javnega

interesa izvedel za kršitve šele 4. 4. 2022, saj je treba upoštevati še objave na portalu javnih naročil, zaradi česar je treba zahtevek za revizijo zavreči kot prepozen. Gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana je tudi opozoril na pravne podlage, ki se nanašajo na predmet, poleg tega zagovornik javnega interesa ni upošteval, da čeprav »[n]aročnik je res predmetno naročilo oblikoval tako, da gre za javnonaročniško razmerje, pri katere naj bi naročnik oziroma koncedent nosil poslovno tveganje (za razliko od koncesije, kjer bi tveganje v celoti prevladil na ponudnika), vendar Računsko sodišče v zahtevku za revizijo zavajajoče predstavlja, da naročnik nosi celotno tveganje, ponudniki pa po drugi strani ne prevzamejo nobenih tveganj, zaradi česar naj bi bilo naročilo zelo lukrativno, kar nikakor ne drži«, saj »kljub pravni obliki naročila oziroma pravnega razmerja iz predmetnega javnega naročila tudi ponudniki prevzemajo številna, nezanemarljiva, tveganja, med katera sodijo predvsem sledeča:« »investicije v sredstva«, »inflacijsko tveganje«, »zagotavljanje zadostnega števila voznikov« in »upravljanje«. Gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana se je opredelil tudi do očitanih kršitev in utemeljil, zakaj niso podane, zato je podredno predlagal zavrnitev zahtevka za revizijo.

Zagovornik javnega interesa je 17. 6. 2022 na portalu eRevizija vložil pritožbo z dne 17. 6. 2022 in predlagal, da se razveljavi 3. točka izreka sklepa št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022 in se naročniku naloži odločanje o zahtevku za revizijo oziroma da Državna revizijska komisija sprejme zahtevek za revizijo v obravnavo.

Naročnik je 21. 6. 2022 na portalu eRevizija vložil vlogo št. 430-39/2021/166-0242 z dne 20. 6. 2022, s katero se je izjasnil o navedbah iz pritožbe.

Zagovornik javnega interesa je 27. 6. 2022 na portalu eRevizija vložil vlogo z dne 27. 6. 2022, s katero se je izjasnil o navedbah iz vloge št. 430-39/2021/166-0242 z dne 20. 6. 2022.

Zagovornik javnega interesa je 7. 7. 2022 na portalu eRevizija vložil vlogo z dne 6. 7. 2022, s katero se je izjasnil o navedbah iz izjasnitev gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana z dne 15. 6. 2022.

Državna revizijska komisija je s sklepom št. 018-040/2022-34 z dne 12. 7. 2022 pritožbi ugodila in razveljavila odločitev, da se zavrne zahtevek za revizijo, kot je izhajala iz 3. točke sklepa št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022, pri čemer je naročnika napotila, da mora o zahtevku za revizijo, če ugotovi, da so izpolnjene postopkovne (procesne) predpostavke, odločiti v skladu s prvim odstavkom 28. člena ZPVPJN.

Naročnik je z dokumentom »Odločitev« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, ki ga je vložil 15. 7. 2022 na portalu eRevizija, odločil tako, da zahtevku za revizijo »zoper Odločitev o oddaji javnega naročila, št. 430-39/2021/70, z dne 18. 3. 2022 v vseh sklopih« »delno ugodil, tako da« »razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila v sklopu 5 (Pomurska)« (1. točka izreka), »v preostalem delu (v zvezi z zatrjevanjem kršitev, ki se nanašajo na vsebino dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (razpisne dokumentacije) in v delu argumentacije, ki se nanaša na obvezno preveritev iz tretje točke 43. člena Uredbe o GJS oziroma č) točke šestega odstavka 75. člena ZJN-3)« pa ga »zavrne« (3. točka izreka). Naročnik je odločil tudi o stroških, relevantnih za položaj zagovornika javnega interesa (4. točka izreka), ne pa tudi o stroških, ki sta jih priglasila gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper v izjasnitvah z dne 15. 6. 2022. 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 Zakona o nekaterih koncesijskih pogodbah (Uradni list RS, št. 9/2019; v nadaljevanju: ZNKP) določa izjemo, za katero se ZNKP ne uporablja, to pa je za koncesije za storitve javnega potniškega prevoza v smislu 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),
- 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 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) nedvoumno določa obliko podelitve koncesije, upošteva delitev tveganja *»(gre namreč za t.i. bruto model, kjer izvajalec ne nosi tveganja obsega realizacije)«*,
 - *»je pravilna tako izbira postopka kot tudi objava, nedvomno pa gre za koncesijo storitve v smislu določil veljavne zakonodaje«*,
 - poseben obrazec za objavo koncesije za storitve po ZJZP ne obstaja, prvi odstavek 43. člena ZJZP pa kaže na smiselno uporabo Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3),
 - je z objavo na portalu javnih naročil *»smiselno uporabil pravila, ki veljajo za objave v javnih naročilih, ter mu v tem delu ni mogoče očitati kršitev, saj je z objavo ravnal v celoti transparentno«*, *»ob drugačni interpretaciji«* pa *»bi lahko zgolj zaključili, da za koncesijo storitev po ZJZP objava na portalu enaročanje niti ni potrebna/zahtevana (je pa mogoča), pri čemer ob takšni argumentaciji sploh ne moremo govoriti o kakršnikoli kršitvi«*,
 - izvaja odprti postopek, saj nacionalno pravo ne ureja načinov oziroma vrst postopkov, po katerih naj bi se vodili postopki podelitve koncesij oziroma ZJZP določa smiselno uporabo ZJN-3, ZNKP pa se za ta predmet ne uporablja, zato je za objavo uporabil pravilen obrazec, pri čemer *»po najmanj ugodni interpretaciji postopka podelitve koncesije niti ne bi bilo potrebno objaviti na portalu e-naročanje, temveč zgolj na spletni strani naročnika, vendar pa naročnik lahko vedno objavi posamezno naročilo na portalu, tudi če to zakonsko ni obvezno«*,
 - je pri objavi drugega popravka med dodatnimi informacijami navedel, da podelitev koncesije za storitve ne temelji na ZNKP, kot je navedeno v oddelku 1 obrazca, *»vendar drugačna objava (tehnično) ni možna«*,
 - *»izrecno navaja, da je v skladu s stališči Evropske komisije "koncesija", ki je predmet postopka javnega razpisa, koncesija zgolj po imenski opredelitvi nacionalnega prava, kar je potencialnim ponudnikom nedvomno znano, zato je absurdno in neutemeljeno stališče vlagatelja, da je naročnik potencialne ponudnike z neustrezno obveščeno zavedel«*,
 - je s to zadevo neprimerljiva sodba v zadevi Komisija proti Italiji, C-382/05 z dne 18. 7. 2007, EU:C:2007:445, saj je bilo v tisti zadevi objavljeno le obvestilo o predhodnih informacijah, *»javni razpis pa (v nasprotju s predmetnim postopkom) ni bil objavljen«*,
 - je bilo merilo nastop v skupni ponudbi oziroma s podizvajalci določeno izključno z namenom zaščite malih podizvajalcev kot socialno merilo,
 - sklicevanje zagovornika javnega interesa na ceno 1,80 eurov na km v sklopu 5 dokazuje, da naročnik ni mogel utemeljeno pričakovati zgolj ponudbe s cenami 1,91 eurov na km do 1,95 eurov na km,
 - obstoječe in ponudbene cene sicer tudi ni mogoče primerjati zaradi različnosti modelov financiranja (neto in bruto model) in načinov njihove pridobitve (pogajanja in konkurenčni postopek),

- pravo javnih naročil spodbuja nastopanje s podizvajalci in naročnik ne more biti kaznovan, ker je spodbujal nastopanje s podizvajalci,
- noben gospodarski subjekt ni izpodbijal merila, ki nagrajuje nastopanje s podizvajalci, to merilo pa je sicer povezano s predmetom javnega naročila in ima močno socialno noto, pri čemer brez tega merila ponudniki ne bi v svoje ponudbe vključili manjših prevoznikov oziroma bi jih vključili v manjšem obsegu,
- je to merilo pomenilo za manjše prevoznike možnost sodelovanja,
- manjši podizvajalci ne bi zmogli oddati dopustne ponudbe, saj objektivno ne razpolagajo z zahtevanimi kapacitetami v posameznem sklopu,
- sodelovanje gospodarskih subjektov kot podizvajalcev več kot očitno pomeni »konkuriranje«, saj ponudniki ponudbe podizvajalca, ki bi bila »nekonkurenčna«, ne bi vključili v ponudbo, saj bi s tem tudi njihova ponudba postala »nekonkurenčna«,
- ni onemogočil združevanja manjših podizvajalcev,
- je to merilo skladno z načelom iz 4. člena ZJN-3,
- se zagovornik javnega interesa napačno osredotoča na »neposredno korist« ali »neposredno povezanost« merila z ekonomsko koristjo naročnika, čeprav je jasno, da socialna merila praktično brez izjeme zgolj posredno vplivajo na ekonomsko korist naročnika oziroma mu pogosto neposredno ekonomsko korist celo odvzamejo,
- bi se ob drugačnem tolmačenju socialnega merila zanikalo splošno korist socialnih meril,
- noben od potencialnih ponudnikov iz drugih držav članic Evropske unije ni na portalu javnih naročil podal pobude, postavil vprašanja ali opozoril na kršitev, kar brez možnosti nasprotnega ugovora potrjuje, da ni prišlo do kršitve, ti pa tudi niso vložili zahtevka za revizijo,
- je odgovor v povezavi z avtobusi, ki ga je citiral zagovornik javnega interesa, treba upoštevati v kontekstu zastavljenega vprašanja, ki ga je postavil domači gospodarski subjekt, ki je spraševal za tuje resurse, pri čemer je naročnik upošteval ureditev iz 19. in 20. člena ZPCP-2,
- zagovornik javnega interesa meša dejstvo pravice do najema vozila v tujini in registracijo tega vozila, pri čemer je iz podanega odgovora razvidno, da mora biti vozilo registrirano v Republiki Sloveniji, kar konkurence ne omejuje v ničemer, pri čemer zakonska obveznost registracije z najemom ni v ničemer povezana ali od nje kakorkoli odvisna,
- tudi druge države dovoljujejo prevoze v notranjem prometu samo z vozili, ki so registrirana v tisti državi,
- le citiranje napačnega člena za pravno kvalifikacijo razmerja ni relevantno, saj obveznost registracije vozila, ki jo je zahteval, obstaja po pravu Republike Slovenije,
- 3. točka drugega odstavka 43. člena Uredbe GJS določa enega izmed obveznih razlogov za izključitev, ki ga je v dokument »Razpisna dokumentacija« povzel v 7. točki poglavja 3.1 »Razlogi za izključitev ponudnika (75. člen ZJN-3)«, za dokazovanje, da ne obstaja, pa je določil predložitev izjave v obrazcu ESPD,
- navedbe zagovornika javnega interesa o postopkih pred Javno agencijo Republike Slovenije za varstvo konkurence (v nadaljevanju: AVK), začelih leta 2010 in končanih leta 2018, so pravno nerelevantne, predvsem pa niso dokaz o sedanjem ravnanju udeležencev na trgu,
- čeprav je 13. 5. 2021 in 22. 7. 2021 organiziral javna posveta za zainteresirano javnost, na skupnem posvetu še ni predstavil pogoja, da bo posamezni ponudnik lahko pridobil največ 55 % razpisanih kilometrov, zato zagovornik javnega interesa utemeljuje zahtevek za revizijo na napačni predpostavki,
- je javna posveta mogoče obravnavati kvečjemu kot preverjanje trga v smislu 64. člena ZJN-3,
- med postopkom ni zaznal nobenih okoliščin, ki bi nakazovale na kakršno koli dogovarjanje med gospodarskimi subjekti, zato tudi ni izpolnjen pogoj iz točke č šestega odstavka 75. člena ZJN-3, ki določa, kdaj je treba obvestiti AVK,
- je gospodarski subjekt Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper pri umiku ponudbe (za sklop 4) podrobno pojasnil, zakaj jo je umaknil, naročnik pa je vnovčil finančno zavarovanje,

- kolikor mu je znano, AVK »do tega trenutka« ni uvedla nobenega postopka,
- nižja cena izbranega ponudnika glede na neizbranega ponudnika ne pomeni dogovora z drugimi subjekti, temveč kvečjemu uporabo instituta neobičajno nizke cene,
- ni vezan na pravno opredelitev kršitve, ki jo je navedel zagovornik javnega interesa,
- je zagovornik javnega interesa za sklop 5 pravno napačno opredelil kršitev kot nepreveritev pogoja, temveč bi moral opredeliti kot nepreveritev neobičajno nizke ponudbe,
- se je kot dober gospodar odločil, da preveri dejansko stanje ponudbenih cen za sklop 5, zato je razveljavil odločitev o oddaji za sklop 5, »posledično naročnik ob smiselni uporabi 316. člena Zakona, ki ureja pravdni postopek, v revizijskem postopku pripozna tudi zahtevke za revizijo, ki ga je v sklopu 5 (Pomurska) vložil gospodarski subjekt Avtobusni promet Murska Sobota [...], in sicer v delu, ki se nanaša na vlagateljeva zatrjevanja glede naročnikove nepreveritve neobičajno nizke cene, tako da se odločitev naročnika v sklopu 5 v celoti razveljavi«.

Zagovornik javnega interesa je 19. 7. 2022 na portalu eRevizija vložil z vlogo z dne 18. 7. 2022 in predlagal začetek revizijskega postopka. Zagovornik javnega interesa je med drugim navedel, da:

- so napačne naročnikove navedbe, da je kot zagovornik javnega interesa pravno napačno opredelil kršitve v sklopu 5, saj je zatrjeval in dokazoval dejansko stanje in izpostavil kršitve, ki se nanašajo na vse sklope in na (ne)preveritev obveznega razloga za izključitev, ki se nanaša na sklenitev dogovora, katerega cilj ali učinek je preprečevati, omejevati ali izkrivljati konkurenco v vseh sklopih javnega naročila,
- je naročnik v 1. točki izreka sklepa št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 odločil o kršitvah, ki ji kot zagovornik javnega interesa nikoli ni uveljavljal, zato je odločil *extra petitum*, kar je relativna bistvena kršitev iz prvega odstavka 339. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN,
- je naročnik v 2. točki izreka sklepa št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 odločil o zahtevku za revizijo drugega vlagatelja, in sicer v odločitvi, ki naj bi se nanašala na zahtevek za revizijo zagovornika javnega interesa, kar predstavlja vsaj absolutno bistveno kršitev 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP,
- naročnik po vsebini ni ugodil zahtevku za revizijo, temveč ga je v celoti zavrnil, zato bi moral v skladu s prvim odstavkom 29. člena ZPVPJN že sam v treh delovnih dneh od sprejema odločitve zahtevke za revizijo in vso dokumentacijo posredovati v nadaljnjo obravnavo Državni revizijski komisiji, vendar je zaradi kršitve procesnih pravil sprejel napačno odločitev o delni ugoditvi zahtevku za revizijo, zato je v skladu z drugim odstavkom 29. člena ZPVPJN pred naročnikom vložil predlog za začetek revizijskega postopka.

Naročnik je z vlogo št. 430-39/2021/181-0242 z dne 22. 7. 2022, ki jo je vložil 22. 7. 2022 na portalu eRevizija, prerekal navedbe zagovornika javnega interesa iz vloge z dne 18. 7. 2022, pri čemer je pojasnil, da ni vezan na pravno opredelitev trditev zagovornika javnega interesa, ni pa niti odločil prek meja zahtevka za revizijo, saj predlog za razveljavitev postopka oddaje javnega naročila v celoti vključuje tudi možnost razveljavitve samo v delu, ki se nanaša na odločitev o oddaji. Naročnik je tudi navedel, da je javno naročilo v smislu Uredbe 1370/2007 opredeljeno drugače kot v nacionalni zakonodaji, pri tem pa je v ZPCP-2 določeno, da je predmet tega postopka oddaje gospodarska javna služba, pri čemer se podeljuje »posebna pravica«, da lahko določeno linijo izvaja samo izbrani koncesionar, zato je treba uporabiti 57. in 58. člen ZJZP v delu, ki določa izjemo, ko je akt izbire izvajalca javno-zasebnega partnerstva odločba. Ker je to javnonaročniška oblika javno-zasebnega partnerstva, pri katerem se izvede postopek ob smiselni uporabi ZJN-3, mora postopek najprej postati pravnomočen, nato pa naročnik na podlagi pravnomočne odločitve po uradni dolžnosti začne upravni postopek in v njem z odločbo podeli

koncesijo. Naročnik je zaključil, da s klasičnim javnim naročilom sploh ni mogoče podeliti koncesije, saj ZJN-3 tega ne predvideva.

Po pregledu posredovane dokumentacije ter preučitvi navedb zagovornika javnega interesa in naročnika, pa tudi glede na navedbe gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana, 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, sprejel odločitev o (ne)oddaji posameznih sklopov in to odločitev sporočil 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. Zagovornik javnega interesa je [glede na pravila o štetju rokov iz petega odstavka 1. člena ZPVPJN v povezavi s tretjo in četrto alineo 1. člena Zakona o praznikih in dela prostih dnevih v Republiki Sloveniji (Uradni list RS, št. 26/91-I s sprem.; v nadaljevanju: ZPDPD) glede na drugi odstavek 1. člena ZPDPD ter prvo alineo 2. člena ZPDPD in upošteva drugi odstavek 111. člena ZPP skupaj s tretjim odstavkom 112. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN 68. delovni dan po objavi dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022 na portalu javnih naročil vložil zahtevek za revizijo in izpodbijal naročnikova ravnanja, storjena pred potekom roka za prejem ponudb (napačna uporaba obvestila o koncesiji ter določitev dveh meril in enega izmed pogojev za priznanje tehnične sposobnosti), in naročnikova ravnanja, storjena po preteku roka za prejem ponudb, in sicer v zvezi s sprejemom odločitve o oddaji, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022. Naročnik je sprva zavrgel zahtevek za revizijo (3. točka izreka sklepa št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022), ker naj bi ga zagovornik javnega interesa vložil nepravočasno, vendar je po tem, ko je Državna revizijska komisija s sklepom št. 018-040/2022-34 z dne 12. 7. 2022 na podlagi pritožbe z dne 17. 6. 2022 razveljavila 3. točko izreka sklepa št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022, o zahtevku za revizijo odločil z dokumentom »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 tako, da mu »*delno ugoti, tako da se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila v sklopu 5 (Pomurska)*«, »*v preostalem delu*« pa »*se*« »*zavrne*«.

Državna revizijska komisija pojasnjuje, da prva poved iz 30. člena ZPVPJN določa, da se revizijski postopek začne, ko Državna revizijska komisija na podlagi prvega, drugega ali tretjega odstavka 29. člena ZPVPJN od naročnika prejme zahtevek za revizijo. Prvi odstavek 29. člena ZPVPJN ureja položaj, ko mora naročnik že na podlagi dejstva, da je zavrnil zahtevek za revizijo, zahtevek za revizijo posredovati v obravnavo Državni revizijski komisiji. Drugi odstavek 29. člena ZPVPJN pa ureja položaj, ko mora naročnik posredovati zahtevek za revizijo v obravnavo Državni revizijski komisiji šele na podlagi predloga za začetek revizijskega postopka, ki ga pri naročniku vložijo vlagatelj takrat, ko je naročnik zahtevku za revizijo ugodil in le delno razveljavil postopek javnega naročanja. V slednjem primeru mora vlagatelj predlagati začetek revizijskega postopka v treh delovnih dneh od prejema naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo. Ker je bil dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 objavljen na portalu javnih naročil 15. 7. 2022 (petek), se upoštevajoč četrto poved iz četrtega odstavka 13.a člena ZPVPJN šteje, da je bil 15. 7. 2022 vročen zagovorniku javnega interesa. Rok treh delovnih dni iz prve povedi iz drugega odstavka 29. člena ZPVPJN bi upoštevaljoč pravila o štetju rokov iz petega odstavka 1. člena ZPVPJN in drugega odstavka 111. člena ZPP skupaj s tretjim odstavkom 112. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN ter prvo povedjo iz četrtega odstavka 13.a člena ZPVPJN potekel s pretekom 20. 7. 2022 (sreda). Zagovornik javnega interesa je že 19. 7. 2022 na portalu javnih naročil vložil vlogo z dne 18. 7. 2022 in torej znotraj treh delovnih dni iz prve povedi iz drugega odstavka 29. člena ZPVPJN. Naročnik je Državno revizijsko komisijo 22. 7. 2022 prek portala eRevizija seznanil z vlogo z dne 18. 7. 2022, zaradi obravnave več zahtevkov

za revizijo in drugih vlog različnih vlagateljev in zagovornikov javnega interesa pa je bila Državna revizijska komisija glede na tehnične danosti portala eRevizija že seznanjena z zahtevkom za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa. Naročnik je 22. 7. 2022 pri posredovanju dokumentacije prek portala eRevizija uporabil možnost (odredbo, ukaz) »*Odstop posameznega dokumenta*«, 28. 7. 2022 pa je uporabil možnost (odredbo, ukaz) »*Odstop celotne dokumentacije za začetek revizijskega postopka*«. Iz teh podatkov je razvidno, da je naročnik posredoval Državni revizijski komisiji zahtevek za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, in Državna revizijska komisija se je z njim seznanila.

Neodvisno od tega, ali bi bilo treba sprejeti stališče zagovornika javnega interesa iz vloge z dne 18. 7. 2022, da naročnik po vsebini ni ugodil zahtevku za revizijo, temveč ga je v celoti zavrnil in bi zato moral v skladu s prvim odstavkom 29. člena ZPVPJN že sam v treh delovnih dneh od sprejema odločitve posredovati zahtevek za revizijo Državni revizijski komisiji, ali pa bi bilo treba upoštevati, da je bil zagovornik javnega interesa v položaju, ki ga določa drugi odstavek 29. člena ZPVPJN, čeprav se drugi odstavek 29. člena ZPVPJN izrecno sklicuje le na vlagatelja, ne pa tudi zagovornika javnega interesa (vendar bi bilo zaradi analogije položajev treba drugi odstavek 29. člena ZPVPJN obravnavati za zagovornika javnega interesa enako kot za vlagatelje, ki nimajo statusa zagovornikov javnega interesa, saj položaj molka naročnika v smislu tretjega odstavka 29. člena ZPVPJN ni podan, prvi odstavek 29. člena ZPVPJN pa ne bi bil uporabljen, ko naročnik ugotovi zahtevek za revizijo in le delno razveljavi postopek javnega naročanja), je treba upoštevati, da je Državna revizijska komisija od naročnika (prek portala eRevizija, kot to določa prva poved iz drugega odstavka 13.a člena ZPVPJN) prejela zahtevek za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa. Razjasnjevanje, po kateri pravni podlagi (bodisi prvem bodisi drugem odstavku 29. členu ZPVPJN) bi ga morala prejeti, v konkretni zadevi tako ni bistveno. Prejela ga je namreč bodisi po eni bodisi po drugi, na kar ne vpliva možnost (odredba, ukaz), ki jo je uporabil naročnik na portalu eRevizija, saj je ta možnost (odredba, ukaz) le tehnično opravilo.

Izhajajoč iz predhodno navedenega je Državna revizijska komisija prejela zahtevek za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa in zato bi bili izpolnjeni pogoji iz prve povedi iz 30. člena ZPVPJN za začetek revizijskega postopka. Vendar pa Državna revizijska komisija dodaja, da se revizijski postopek, kot ga ureja ZPVPJN, lahko začne le, če se o zadevi, v zvezi s katero je med zagovornikom javnega interesa in naročnikom spor, odloča v postopku pravnega varstva, ki ga določa ZPVPJN. Če bi se namreč o sporu odločalo v katerem drugem postopku, za katerega ne bi bila pristojna Državna revizijska komisija, se revizijski postopek, kot ga ureja ZPVPJN, ne bi mogel začeti, ker vloga, čeprav vložena kot zahtevek za revizijo v smislu ZPVPJN, ne bi bila zahtevek za revizijo v smislu ZPVPJN. V prvi alineji prvega odstavka 1. člena ZPVPJN je namreč določeno, da se z ZPVPJN ureja pravno varstvo ponudnikov in kandidatov, naročnikov in javnega interesa, vključno s pravnim varstvom obrambnega in varnostnega interesa, v postopkih oddaje javnih naročil. Pravno varstvo po ZPVPJN se – upoštevajoč tolmačenje 62. člena ZJZP – zagotavlja tudi v primeru, ko se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradenj, sicer pa ne, ker se ga zagotavlja v upravnem sporu (63. člen ZJZP). Pravno varstvo po ZPVPJN pa se – upoštevajoč prvi odstavek 54. člena ZNKP – zagotavlja tudi v postopkih izbire koncesionarja po ZNKP. Vendar se ZNKP glede na izjemo iz 18. točke prvega odstavka 11. člena ZNKP ne bi uporabljal za podelitev koncesije za predmet, kot ga je razpisal naročnik, če bi bilo treba zaključiti, da naročnik oddaja koncesijo za storitve in ne javnega naročila storitev (prim. tudi sklepe št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022, 018-040/2022-34 in 018-040/2022-35, oba z dne 12. 7. 2022, 018-040/2020-47 z dne 26. 7. 2022 ter 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022).

Državna revizijska komisija je vprašanje, ali se o zadevi, v zvezi s katero je med zagovornikom javnega interesa in naročnikom spor, odloča v postopku pravnega varstva, ki ga določa ZPVPJN, razjasnila že pri obravnavi pritožbe, ki jo je vložil zagovornik javnega interesa. Državna revizijska

komisija je namreč v sklepu št. 018-040/2022-34 z dne 12. 7. 2022, s katerim je odločila o pritožbi zagovornika javnega interesa, pojasnila vsebinsko enako, kot je že pojasnila pred tem v sklepu št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022, ko je odločila o zahtevku za revizijo vlagatelja Ljubljanski potniški promet, d. o. o., Ljubljana. Državna revizijska komisija je enako pojasnila tudi v kasnejših sklepih, in sicer št. 018-040/2020-47 z dne 26. 7. 2022 in 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022. Za ugotovitev, ali gre v primeru določenega pogodbenega razmerja za koncesijo ali javno naročilo, se uporablja izključno pravo Evropske unije in zato ni pomembno, kako je razmerje opredeljeno v pravnem redu države članice (Sodišče Evropske unije, 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). Državna revizijska komisija je pogodbeno razmerje iz tega postopka v vseh teh izpostavljenih sklepih analizirala ob upoštevanju izhodišča izključne uporabe prava Evropske unije, pri čemer je navedla, da sta razlikovalna znaka med koncesijo za storitve in javnim naročilom storitev, prvič, plačilo za opravljanje storitev in, drugič, razporeditev operativnega tveganja, ter na podlagi upoštevanja pravno relevantnih dejstev, pri čemer se je opredelila tudi do stališč gospodarskega subjekta Nomago, d. o. o., Ljubljana v zvezi s tveganji (gl. sklepa št. 018-040/2022-34 in 018-040/2022-35, oba z dne 12. 7. 2022), zaključila, da pri pogodbenem razmerju iz tega postopka naročnik nosi vsaj večino operativnega tveganja, kar je lastnost javnega naročila storitev in ne koncesije za storitve. Državna revizijska komisija je zato tudi v zvezi z zahtevkom za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, upoštevala izhodišče, ali je naročnik kršil pravila, ki urejajo oddajo javnih naročil (storitev), kar je uveljavljal tudi zagovornik javnega interesa. Državna revizijska komisija bo v nadaljevanju obrazložitve tega sklepa za namen reševanja zahtevka za revizijo tudi podrobneje pojasnila to stališče, uvodoma pa ga je povzela le na kratko, da lahko ugotovi svojo pristojnost za reševanje zadeve.

Zagovornik javnega interesa je v vlogi z dne 18. 7. 2022 navedel, da je naročnik s 1. točko izreka dokumenta »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 odločil *extra petitum*, ko »*je delno ugodil navedbam računskega sodišča, ki se nanašajo na (ne)preveritev neobičajno nizke cene v ponudbah za sklop 5 tega javnega naročila*«, ker je štél, da je zagovornik javnega interesa napačno pravno kvalificiral očitano kršitev. Zagovornik javnega interesa je navedel, da je podana kršitev iz prvega odstavka 339. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik s 1. točko izreka dokumenta »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 razveljavil odločitev o oddaji za sklop 5, kot je izhajala iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022. Četudi bi se morebiti ugotovilo, da zagovornik javnega interesa ni navedel napačne pravne kvalifikacije za očitano kršitev, zaradi katere je naročnik razveljavil odločitev o oddaji za sklop 5, kot je izhajala iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, to ne spremeni dejstva, da je odločitev o oddaji za sklop 5, kot je izhajala iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, razveljavljena. Razveljavljena pa je zato, ker je tako odločil naročnik v predrevizijskem postopku po obravnavi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa. Ena izmed posledic v zvezi s postopkom oddaje (odločitev o oddaji za določen sklop je namreč del postopka oddaje, saj naročnik odločitev o oddaji sprejme med postopkom oddaje) je tako torej že nastala. Ta odločitev, ki jo je naročnik tudi izrecno sprejel na podlagi druge alineje prvega odstavka 28. člena ZPVPJN, je pravnomočna (šesti odstavek 28. člena ZPVPJN). Za položaj zagovornika javnega interesa, ki je z zahtevkom za revizijo uveljavljal, da se v celoti razveljavi postopek oddaje (torej postopek za »*Izbiro koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije*«), tako ne more biti relevantno, iz katerih razlogov je naročnik razveljavil del postopka oddaje. Bistveno je namreč, da je naročnik del postopka oddaje razveljavil, četudi iz morebiti napačnih razlogov. Državna revizijska komisija tudi ni organ, ki bi instančno preizkušal naročnikovo (vsebinsko, meritorno) odločitev o zahtevku za revizijo, saj tudi Državna revizijska

komisija, kot to izhaja iz prvega in drugega odstavka 39. člena ZPVPJN, odloča le o zahtevku za revizijo. Res je sicer, da je v prvi povedi iz tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN določeno, da mora Državna revizijska komisija pri odločanju o zahtevku za revizijo upoštevati tudi navedbe naročnika in se upošteva 38. člen ZPVPJN do njih opredeliti. Vendar te določbe ZPVPJN ni mogoče razumeti, da bi Državni revizijski komisiji vzpostavljala dolžnost »akademske razprave« o že pravnomočni odločitvi o zahtevku za revizijo, s katero je naročnik razveljavil svojo odločitev iz postopka oddaje, temveč je relevantna takrat, ko je treba za dosego posledice, za katero si z navajanjem kršitev prizadevata vlagatelj oziroma zagovornik javnega interesa, še razrešiti spor med vlagateljem oziroma zagovornikom javnega interesa in naročnikom. Neodvisno od tega, ali bi se postopku pravnega varstva lahko zagovornik javnega interesa (ali vlagatelj sicer) uspešno skliceval na prvi odstavek 339. člena ZPP, z vidika posledice, ki jo je zagovornik javnega interesa že dosegel v zvezi z oddajo za sklop 5, se ta določba ZPP izkaže vsaj kot nepomembna. Iz navedenega je zato treba tudi ugotoviti, da tudi v primeru, če bi v predrevizijskem postopku morebiti lahko obstajala kršitev, ker bi naročnik odločil *extra petitum*, take kršitve v tem primeru ni bilo. Sicer pa Državna revizijska komisija spominja, da je že v zadevi št. 018-204/2019, kasneje pa tudi zadevi št. 018-086/2020, pojasnila, ker naročnikova odločitev, ki temelji na drugi alineji prvega odstavka 28. člena ZPVPJN, postane pravnomočna že v predrevizijskem postopku (šesti odstavek 28. člena ZPVPJN), Državna revizijska komisija vanjo ne more več poseči in se pred njo ne more v zvezi s tistim delom javnega naročila, v zvezi s katerim je naročnik sprejel odločitev iz druge alineje prvega odstavka 28. člena ZPVPJN, niti začeti revizijski postopek, saj vloga, s katero vlagatelj zahteva začetek revizijskega postopka, ne glede na poimenovanje po vsebini ne predstavlja predloga za začetek revizijskega postopka v smislu prve povedi iz drugega odstavka 29. člena ZPVPJN.

Državna revizijska komisija se ne strinja s stališčem zagovornika javnega interesa iz vloge z dne 18. 7. 2022, da je naročnik v 2. točki izreka dokumenta »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 odločil o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota. Naročnik je sprva sicer zavrnil zahtevek za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota (dokument št. 430-39/2021/108-0242 z dne 22. 4. 2022), vendar ga je nato v dokumentu št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, s katerim je odločil o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, »*pripoznal*«, zaradi česar »*se odločitev naročnika v sklopu 5 v celoti razveljavi*«. Ne glede na to, da naročnik med revizijskim postopkom ne more več (vsebinsko, meritorno) odločiti o zahtevku za revizijo, saj lahko o njem (vsebinsko, meritorno) odloča le v predrevizijskem postopku (prva alineja 2. člena ZPVPJN, prim. z drugo alinejo 2. člena ZPVPJN), iz dokumenta št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 izhaja, da je naročnik zaradi sprejete odločitve o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, želel, da niti za primer zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj, več ne ostane v veljavi odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 5, kot je izhajala iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, in sicer zaradi razlogov, ki jih je navedel v dokumentu št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022. Naročnik je torej s tem ravnanjem, ki je nastalo kot posledica obravnave zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, upošteval, da je vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota upravičen do ene izmed posledic, ki jih je zasledoval z zahtevkom za revizijo. Naročnik je v dokumentu št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 odločal o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, ravnanja z zahtevkom za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota (2. točka izreka), pa ni mogoče šteti za odločanje o zahtevku za revizijo v smislu odločanja v predrevizijskem postopku, saj predrevizijski postopek v zvezi z zahtevkom za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota, v času odločanja o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, ni več potekal. To jasno izhaja tudi iz 2. točke izreka dokumenta št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, saj je naročnik podal izjavo, s katero je upošteval, da je vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota upravičen do ene izmed posledic, ki jih je zasledoval

z zahtevkom za revizijo, kot je sam izrecno navedel, »v revizijskem postopku« (gl. tudi sklep št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022). Naročnik je namreč že 3. 5. 2022 prek portala eRevizija Državni revizijski komisiji posredoval zahtevek za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota, zaradi česar se je revizijski postopek, ki se je nanašal na obravnavo zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota, začel že 3. 5. 2022. Neodvisno od tega, ali bi bilo mogoče v revizijskem postopku uspešno uveljaviti kršitev 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN zaradi sprejete odločitve v predrevizijskem postopku, Državna revizijska komisija ugotavlja, da kršitev te določbe ne bi mogla biti podana zaradi razloga, ki ga je navedel zagovornik javnega interesa. Sicer pa je iz dokumenta »Odločitev« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 mogoče ugotoviti jasno razmejitev med odločitvijo o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, in izjavo, ki se nanaša na položaj vlagatelja Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota.

Gospodarski subjekt Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana so vsak v svoji vlogi z dne 15. 6. 2022 navedli posamezne razloge, zakaj niso izpolnjene postopkovne (procesne) predpostavke za obravnavo zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, navedli pa so tudi posamezne razloge, s katerimi so nasprotovali navedbam zagovornika javnega interesa glede utemeljenosti zahtevka za revizijo.

Državna revizijska komisija najprej pojasnjuje, da je v prvem odstavku 3. člena ZPVPJN določeno, da je stranka predrevizijskega postopka lahko gospodarski subjekt, kot ga določa zakon, ki ureja javno naročanje, ki vloži zahtevek za revizijo, ali zagovornik javnega interesa iz drugega odstavka 6. člena ZPVPJN, v drugem odstavku 3. člena ZPVPJN pa je določeno, da je stranka revizijskega postopka lahko gospodarski subjekt, kot ga določa zakon, ki ureja javno naročanje, ki v predrevizijskem postopku vloži zahtevek za revizijo, ali zagovornik javnega interesa, pa tudi naročnik ali drug subjekt, ki po zakonu, ki ureja javno naročanje, izvaja ali bi moral izvajati postopek javnega naročanja. Iz prvega in drugega odstavka 3. člena ZPVPJN je razvidno, da neposredno ne urejata položaja v postopku pravnega varstva po ZPVPJN subjektov, kot so gospodarski subjekt Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana. Položaj gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana v postopku pravnega varstva po ZPVPJN ureja tretji odstavek 3. člena ZPVPJN, ki v prvi povedi določa, da se ima pravico udeleževati predrevizijskega in revizijskega (pa tudi sodnega) postopka tudi ponudnik, čigar ponudbo je naročnik izbral kot najugodnejšo, pri čemer ZPVPJN takega ponudnika za namene ZPVPJN poimenuje kot »izbrani ponudnik«. V drugi povedi iz tretjega odstavka 3. člena ZPVPJN je določeno, da »v tem primeru« ima izbrani ponudnik enake pravice in dolžnosti kot stranka, če zakon ne določa drugače. Besedilo »v tem primeru« se nanaša na položaj iz prve povedi iz tretjega odstavka 3. člena ZPVPJN, ki je relevanten za gospodarske subjekte, ko naročnik izbere najugodnejšo ponudbo, kar je, kot že navedeno, položaj, ki se je zgodil v postopku oddaje javnega naročila v zvezi s sklopi, v katerih je naročnik izbral ponudbe gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana.

Kadar se zahtevek za revizijo vloži zoper odločitev o oddaji javnega naročila, mora naročnik skladno s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN kopijo zahtevka najpozneje v treh delovnih dneh od prejema posredovati izbranemu ponudniku. Izbrani ponudnik se lahko skladno z drugim odstavkom 27. člena ZPVPJN v treh delovnih dneh od prejema zahtevka za revizijo naročniku izjasni o navedbah vlagatelja. Kot to določa prvi odstavek 27. člena ZPVPJN, mora naročnik obvestiti izbranega ponudnika o vložitvi zahtevka za revizijo, pri čemer je to takrat, ko se zahtevek za revizijo vloži zoper odločitev o oddaji javnega naročila. ZPVPJN (s tem pa niti ne prvi odstavek 27. člena ZPVPJN) ne določa, da mora naročnik obvestiti gospodarske subjekte o zahtevku za

revizijo, ki je vložen zoper vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe (tj. povabilo k predložitvi ponudb) ali razpisno dokumentacijo (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila). Prvi odstavek 27. člena ZPVPJN tudi ne določa, kdo je subjekt, ki je vložil zahtevek za revizijo, saj je napisan brezosebno. Iz tega je mogoče sklepati, da bi se položaj iz prvega odstavka 27. člena ZPVPJN lahko nanašal tudi na zahtevek za revizijo, ki ga vloži zagovornik javnega interesa. Čeprav je v drugem odstavku 27. člena ZPVPJN izrecno omenjen le vlagatelj, je po analogiji položajev glede na brezosebno določitev prvega odstavka 27. člena ZPVPJN treba upoštevati, da se položaj nanaša tudi na zahtevek za revizijo, ki ga vloži zagovornik javnega interesa. Vendar drugega odstavka 27. člena ZPVPJN ni mogoče tolmačiti neodvisno od prvega odstavka 27. člena ZPVPJN glede na tretji odstavek 3. člena ZPVPJN. Gospodarski subjekti se imajo glede na tako ureditev v ZPVPJN možnost izjasniti o navedbah iz zahtevka za revizijo, ko je vložen zoper odločitev o oddaji javnega naročila, ne pa tudi o navedbah iz zahtevka za revizijo, ko je vložen zoper vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe (tj. povabilo k predložitvi ponudb) ali razpisno dokumentacijo (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila). ZPVPJN v prvem odstavku 27. člena z uporabo predloga »zoper« napotuje na tisto, na kar se nanaša zahtevek za revizijo. Drugačno tolmačenje bi bilo mogoče, če bi bilo določeno drugačno besedilo in bi bil uporabljen drug predlog, ki ne bi omejeval tolmačenja zakonskega besedila na vsebino, temveč npr. na čas (»... vloži po sprejemu odločitve ...«). Ker ZPVPJN ne določa, da se izbrani ponudnik lahko izjasni o navedbah iz zahtevka za revizijo, ko je vložen zoper vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe (tj. povabilo k predložitvi ponudb) ali razpisno dokumentacijo (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), Državna revizijska komisija ugotavlja, da ZPVPJN ne omogoča gospodarskim subjektom Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana, da se lahko izjasnijo o delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila). Vendar četudi so se gospodarski subjekti Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana, izjasnili tudi o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), prve povedi iz tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN, ki Državno revizijsko komisijo zavezuje, da mora pri odločanju upoštevati tudi navedbe izbranega ponudnika in se upošteva 38. člen ZPVPJN do njih opredeliti, ni mogoče tolmačiti neodvisno od celotne ureditve iz ZPVPJN. Državna revizijska komisija se zato tako niti na podlagi prve povedi iz tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN ni dolžna opredeliti do tistih navedb gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana, ki jih sicer ne bi bili upravičeni podatki v postopku pravnega varstva po ZPVPJN. Državna revizijska komisija zato ni upoštevala navedb gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana iz vlog z dne 15. 6. 2022, s katerimi so se izjasnili o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila).

Ker ZPVPJN ne omogoča gospodarskim subjektom Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana, da se lahko izjasnijo o delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), zaradi česar Državni revizijski komisiji ni treba upoštevati navedb gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana iz vlog z dne 15. 6. 2022, s katerimi so se izjasnili o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), je treba tudi upoštevati, da zagovornik javnega interesa ne more pridobiti »pravice«, da uspešno uveljavi svoja stališča iz vloge z dne 6. 7. 2022 v zvezi z navedbami gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana iz vlog z dne 15. 6. 2022, ki se nanašajo na tisti del

zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila).

Ne glede na predhodno navedeno je Državna revizijska komisija pri predhodnem preizkusu zahtevka za revizijo v smislu 31. člena ZPVPJN upoštevala tudi stališča gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana glede izpolnjevanja postopkovnih (procesnih) predpostavk za sprejem zahtevka za revizijo v obravnavo, saj je iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN razvidno, da Državna revizijska komisija po uradni dolžnosti preveri, ali so postopkovne (procesne) predpostavke za sprejem zahtevka za revizijo v obravnavo izpolnjene, pri čemer iz 31. člena ZPVPJN ne izhaja, da bi obstajala omejitev, zaradi katere ne bi smela pri tem preizkusu upoštevati stališč gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana. Državna revizijska komisija tako drugače kot pri odločanju o zahtevku za revizijo zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), ko ugotavlja zakonitost ravnanja naročnika v postopku oddaje javnega naročila, pri preizkusu zahtevka za revizijo po 31. členu ZPVPJN ne odloča o vsebini zahtevka za revizijo [in tudi ne o tem, ali je naročnik morebiti navedel razloge, zaradi katerih bi lahko utemeljil, da je v postopku oddaje javnega naročila ravnal zakonito, čeprav vlagatelj oziroma zagovornik javnega interesa uveljavlja, da so njegova ravnanja nezakonita; izbrani ponudnik sicer tudi ne bi mogel prevzemati vloge naročnika, kar bi bilo zlasti razvidno v primeru »molka naročnika« iz prve povedi iz četrtega odstavka 20. člena ZPVPJN, pa tudi ne bi mogel prodreti s svojimi stališči, če bi naročnik zavzel stališča, ki so njegovim nasprotna (npr. če bi naročnik štel, da je ravnal nezakonito in bi razveljavil postopek oddaje javnega naročila, vlagatelj ne bi mogel naročniku prepričati, da v predrevizijskem postopku sprejme odločitev o razveljavitvi postopka oddaje javnega naročila)]. Upoštevanje tudi stališč gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana glede izpolnjevanja postopkovnih (procesnih) predpostavk za sprejem zahtevka za revizijo v obravnavo torej omogoča Državni revizijski komisiji, da s še dodatnih zornih kotov in s tem vsestransko po 31. členu ZPVPJN preizkusi zahtevke za revizijo in ugotovi, ali so izpolnjene postopkovne (procesne) predpostavke, da ga sprejme v obravnavo.

O pravočasnosti se je Državna revizijska komisija izrekla že v sklepu št. 018-040/2022-34 z dne 12. 7. 2022. Državna revizijska komisija je ugotovila, da je zagovornik javnega interesa zahtevke za revizijo vložil pravočasno.

Računsko sodišče je zagovornik javnega interesa iz drugega odstavka 6. člena ZPVPJN in skladno s prvim odstavkom 6. člena ZPVPJN lahko uveljavlja pravno varstvo javnega interesa pod pogoji, določenimi v 6. členu ZPVPJN, pri čemer se za namen ZPVPJN šteje, da gre za javni interes, če obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi, javno varnost ali oškodovanje premoženja večje vrednosti. Čeprav je zagovornik javnega interesa predlagal razveljavitev postopka za »Izbiro koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije« v celoti, naročnik pa je izvedel postopek oddaje, da bi popravil položaj, v katerem se je znašel, ker naj bi do sedaj sklepal pogodbe o izvajanju predmeta, ne da bi pošiljal obvestil v objavo na portal javnih naročil in v Dodatek k Uradnemu listu Evropske unije, to ne pomeni, da ni mogoče šteti, da zagovornik javnega interesa ni vložil zahtevka za revizijo v javnem interesu. Kot je razvidno iz zahtevka za revizijo (in sicer ne glede na to, ali je zahtevek za revizijo utemeljen, ker se to lahko ugotovi šele po vsebinski, meritorni obravnavi), si zagovornik javnega interesa z uveljavljanjem kršitev, da bi se v celoti razveljavil postopek za »Izbiro koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije«, prizadeva, da bi naročnik zakonito izvedel postopek za »Izbiro koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije«, s čimer bi omogočil sodelovanje širšemu krogu gospodarskih subjektov oziroma pod drugačnimi pogoji in z upoštevanjem drugačnih meril, kar bi lahko vplivalo na cene

predmeta. Tako ni mogoče šteti, da zagovornik javnega interesa ne vlaga zahtevka za revizijo, ker ne bi obstajala nevarnost za oškodovanje premoženja večje vrednosti. Ocena o obstoju tega elementa je sicer prepuščena zagovorniku javnega interesa, da se odloči, ali bo vložil zahtevek za revizijo. Navedbe gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper, da bi razveljavitev postopka za *»Izbiro koncesionarjev za izvajanje gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije«* v celoti pomenila nadaljevanje nezakonitega stanja, ker sedanje pogodbe ne temeljijo na izvedenem postopku, ne morejo biti odločilne, ker bi njihov sprejem pomenil, da naročniku pri izvedbi postopka ne bi bilo treba ravnati zakonito, za zakonito izvedbo postopka pa si, kot je bilo že navedeno, prizadeva zagovornik javnega interesa, ki je vložil zahtevek za revizijo. Zavrnuti je treba tudi navedbe gospodarskega subjekta Nomago, d. o. o., Ljubljana, da javni interes ni podan tudi zato, ker vložitev zahtevka za revizijo ne sledi gospodarni in učinkoviti porabi javnih sredstev, saj bi ugoditev zahtevku za revizijo povzročila bistveno višje stroške naročniku, ki bi moral v novem postopku upoštevati vsa povišanja cen, ki so nastala od poteka roka za prejem ponudb sredi leta 2021 do vložitve zahtevka za revizijo in niso upoštevana v revalorizacijski klavzuli za ta posel, saj je treba upoštevati, da mora naročnik postopek izvesti zakonito, kakšne cene bodo ponujene, pa je odvisno od vsakega posameznega gospodarskega subjekta, ki bi sodeloval v postopku, ne pa od vnaprejšnjega ugibanja ali predvidevanja. Že na podlagi dejstva, da se posamezne kršitve, ki jih je uveljavljal zagovornik javnega interesa, nanašajo na položaje, ki lahko vplivajo na vse gospodarske subjekte, z njihovim uveljavljanjem pa si zagovornik javnega interesa prizadeva, da bi naročnik ravnal zakonito, je treba zavrniti tudi navedbe gospodarskega subjekta Nomago, d. o. o., Ljubljana, da javni interes ni podan, ker zagovornik javnega interesa skuša zasledovati parcialne interese, ki se prekrivajo z zasebnimi interesi gospodarskega subjekta Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota.

Iz ZPVPJN ne izhaja, da določa kakšno omejitev, katere kršitve lahko v javnem interesu uveljavlja zagovornik javnega interesa oziroma da morajo biti te nujno povezane s pristojnostmi, ki jih ima zagovornik javnega interesa po matičnih predpisih, zato je treba zavrniti navedbe gospodarskega subjekta Nomago, d. o. o., Ljubljana, da zagovornik javnega interesa nima pravnega interesa za uveljavljanje kršitev, ki se nanašajo na kršitev konkurenčnega prava. Državna revizijska komisija pri tem ni ugotavljala, ali bi se v takem primeru res odpiralo vprašanje obstoja pravnega interesa. Pri tem je treba opozoriti, da je vprašanje, kaj sme zagovornik javnega interesa uveljavljati v zahtevku za revizijo, drugačno od vprašanja, ali bi bilo mogoče na podlagi tega, kar je zagovornik javnega interesa uveljavljal v zahtevku za revizijo, ugotoviti kršitev pravil javnega naročanja in na taki podlagi sprejeti odločitev o razveljavitvi, kot to določa ZPVPJN (za naročnika v drugi alineji prvega odstavka 28. člena ZPVPJN, za Državno revizijsko komisijo pa v drugi alineji prvega odstavka 39. člena ZPVPJN), saj je slednje namreč vprašanje vsebinskega (meritornega), ne pa postopkovnega (procesnega) odločanja o zahtevku za revizijo. Glede na navedeno Državni revizijski komisiji ni bilo treba ugotavljati, ali je zagovornik javnega interesa v zahtevku za revizijo uveljavljal le kršitve, ki se nanašajo na javno naročanje, in bi torej gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana navedbe zagovornika javnega interesa napačno tolmačil. Če bi se namreč potrdilo, da je gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana navedbe zagovornika javnega interesa napačno tolmačil, ker bi zagovornik javnega interesa uveljavljal le kršitve, ki se nanašajo na javno naročanje, bi bilo še toliko bolj očitno, da navedba gospodarskega subjekta Nomago, d. o. o., Ljubljana ni utemeljena.

Tretji odstavek 16. člena ZPVPJN določa, da se v predrevizijskem in revizijskem postopku ne presojajo očitane kršitve, ki se nanašajo na vsebino objave, povabilo k oddaji ponudb ali razpisno dokumentacijo, če bi lahko vlagatelj ali drug morebitni ponudnik prek portala javnih naročil naročnika opozoril na očitano kršitev, pa te možnosti ni uporabil; šteje se, da bi vlagatelj ali drug morebitni ponudnik prek portala javnih naročil lahko opozoril na očitano kršitev, če je bilo v postopku javnega naročanja na portalu javnih naročil objavljeno obvestilo o naročilu, na podlagi

katerega ponudniki oddajo prijave ali ponudbe. Kot je razvidno iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN, se ta izrecno sklicuje na vlagatelja ali drugega morebitnega ponudnika, ne pa tudi na zagovornika javnega interesa. Iz navedbe »vlagatelj ali drug morebitni ponudnik« tako izhaja, da tretji odstavek 16. člena ZPVPJN izrecno ureja položaje, ki se nanašajo na gospodarske subjekte, ne ureja pa izrecno položaja, da bi moral tudi zagovornik javnega interesa opozoriti na očitano kršitev prek portala javnih naročil. Vendar Državna revizijska komisija ne more šteti, da bi bilo treba tretji odstavek 16. člena ZPVPJN po analogiji tolmačiti tako, da se nanaša tudi na položaj zagovornika javnega interesa, če zagovornik javnega interesa v postopku pravnega varstva ne nastopa v položaju potencialnega ponudnika (če bi to lahko bil, česar Državna revizijska komisija zaradi nepomembnosti za rešitev zadeve ni ugotavljala), saj bi bila sicer ureditev štetja rokov iz osmega odstavka 25. člena ZPVPJN, ki se nanaša na položaj zagovornika javnega interesa, nesmiselna. Kot je namreč Državna revizijska komisija ugotovila v sklepu št. 018-040/2022-34 z dne 12. 7. 2022, za zagovornika javnega interesa ne obstaja dolžnost, na podlagi katere bi moral spremljati objave na portalu javnih naročil. Če taka dolžnost zanj ne obstaja, potem ni mogoče utemeljeno pričakovati, da bi moral opozarjati na kršitve prek portala javnih naročil. Tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN v položaju, ko zagovornik javnega interesa v postopku pravnega varstva po ZPVPJN ne nastopa kot potencialni ponudnik, tako ni mogoče utemeljeno tolmačiti, da tudi od zagovornika javnega interesa zahteva, da naročnika prek portala javnih naročil opozori na očitano kršitev.

Ne ZJN-3 ali ZJZP ne ZPVPJN ne izključujejo možnosti vložitve zahtevka za revizijo, ki se nanaša na vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe (tj. povabilo k predložitvi ponudb) ali razpisno dokumentacijo (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), zoper kakšno naročnikovo ravnanje, zato je zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, dopusten v smislu ureditve iz prvega odstavka 5. člena ZPVPJN.

Državna revizijska komisija tako ugotavlja, da zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, izpolnjuje pogoje iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, zato ga je skladno z drugim odstavkom 31. člena ZPVPJN sprejela v obravnavo. Ker je Državna revizijska komisija sprejela zahtevka za revizijo v obravnavo, ji ni bilo treba ugotavljati, ali bi morala pri ugotavljanju, ali so izpolnjene postopkovne (procesne) predpostavke iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN za sprejem zahtevka za revizijo v (vsebinsko, meritorno) obravnavo, upoštevati tudi navedbe o obstoju teh predpostavk, ki jih je uveljavljal zagovornik javnega interesa v vlogi z dne 6. 7. 2022. Procesni položaj zagovornika javnega interesa namreč ne bi bil v ničemer drugačen.

Čeprav je Državna revizijska komisija navedla, da ni upoštevala navedb gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana iz vlog z dne 15. 6. 2022, s katerimi so se izjasnili o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »*Razpisna dokumentacija*« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), to ne pomeni, da ti gospodarski subjekti ne bodo dobili odgovora na svoje navedbe iz vlog z dne 15. 6. 2022. Naročnik je namreč pri pripravi dokumenta »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 uporabil tudi stališča gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana iz vlog z dne 15. 6. 2022, s katerimi so se izjasnili o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »*Razpisna dokumentacija*« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila). Tako je naročnik uporabil (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 8, tretji odstavek) tudi stališče gospodarskega subjekta Arriva, d. o. o., Kranj (vloga z dne 15. 6. 2022, str. 8, zadnji odstavek), da je gospodarska družba, ki je ustanovljena v Republiki Sloveniji in posluje izključno v Republiki Sloveniji. Državna revizijska komisija je glede na tretji odstavek 39. člena ZPVPJN upoštevala naročnikove navedbe iz dokumenta »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 (tudi glede položaja gospodarskega subjekta Arriva, d. o. o., Kranj) in se do njih opredelila. Vendar

tudi v primeru, če bi bilo treba gospodarskemu subjektu Arriva, d. o. o., Kranj z razširjajočim tolmačenjem načela kontradiktornosti (10. člen ZPVPJN) omogočiti izjavo o navedbi zagovornika javnega interesa, ki se neposredno nanaša nanj oziroma njegov položaj, iz obrazložitve tega sklepa izhaja, da se je gospodarski subjekt Arriva, d. o. o., Kranj med postopkom pravnega varstva po ZPVPJN lahko izjavil o navedbi zagovornika javnega interesa, ki se nanaša nanj oziroma na njegov položaj, pri čemer je Državna revizijska komisija njegovo izjavo obravnavala, čeprav morebiti le posredno. Državna revizijska komisija torej navedb o položaju gospodarskega subjekta Arriva, d. o. o., Kranj pri odločanju o zahtevku za revizijo ni prezrla. Kot bo razvidno iz nadaljevanja obrazložitve tega sklepa Državne revizijske komisije, je Državna revizijska komisija pojasnila, zakaj navedba zagovornika javnega interesa v zvezi s položajem gospodarskega subjekta Arriva, d. o. o., Kranj sicer ni pomembna za rešitev zadeve. Gospodarska subjekta Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana glede morebitnega razširjajočega tolmačenja načela kontradiktornosti (10. člen ZPVPJN) nista ne v enakem ne v primerljivem položaju, kot je bil gospodarski subjekt Arriva, d. o. o., Kranj, saj se izjava zagovornika javnega interesa ne nanaša tudi na gospodarska subjekta Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana. Vendar sta se tudi gospodarska subjekta Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana v vlogah z dne 15. 6. 2022 izjavila o položaju gospodarskega subjekta Arriva, d. o. o., Kranj, zato bo Državna revizijska komisija s stališči, ki izhajajo iz obrazložitve tega sklepa, dejansko odgovorila tudi na njune navedbe o položaju gospodarskega subjekta Arriva, d. o. o., Kranj.

Državna revizijska komisija je že v sklepih št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022, 018-040/2022-34 in 018-040/2022-35, oba z dne 12. 7. 2022, 018-040/2020-47 z dne 26. 7. 2022 ter 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 upoštevala izhodišče, ali je naročnik kršil pravila, ki urejajo oddajo javnih naročil (storitev), ne pa pravil, ki urejajo koncesijo za storitve. Čeprav Državna revizijska komisija pritrjuje naročniku, da posamezni nacionalni predpisi (npr. ZGJS, ZPCP-2, Uredba GJS) uporabljajo pojem »koncesija«, predmet pa se nanaša na izvajanje gospodarske javne službe, to (torej pravne rešitve na nacionalni ravni) niso relevantni elementi, s katerim se ugotavlja, kaj je pravno razmerje, ki nastane med naročnikom in izvajalcem, po vsebini glede na vsebino pojmov »javno naročilo (storitev)« in »koncesija (za storitve)«, kot jo določa pravo Evropske unije (gl. že omenjene sodbe Sodišča Evropske unije, 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). Da pogodbenega razmerja, ki nastane med naročnikom in izvajalcem, ne bi mogli obravnavati kot javnega naročila storitev, temveč naj bi ga obravnavali kot koncesijo za storitve, bi morala biti podana oba elementa, ki neko pogodbeno razmerje opredeljujeta kot koncesijo za storitve, kot ju določa prva poved iz 3. točke 2. člena ZNKP, ki v slovenski pravni red prenaša ureditev iz prvega odstavka 5. člena Direktive 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). Kot je Državna revizijska komisija predhodno navedla, sta to, prvič, plačilo za opravljanje storitev in, drugič, razporeditev operativnega tveganja.

Državna revizijska komisija je v sklepih št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022, 018-040/2022-34 in 018-040/2022-35, oba z dne 12. 7. 2022, 018-040/2020-47 z dne 26. 7. 2022 ter 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 že ugotovila, kako je s plačili za opravljanje storitev (pri čemer dodaja, da je iz točke 5.1 vzorca pogodbe kot vir financiranja izrecno naveden proračun Republike Slovenije), hkrati pa je ugotovila, da je operativno tveganje večinsko na strani naročnika (gl. tudi prvi odstavek 45. člena Uredbe GJS in točko 4.1.5 vzorca pogodbe), kar je značilnost javnega naročila in ne koncesije (za storitve). Državna revizijska komisija ne more ugotoviti drugače niti v tem sklepu.

Naročnik je v dokumentu »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 (str. 6–7) sicer navedel šest sklopov argumentov, s katerimi je zavrnil navedbe zagovornika javnega interesa o

oddajanju javnega naročila storitev in ne koncesije za storitve, vendar se le sklop argumentov pod točko 6 deloma nanaša na vsebino, s katero naročnik lahko izpodbija stališče, da oddaja javno naročilo storitev in ne koncesije za storitve, saj z drugimi sklopi argumentov ni izpodbijal nobenega od obeh elementov, ki razmejujeta koncesijo za storitve in javno naročilo storitev, temveč se je skliceval na nacionalno ureditev gospodarskih javnih služb in poimenovanje oziroma ureditev tega razmerja v nacionalnih predpisih. Državna revizijska komisija ob tem sicer pritruje naročniku (argument pod točko 2), da 18. točka prvega odstavka 11. člena ZNKP določa izjemo, ki velja za predmet, kot ga oddaja naročnik, vendar bi bila ta izjema relevantna šele, če bi bilo razmerje, ki bi nastalo med naročnikom in izvajalcem, koncesija za storitve (gl. tudi sklep št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022). Ker naročnik z argumenti v točki 6 uveljavlja, da »izvajalec ne nosi tveganja obsega realizacije«, to ne potrjuje naročnikovega stališča o oddajanju koncesije za storitve, temveč ravno nasprotno, namreč javnega naročila storitev. Noben argument naročnika iz dokumenta »Odločitev« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 (str. 6–7) tako ne podpira njegovega stališča, da oddaja koncesijo za storitve. Naravno pogodbe, ki bi jo naročnik sklenil z izvajalcem, kot javno naročilo storitev in ne koncesijo za storitve podpira tudi naročnik z navedbo (dokument »Odločitev« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 8), da »je v skladu s stališči Evropske komisije "koncesija", ki je predmet postopa javnega razpisa, koncesija zgolj po imenski opredelitvi nacionalnega prava«. Kot je Državna revizijska komisija že navedla, je treba pojma »javno naročilo (storitev)« in »koncesija (za storitve)« tolmačiti v vsebini, ki jo določa pravo Evropske unije in ne nacionalna pravna ureditev.

Naročnikovega stališča, da oddaja koncesijo za storitve, ne podpirajo niti argumenti iz vloge št. 430-39/2021/181-0242 z dne 22. 7. 2022, saj naročnik z njimi izpostavlja nacionalno ureditev gospodarskih javnih služb in poimenovanje oziroma ureditev razmerja v nacionalnih predpisih. Čeprav se Državna revizijska komisija strinja z naročnikom, ki je v vlogi št. 430-39/2021/181-0242 z dne 22. 7. 2022 opozoril na svojo dolžnost upoštevanja nacionalne zakonodaje, to ne spremeni tega, da je treba pojme »javno naročilo (storitev)« in »koncesija (za storitve)« tolmačiti ob upoštevanju njihove vsebine, kot jo določa pravo Evropske unije. Uredba 1370/2007 sicer ne določa samosvoje opredelitve javnega naročila (storitev), temveč napotuje na javnonaročniško direktivo (druga poved iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007). Pojem »javno naročilo (storitev)« je po veljavni javnonaročniški direktivi [tj. Direktivi 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)] vsebinsko enako urejen pojmu »javno naročilo (storitev)« po prejšnji javnonaročniški direktivi [tj. Direktivi 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)], kar je mogoče ugotoviti s primerjavo po obeh direktivah (gl. točki a in d drugega odstavka 1. člena direktive 2004/18/ES ter 5. in 9. točko prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU). Pojem »javno naročilo (storitev)« ima tako kontinuiteto, zato ga je tudi po novi ureditvi mogoče tolmačiti enako kot po stari ureditvi (prim. predstavljeno stališče po analogiji z ureditvijo javnonaročniškega instituta neobičajno nizke ponudbe v primeru tolmačenja novejšje direktive glede na starejšo in s tem ne več veljavno direktivo, ki sta vsebinsko enako urejali institut neobičajno nizke ponudbe: sodba Sodišča Evropske unije v združenih zadevah Impresa Lombardini in Impresa Mantovani, C-285/99 in C-286/99 z dne 27. 11. 2001, EU:C:2001:640, točka 50). Pojem »javno naročilo (storitev)« po 1. in 5. točki prvega odstavka 2. člena ZJN-3 vsebinsko ni urejen drugače od pojma »javno naročilo (storitev)« po ureditvi iz 5. in 9. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU.

Državna revizijska komisija tako pritruje zagovorniku javnega interesa, da je treba pri oddaji predmeta, kot ga oddaja naročnik, upoštevati pravila, ki veljajo za oddajo javnih naročil (storitev). Takemu stališču pa, kot je ugotovila Državna revizijska komisija že v sklepu št. 018-040/2022-32

z dne 22. 6. 2022, pritrjuje tudi prvi odstavek 27. člena ZJZP, saj ta določa, da »če nosi javni partner 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 tega zakona ne šteje za koncesijsko, temveč za javnonaročniško«. Torej tudi ureditev iz prvega odstavka 27. člena ZJZP ne daje prednosti poimenovanju ali ureditvi v posebnem zakonu, če je večinsko tveganje izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva na naročniku (naročnik je namreč upoštevajoč 1. točko 5. člena ZJZP javni partner), temveč za namene ZJZP zahteva uporabo javnonaročniških pravil.

Ob tem je treba tudi opozoriti, da je v drugem odstavku 27. člena ZJZP določeno, da se v primerih iz prvega odstavka 27. člena ZJZP 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. Javnonaročniško partnerstvo je urejeno v 43. členu ZJZP, pri čemer je v prvem odstavku 43. člena ZJZP določeno, da se v primerih javnonaročniškega partnerstva za javni razpis oziroma neposredno sklenitev in izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva ter dodelitev del tretjim osebam uporablja, če ni s tem zakonom (torej ZJZP) drugače določeno, Zakon o javnem naročanju. Čeprav je bil ZJZP sprejet še v času, ko ni veljal ZJN-3, je kljub temu treba razumeti, da se v prvi povedi iz drugega odstavka 27. člena ZJZP in prvem odstavku 43. člena ZJZP sklicuje na ureditev, ki jo določa ZJN-3, saj to pomeni kontinuiteto ureditve.

V 42. členu ZJZP je določeno, da se izvajalec javno-zasebnega partnerstva, ne glede na obliko akta o izbiri, izbere, razen če zakon določa drugače, na podlagi javnega razpisa, ki se obvezno objavi tudi na spletnih straneh. Kot je razvidno iz te določbe, zaradi uporabe besede »tudi« pred besedno zvezo »na spletni strani«, ne izključuje širših možnosti objave, kot je na spletnih straneh, temveč prej napotuje na to, da je treba objaviti »javni razpis« še kje drugje in da tako ne zadošča le objava na spletni strani. Poleg tega pojem »na spletni strani« ni zamejen na določeno spletno stran.

Ker niti upoštevaje prvi odstavek 43. člena ZJZP ni mogoče razumeti, da bi bilo določeno pravilo, da se za »javni razpis« uporabi le ZJZP, in iz 42. člena ZJZP ni mogoče razumeti izključevanja uporabe ZJN-3, pri čemer prvi odstavek 27. člena ZJZP ne vsebuje zahteve za prednostno uporabo ZJZP za »javni razpis«, temveč neposredno napotuje na predpise o javnih naročilih, Državna revizijska komisija ugotavlja, da ureditev iz ZJZP ni taka, da bi bila konfliktna z ureditvijo objav iz ZJN-3, temveč ji je dopolnjujoča. Državni revizijski komisiji zato tudi ni treba tolmačiti ureditve iz ZJN-3 in ZJZP ob upoštevanju pravne argumentacije, ko sta si dva predpisa konfliktna.

Pravila o objavah so v ZJN-3 urejena v drugem poglavju »Pravila, ki se uporabljajo za oddajo javnih naročil«, in sicer točki 2.3. »Objavljanje in transparentnost«(členi 52–63).

V 52. členu ZJN-3 so v prvem odstavku določene vrste obvestil in med njimi je določeno tudi obvestilo o javnem naročilu (3. točka), ki bi ga moral naročnik zaradi ocenjene vrednosti, kot je razvidna 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), poslati v objavo ne le na portal javnih naročil (prva poved iz drugega odstavka 52. člena ZJN-3 v povezavi s prvim odstavkom 22. člena ZJN-3 glede na prvo alineo točke a prvega odstavka 21. člena ZJN-3), temveč tudi v Dodatek k Uradnemu listu Evropske unije (prva poved iz drugega odstavka 52. člena ZJN-3 glede na prvo alineo točke a drugega odstavka 22. člena ZJN-3). Obvestilo o javnem naročilu mora (glede na zahtevo iz tretje povedi iz tretjega odstavka 52. člena ZJN-3) imeti obliko standardnega obrazca št. 2 iz priloge II Izvedbene uredbe Komisije (EU) 2015/1986 z dne 11.

novembra 2015 o standardnih obrazcih za objavo obvestil na področju javnega naročanja in razveljavitvi Izvedbene uredbe (EU) št. 842/2011 (UL L 296 z dne 12. 11. 2015, str. 1–146; v nadaljevanju: Izvedbena uredba 2015/1986) in mora (glede na zahtevo iz četrte povedi iz tretjega odstavka 52. člena ZJN-3) vsebovati nabor podatkov iz priloge V Direktive 2014/24/EU. Čeprav je v prvem odstavku 48. člena ZJZP določen nabor podatkov, ki jih mora vsebovati »javni razpis«, ta nabor podatkov ni zaprtega tipa, saj je iz prvega odstavka 48. člena ZJZP tudi razvidno, da je ta nabor podatkov naštet za besedo »najmanj«. Da nabor podatkov iz prvega odstavka 48. člena ZJZP ni zaprtega tipa, potrjuje drugi odstavek 48. člena ZJZP, saj ta določa, da javni partner lahko v javnem razpisu poleg podatkov iz prvega odstavka 48. člena ZJZP objavi glede na predmet javno-zasebnega partnerstva tudi druge podatke, pri čemer mora druge podatke objaviti, če to zahteva zakon, na njegovi podlagi izdani predpis ali akt o javno-zasebnem partnerstvu.

Čeprav niti zagovorniku javnega interesa ni sporno (zahtevki za revizijo, npr. str. 1), da je naročnik zagotovil objavo obvestila o koncesijah tako na portalu javnih naročil kot v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, ki sta medija, ki sta izrecno navedena pri načelu transparentnosti javnega naročanja (drugi odstavek 6. člena ZJN-3), Državna revizijska komisija pa je že v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 tudi ugotovila, da je naročnik uporabil odprti postopek, ki je postopek, ki je pri oddaji javnih naročil pravilo in ne izjema, zaradi česar se naročnik torej ni izognil izvedbi postopka oddaje, tudi ni uporabil postopka oddaje, ki je izjema, prav tako se ni izognil obveščanja gospodarskih subjektov prek zahtevanih medijev objav, to ne spremeni tega da je naročnik poslal v objavo obvestilo o koncesiji in ne obvestila o javnem naročilu, kar je pravilno uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevki za revizijo, str. 5). Obvestilo o javnem naročilu se skladno s prvo povedjo iz 56. člena ZJN-3 uporablja kot sredstvo za objavo povabila k sodelovanju pri vseh postopkih, razen pri postopku s poganjanji brez predhodne objave. Pri oddaji javnih naročil se tako ne uporablja obvestila o koncesiji iz četrte alineje 32. člena ZNKP, katerega obliko (glede na prvo povedi iz drugega odstavka 32. člena ZNKP) kot standardni obrazec št. 24 določa priloga XXI Izvedbene uredbe 2015/1986, nabor podatkov v njem pa (glede na tretjo povedi iz drugega odstavka 32. člena ZNKP) priloga V Direktive 2014/23/EU.

Čeprav bi Državna revizijska komisija upoštevala naročnikovi stališči (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 8), da se sodba Sodišča Evropske unije v zadevi Komisija Evropskih skupnosti proti Republiki Italiji, C-382/05 z dne 18. 7. 2007, EU:C:2007:445, na katero se je skliceval zagovornik javnega interesa (zahtevki za revizijo, str. 6), ne nanaša na primerljivo pravno vprašanje, ker »*je bilo tam v Uradnem listu regije Sicilije in v Uradnem listu EU objavljeno "Javno obvestilo o sklenitvi pogodb o oddaji javnih naročil za uporabo v regiji Siciliji nastalih ostankov komunalnih odpadkov, ki ostanejo po ločenem zbiranju", torej "Obvestilo o predhodnih informacijah", javni razpis pa (v nasprotju s predmetnim postopkom) ni bil objavljen*«, in da je gospodarski subjekt Arriva, d. o. o., Kranj, na katerega se je skliceval zagovornik javnega interesa (zahtevki za revizijo, str. 5–6) v utemeljitev možnosti sodelovanja gospodarskih subjektov iz drugih držav članic Evropske unije, »*družba, ki je ustanovljena v Sloveniji in posluje izključno v Sloveniji*«, to ne spremeni že podane ugotovitve, da je naročnik poslal v objavo obvestilo o koncesiji in ne obvestila o javnem naročilu, kar je pravilno uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevki za revizijo, str. 5), s čimer je oglaševal posel z drugačno pravno naravo, kot ga ima sicer, kot je ta element tudi pravilno uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevki za revizijo, str. 5), ko je navedel, da »*[n]aročnik je z napačno objavo povzročil, da potencialni ponudniki (predvsem iz drugih držav članic EU) niso bili seznanjeni z dejansko naravo posla, ki se oglašuje*« in »*[u]stvaril je namreč vtis, da gre za bistveno manj lukrativno koncesijo za storitve (kjer bi bili potencialni ponudniki prisiljeni prevzemati večino ali celotno operativno tveganje), v resnici pa gre za javno naročilo (kjer prevzem operativnega tveganja ni predviden)*«. Državna revizijska komisija sicer ugotavlja, da je naročnik navedel (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 8), da je »*potencialnim ponudnikom nedvomno znano*«, da je »*"koncesija", ki je predmet postopka javnega razpisa, koncesija zgolj po imenski opredelitvi nacionalnega prava*«, in da je

»*neutemeljeno navajanje vlagatelja, da naj bi obstajal interes gospodarskih subjektov iz drugih držav članic EU*«, hkrati pa bi ugotovila, da so ponudbo predložili le ponudniki, ki so družbe, ki so ustanovljene po slovenskem pravu, in čeprav naj bi bilo ponudnikom po naročnikovem stališču »*nedvomno znano*«, kaj je pravna narava pogodbe, ki bi jo naročnik sklenil v zvezi s predmetom, ki ga oddaja (že naročnik sicer v različnih delih dokumenta »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 različno razlaga pravno naravo pogodbe), to ne pomeni, da naročniku ni treba upoštevati pravil ZJN-3 o uporabi obvestila o javnem naročilu, saj naročnik z obvestilom o javnem naročilu vsem gospodarskim subjektom, ne pa le tistim, ki jim je »*nedvomno znano*«, kakšna je slovenska pravna ureditev predmeta, ki ga oddaja naročnik, omogoča seznanitev s tem, da naročnik oddaja javno naročilo (storitev) in ne koncesije (za storitve). Državna revizijska komisija zato ni mogla šteti, da uporaba obvestila o koncesiji, s katerim je naročnik obvestil gospodarske subjekte o pravni naravi pogodbe, ki bi jo sklenil v zvezi s predmetom, ki ga oddaja, v tem primeru ni kršitev v smislu 16.a člena ZJN-3. Državna revizijska komisija je tako v tem primeru glede na očitke, ki jih je uveljavljal zagovornik javnega interesa, upoštevala, da je ugotovljena kršitev taka, da bistveno vpliva na oddajo javnega naročila.

Čeprav ostaja dejstvo, da je naročnik zagotovil vnaprejšnjo obveščenost gospodarskih subjektov o predmetu in postopku, ki ni izjema, prek portala javnih naročil in v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, je Državna revizijska komisija sprejela argument zagovornika javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 5), da je naročnik s tem, ko je poslal v objavo obvestilo o koncesiji, ne pa obvestila o javnem naročilu, kršil prvo in drugo poved iz drugega odstavka 52. člena ZJN-3, podana pa je tudi kršitev tretje in četrte povedi iz tretjega odstavka 52. člena ZJN-3. Državna revizijska komisija ni ugotovila kršitve celotnega 52. člena ZJN-3, kot je uveljavljal zagovornik javnega interesa, saj se nekateri položaji, ki jih ureja 52. člena ZJN-3, sploh ne morejo nanašati na položaj iz zadeve (npr. četrti odstavek 52. člena ZJN-3, ki ureja vprašanje pokrivanja stroškov objav obvestil). Ob taki ugotovitvi Državna revizijska komisija sprejema tudi navedbo zagovornika javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 6), da je bilo zaradi napačne uporabe obvestila kršeno načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3; gl. zlasti drugi odstavek 6. člena ZJN-3, ki izrecno uporablja terminologijo »*objav[e] obvestil glede javnih naročil*«). Državna revizijska komisija pa ni posebej ugotavljala, ali bi bilo zaradi tega kršeno načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) in ali bi bilo zaradi tega kršeno tudi načelo enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), kar naj bi vplivalo tudi na kršitev načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3), kot je uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 6), saj neodvisno od tega, da vsebina posla kljub pošiljanju napačnega obvestila v objavo, ni ostala neznaná gospodarskim subjektom, ugotavljanje kršitev nadaljnjih načel, kot je načelo iz 6. člena ZJN-3, ne bi spremenila posledice, ki je v razveljavitvi postopka oddaje javnega naročila v celoti, kar je tudi predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 6, četrti odstavek, druga poved, enako tudi str. 16). Naročnik namreč kršitve v zvezi z objavo pravičnega obvestila za posel, ki ima drugačno pravno naravo od oglaševanega, ne more popraviti, ko je postopek oddaje javnega naročila že v fazi izbire ponudb, saj je za popravilo te kršitve treba zagotoviti objavo pravičnega obvestila. Državna revizijska komisija je zato že upoštevala ugotovitev kršitve, ki se nanaša na pošiljanje obvestil v objavo na portal javnih naročil in v Dodatek k Uradnemu listu Evropske unije, skladno z drugo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN ugodila zahtevku za revizijo in razveljavila postopek 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) v celoti, kot je predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 6, četrti odstavek, druga poved, enako tudi str. 16).

Zagovornik javnega interesa je navedel (zahtevek za revizijo, str. 6–9), da je naročnik kot odločilni del merila za oddajo javnega naročila opredelil elemente, ki so diskriminatorni in nesorazmerni ter niso povezani s predmetom javnega naročila.

Naročnik je v zvezi z merili za izbiro ponudbe v točki II.2.5 obvestila o koncesiji napotil na dokument »Razpisna dokumentacija«.

Kot je razvidno iz točke 2.2.13 v poglavju 2 dokumenta »Razpisna dokumentacija«, je naročnik določil merili:

- »Merilo Cena«, skladno s katerim je ponudba lahko prejela največ 76 točk,
- in
- »Socialna, okoljska in druga merila (ostala merila)«, skladno s katerim je ponudba lahko prejela največ 24 točk.

Naročnik je pri merilu cena v dokumentu »Razpisna dokumentacija« določil:

»Vloga z najnižjo ceno na km prejme 76 točk, ostali po formuli:

$(\text{Najnižja ponudbena cena na km} / \text{Ocenjevana ponudbena cena na km}) * 76$

Ponudba s ceno na km, ki bo v posameznem sklopu presegala ceno 1,95 EUR brez DDV, bo izločena kot nedopustna.

Naročnik je pri merilu, ki ni cena, določil, da ga sestavljajo tri merila:

- »Prvo merilo (največ 12 točk)«, ki ga je opisal:
»Naročnik z namenom zaščite malih podizvajalcev podaja naslednje merilo (skupaj največ 12 točk): če bo ponudnik najmanj 5% storitev v sklopu (glede na obseg prevoženih kilometrov) izvedel s priglasiženimi podizvajalci, prejme 6 točk, v kolikor jih bo izvedel najmanj 10% (glede na obseg prevoženih kilometrov), pa 12 točk.
Naročnik bo enako število točk (6 točk) dodelil tudi skupini gospodarskih subjektov (skupna ponudba več partnerjev), če bodo v skupini najmanj trije partnerji, oziroma 12 točk, če bo v skupini najmanj 5 partnerjev.
(pri merilu ponudnik ne more dobiti hkrati 6 in 12 točk oziroma skupaj več kot 12 točk).«
- »Drugo merilo (največ 10 točk)«, ki ga je opisal:
»Če je ponudnik v sklopu prijavil najmanj 80% zahtevanih avtobusov, ki ustrezajo standardu EURO6, prejme 10 točk; če je ponudnik prijavil najmanj 70% zahtevanih avtobusov, ki ustrezajo standardu EURO6, prejme 7 točk; če je ponudnik prijavil najmanj 60% zahtevanih avtobusov, ki ustrezajo standardu EURO6, prejme 4 točke; če je ponudnik prijavil najmanj 50% zahtevanih avtobusov, ki ustrezajo standardu EURO6, prejme 2 točki, sicer pri tem merilu ne prejme dodatnih točk.
V primeru več prijavljenih avtobusov od zahtevanih v posameznem sklopu bo naročnik pri merilu upošteval zahtevano število avtobusov, in sicer tako, da bodo upoštevani za ponudnika najugodnejši avtobusi glede na merilo. V tem primeru bo moral izvajalec izvajati vožnje z avtobusi, ki so bili upoštevani v točkovanju.
(pri merilu ponudnik ne more dobiti točk večkrat (npr. 10 + 7 + 4 + 2) – skupaj lahko dobi samo 2, 4, 7 ali 10 točk).«

in

- »Tretje merilo (največ 2 točki)«, ki ga je opisal:
»Če je ponudnik v sklopu prijavil najmanj 70% zahtevanih avtobusov, ki imajo za potnike na voljo brezplačno (lahko časovno ali po obsegu) Wifi povezavo v svetovni splet, prejme 2 točki; Merilo predstavlja v ponudbi podano zavezo ponudnika, da bo navedeni nadstandard zagotovil ob začetku izvajanja storitev, neizpolnjevanje zahteve ob začetku izvajanja storitev predstavlja hujšo kršitev pogodbenih obveznosti ponudnika.«

Naročnik je v zvezi z merili prejel tudi posamezna vprašanja, na katera je odgovoril prek portala javnih naročil, ti odgovori pa so postali del dokumenta »Razpisna dokumentacija« (prim. tretjo poved iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3). Tudi po podanih odgovorih se merila in število točk po posameznih merilih niso spremenili.

Zagovornik javnega interesa je izpodbijal merilo cena in prvo merilo med »ostalimi merili«.

Besedilo pri merilu cena je mogoče le v delu, ki se nanaša na dodelitev točk, razumeti kot merilo, saj tisti del besedila, ki določa posledico preseganja cene 1,95 eurov brez DDV, nima značilnosti merila, temveč (izločitvenega) pogoja (prim. z ureditvijo definicije dopustne ponudbe iz 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 v delu, ki se nanaša na preseganje naročnikovih zagotovljenih sredstev, v povezavi s točko a prvega odstavka 89. člena ZJN-3, ki naročniku določa možnost oddaje javnega naročila le takrat, ko je ponudba skladna z zahtevami in pogoji). Merila so namreč namenjena ocenjevanju in primerjanju ponudb, ne pa njihovemu izločanju.

Zagovornik javnega interesa je navedel (zahtevek za revizijo, str. 7), da je naročnik lahko glede na navezne okoliščine (pojasnila pri izračunu ocenjene vrednosti in predvidena stroškovna cena za kilometer glede na predhodne pogodbe, dogovor med naročnikom, Gospodarsko zbornico Slovenije in Obrtno-podjetniško zbornico Slovenije z dne 30. 6. 2020 ter ugotovljeno stanje na trgu) lahko utemeljeno pričakoval le ponudbene cene od 1,91 eura brez DDV do 1,95 eura brez DDV, zaradi česar bi po formuli, ki jo je določil, najugodnejša ponudba (s ceno 1,91 eurov brez DDV) prejela 76 točk, najmanj ugodna (s ceno 1,95 eurov brez DDV) pa 74,4 točk. Zagovornik javnega interesa je navedel, da to predstavlja razpon le 1,6 točke, v katerem bi si ponudbe konkurirale po merilu cena, z drugačno določitvijo ocenjevanja (npr. ponudba z najnižjo ceno bi prejela 76 točk, ponudba z najvišjo ceno nobene točke, vmesne ponudbe pa bi prejele točke po ustrezni kalkulaciji odstopanja od teh dveh ponudb) pa bi ta položaj lahko preprečil, pri čemer *»tako oblikovano merilo cene pomeni, da imajo ostala merila, na podlagi katerih je bilo mogoče osvojiti 24 točk, nesorazmerno velik vpliv na izbor ponudnikov in so dejansko odločilna«.*

Javni partner skladno s prvim odstavkom 50. člena ZJZP navede v javnem razpisu ali v razpisni dokumentaciji pomen in težo (ponder) vsakega merila, na podlagi katerega bo izbral ekonomsko najugodnejšo vlogo. Če po mnenju javnega partnerja pomena meril vnaprej ni mogoče določiti, mora skladno z drugim odstavkom 50. člena ZJZP merila kljub temu navesti v padajočem zaporedju njihove pomembnosti. Kot je razvidno iz prvega in drugega odstavka 50. člena ZJZP, ta določata vsebinsko primerljive rešitve, ki so določene v osmem odstavku 84. člena ZJN-3. Ker ZJZP ne določa še drugih izrecnih pravil o merilih, kot jih določajo drugi odstavki 84. člena ZJN-3, njihovi uporabi ne nasprotuje niti ureditev iz 42. člena ZJZP ali prvega odstavka 43. člena ZJZP. Tako je treba ugotoviti, da si ZJZP in ZJN-3 nista konfliktna niti glede meril.

Naročnik odda javno naročilo na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe (prvi odstavek 84. člena ZJN-3). Ekonomsko najugodnejša ponudba se skladno s prvo povedjo iz drugega odstavka 84. člena ZJN-3 določi na podlagi cene ali stroškov, ob uporabi pristopa stroškovne učinkovitosti, na primer z izračunom stroškov v življenjski dobi, kot ga določa ZJN-3, in lahko zajema tudi najboljše razmerje med ceno in kakovostjo, ocenjeno na podlagi meril, ki se nanašajo na kakovost ter okoljske ali socialne vidike, povezane s predmetom javnega naročila, pri čemer so takšna merila v drugi povedi iz drugega odstavka 84. člena ZJN-3 naštet primeroma. Stroškovni dejavnik je skladno s četrnim odstavkom 84. člena ZJN-3 lahko tudi fiksna cena ali fiksni stroški, če gospodarski subjekti na njihovi podlagi med seboj konkurirajo zgolj v zvezi z merili kakovosti. Merila za oddajo javnega naročila morajo biti nediskriminatorna, sorazmerna in povezana s predmetom javnega naročila (prva poved iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3). Šteje se, da so merila povezana s predmetom javnega naročila, če se nanašajo na gradnje, blago ali storitve, ki jih je treba zagotoviti v skladu z javnim naročilom, in sicer v katerem koli pogledu in na kateri koli

stopnji njihove življenjske dobe, vključno z dejavniki, povezanimi s posebnim postopkom proizvodnje, zagotavljanja ali trženja teh gradenj, blaga ali storitev, ali s posebnim postopkom za drugo stopnjo njihove življenjske dobe, tudi če takšni dejavniki vsebinsko niso del njih. Merila za oddajo javnega naročila ne smejo imeti za posledico, da je z njimi naročniku podeljena neomejena svobodna izbira (prva poved iz sedmega odstavka 84. člena ZJN-3). Merila za izbiro morajo zagotoviti možnost učinkovite konkurence, spremljati pa jih morajo podrobni opisi, ki omogočajo učinkovito preverjanje informacij, ki jih predložijo ponudniki, da se oceni, kako ponudba izpolnjuje merila za oddajo javnega naročila (druga poved iz sedmega odstavka 84. člena ZJN-3). V primeru dvoma mora naročnik preveriti točnost informacij in dokazil, ki jih je glede meril za oddajo javnega naročila predložil ponudnik (tretja poved iz sedmega odstavka 84. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija ugotavlja, da niti zagovorniku javnega interesa ni sporno, da je naročnik kot enega izmed meril določil tako merilo, ki ocenjuje ponudbe glede na ponujeno ceno storitev (v tem primeru glede na prevoženi kilometer). Kot je tudi razvidno iz navedb zagovornika javnega interesa, zagovornik javnega interesa niti ne nasprotuje temelju tako določenega merila, temveč načinu uporabe, saj glede na navezne okoliščine ugotavlja, da si ponudniki medsebojno ne bodo konkurirali po cenah izven razpona 1,91 eurov brez DDV in 1,95 eurov brez DDV, pri tem pa je tudi uveljavljal, da bi bilo za izbor ponudb primernejša drugačna ureditev ocenjevanja po merilu cena, za kar je podal primer določitve uporabe merila. Državna revizijska komisija se ne strinja z zagovornikom javnega interesa, da je naročnik zgolj zaradi določitve načina uporabe merila cena kršil ZJN-3. Pri merilu ekonomsko najugodnejša ponudba je cena le eno izmed meril, po katerem naročnik ocenjuje ponudbe (prim. drugi odstavek 84. člena ZJN-3), pri čemer niti ni nujno, da bi morala biti izbrana ponudba, v kateri je ponujena najnižja cena. Drugačno stališče bi namreč izničilo smisel določanja še drugih meril poleg merila cena. Tudi druga merila imajo lahko vpliv na izbiro najugodnejše ponudbe, saj, kot to izhaja iz prve povedi iz drugega odstavka 84. člena ZJN-3, merilo ekonomsko najugodnejša ponudba »lahko zajema tudi najboljše razmerje med ceno in kakovostjo, ocenjeno na podlagi meril, ki se nanašajo na kakovost ter okoljske ali socialne vidike, povezane s predmetom javnega naročila«. Četudi bi Državna revizijska komisija sprejela stališče zagovornika javnega interesa, da bi moral naročnik pričakovati ponudbe s cenami v določenem razponu (kar se je dejansko zgodilo, razen v sklopu 5), je določitev načina uporabe merila cena ponudbe po tem merilu še vedno razvrščala od bolj ugodne k manj ugodni, in sicer ne glede na zelo majhen točkovni razpon, ki ga je navedel zagovornik javnega interesa. Če ne bi bilo nobenega drugega merila poleg merila cena, bi bilo očitno, da bi bila lahko izbrana le ponudba, v kateri je ponujena najugodnejša (tj. najnižja) cena. Enak izid bi sicer bil tudi v primeru, če bi vse ponudbe pridobile enako število točk po »ostalih merilih«. ZJN-3 tudi ne določa kakšnega izrecnega pravila, kako bi moral naročnik določiti formulo za uporabo merila cena in torej tudi ne na način, kot ga je predlagal zagovornik javnega interesa. Predlog zagovornika javnega interesa za določitev uporabe formule pri merilu cena ima vsaj to slabost, da bi v primeru prejema le dveh ponudb za posamezen sklop dejansko pomenil nično možnost, da bi konkurent, ki je predložil sicer dražjo ponudbo, lahko vseeno pridobil javno naročilo, ker po »ostalih merilih« ne bi zmožel preseči (kot sicer ne doseči) meje 76 točk, čeprav ponudba njegovega konkurenta ne bi po »ostalih merilih« prejela točk. Predlog zagovornika javnega interesa za način uporabe merila cena pri merilu ekonomsko najugodnejša ponudba bi dejansko pomenil, da bi naročnik kot merilo določil merilo, po katerem bi bila lahko relevantna le najnižja cena. Državna revizijska komisija tako ne more sprejeti stališča zagovornika javnega interesa, da imajo »ostala merila« nesorazmerno velik vpliv na izbor najugodnejše ponudbe. Tudi ta merila, če so skladna z ZJN-3, morajo imeti glede na okoliščine primera možnost vpliva na izbor najugodnejše ponudbe.

Zahtevak za revizijo v delu, v katerem zagovornik javnega interesa izpodbija merilo cena, tako ni utemeljen.

Zagovornik javnega interesa je navedel (zahtevek za revizijo, str. 8–9), da je prvo merilo med »ostalimi merili« določeno v nasprotju s šestim odstavkom 84. člena ZJN-3, saj golo dejstvo, da nekateri ponudniki sodelujejo v skupini gospodarskih subjektov ali s podizvajalci, drugi ponudniki pa ne, pri čemer vsi izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in zahteve glede predmeta javnega naročila, ne more biti podlaga za odločilno preferenčno obravnavo skupine po merilu. Zagovornik javnega interesa je nadaljeval, da način nastopa ponudnika (samostojno, v skupini gospodarskih subjektov ali s podizvajalci) ni povezan s predmetom javnega naročila, saj ne vpliva na noben vidik kakovosti oziroma okoljske ali socialne vidike izvajanja avtobusnih prevozov. Zagovornik javnega interesa je ugotovil, da tako merilo neupravičeno omejuje konkurenčnost potencialnih ponudnikov, ki lahko sami izvedejo javno naročilo, zato s tem merilom naročnik krši tudi načeli iz 5. in 7. člena ZJN-3, poleg tega pa tudi načelo iz 4. člena ZJN-3.

Ker je zagovornik javnega interesa uveljavljal (zahtevek za revizijo, str. 4–5), da naročnik oddaja javno naročilo storitev, kar je Državna revizijska komisija tudi potrdila v tem sklepu, pred tem pa tudi sklepih št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022, 018-040/2022-34 in 018-040/2022-35, oba z dne 12. 7. 2022, 018-040/2020-47 z dne 26. 7. 2022 ter 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022, se zagovornik javnega interesa neutemeljeno sklicuje (gl. zahtevek za revizijo, str. 8, opomba 61), da je naročnikovo ravnanje v nasprotju tudi s tretjim odstavkom 5. člena Uredbe 1370/2020. Kot je razvidno iz tretje povedi iz prvega odstavka 5. člena Uredbe 1370/2007, se tretji odstavek 5. člena Uredbe 1370/2007 ne uporablja, ko naročnik oddaja javno naročilo (gl. tudi sklep št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022).

Merila, ki jih lahko naročnik določi za ugotovitev ekonomsko najugodnejše ponudbe, v drugem odstavku 84. člena ZJN-3 niso določena kot zaprt krog (oziroma taksativno), temveč primeroma (torej eksemplifikativno), kar potrjuje besedilo »na primer« v drugi povedi iz drugega odstavka 84. člena ZJN-3. Prvo merilo, kot ga je določil naročnik med »ostalimi merili«, ni izrecno naštet med merili iz drugega odstavka 84. člena ZJN-3, kar pa zaradi primeroma (eksemplifikativnega) naštevanja meril v tej določbi, še ne omogoča ne zaključka, da ni skladno z ZJN-3, ne zaključka, da je skladno z ZJN-3. Pri ugotavljanju, ali je to merilo skladno z ZJN-3, se je zato treba opreti na zahteve iz prve povedi iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3, skladno s katerimi merila za oddajo javnega naročila morajo biti nediskriminatorna, sorazmerna in povezana s predmetom javnega naročila. Kot je razvidno iz te zahteve, merilo mora biti povezano s predmetom javnega naročila, ne pa z osebo gospodarskega subjekta. Skladno z drugo povedjo iz četrtega odstavka 84. člena ZJN-3 se šteje, da so merila povezana s predmetom javnega naročila, če se nanašajo na gradnje, blago ali storitve, ki jih je treba zagotoviti v skladu z javnim naročilom, in sicer v katerem koli pogledu in na kateri koli stopnji njihove življenjske dobe, vključno z dejavniki, povezanimi s posebnim postopkom proizvodnje, zagotavljanja ali trženja teh gradenj, blaga ali storitev, ali s posebnim postopkom za drugo stopnjo njihove življenjske dobe, tudi če takšni dejavniki vsebinsko niso del njih.

Državna revizijska komisija se strinja z naročnikom (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 9–11), da pravo javnih naročil (tako pravo Evropske unije kot nacionalno pravo) spodbuja nastopanje s podizvajalci, s tem pa povečuje možnosti, da tudi mala in srednja podjetja sodelujejo na trgu javnih naročil. Tako ZJN-3 za ta namen npr. omogoča naročniku, da razdeli javno naročilo na sklope (73. člen ZJN-3), omogoči dokazovanje tehnične sposobnosti gospodarskega subjekta s tem, da gospodarski subjekt navede delež javnega naročila, ki ga morebiti namerava oddati v podizvajanje (točka j osmega odstavka 77. člena ZJN-3), ali uredi vprašanja izvedbe javnih naročil s podizvajalcem, kar vključuje tudi ureditev vprašanj neposrednih plačil podizvajalcem (94. člen ZJN-3). Vendar Državna revizijska komisija opozarja, da dejstvo, da pravo javnih naročil spodbuja nastopanje s podizvajalci, ne pomeni, da naročnik sme uporabiti kakršnokoli sredstvo oziroma način, saj to lahko spodbuja le v obsegu, ki ni neskladen z ZJN-3

ali javnonaročniškimi predpisi sicer. To v zvezi z določitvijo meril med drugim potrjuje prva poved iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3.

Gospodarski subjekti lahko v postopku oddaje javnega naročila sodelujejo tudi v skupini, pri čemer naročnik od njih ne sme zahtevati, da imajo določeno pravno obliko (gl. tretji odstavek 10. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da sta si opisa prvega merila med »ostalimi merili« glede dodelitve točk v primeru podizvajalcev in skupine gospodarskih subjektov različni. Iz opisa, ki se nanaša na skupino gospodarskih subjektov, izhaja, da se nagrajuje že dejstvo, da skupino sestavlja minimalno število gospodarskih subjektov, pri podizvajalcih pa se nagrajuje najmanj minimalni obseg izvajanja prevozov s podizvajalci. Čeprav je mogoče pričakovati, da naj bi člani skupine gospodarskih subjektov izvajali prevoze, Državna revizijska komisija v nasprotju s tem, kar je uveljavljal naročnik (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 9–11), ugotavlja, da prvo merilo med »ostalimi merili«, ko se nanaša na člane skupine gospodarskih subjektov, ni povezano s predmetom javnega naročila (kar je zahteva iz prve povedi iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3), kot je pravilno uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 8), temveč s sestavo skupine gospodarskih subjektov in položajem gospodarskih subjektov kot partnerjev v taki skupini. Naročnik je s prvim merilom med »ostalimi merili«, ko se nanaša na člane skupine gospodarskih subjektov, dejansko nagrajeval položaj iz prve povedi iz tretjega odstavka 10. člena ZJN-3, čemur merila za izbiro ponudbe, kot so določena v 84. členu ZJN-3, niso namenjena. Ob taki ugotovitvi glede prvega merila med »ostalimi merili« v delu, ki se nanaša na skupine gospodarskih subjektov, se Državni revizijski komisiji ni treba tudi izjavljati, ali bi ob drugačnem opisu merila glede skupine gospodarskih subjektov, ki bi bil primerljiv tistemu, ki se nanaša na izvajanje prevozov s podizvajalci, morala biti njena ugotovitev o kršitvi prve povedi iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3 drugačna. Državna revizijska komisija bi namreč v takem primeru odločala o morebitni kršitvi v hipotetičnih okoliščinah.

Državna revizijska komisija v nasprotju s tem, kar je uveljavljal naročnik (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 9–11), ugotavlja, da prvo merilo med »ostalimi merili« tudi v delu, ki se nanaša na izvedbo prevozov s podizvajalci, ni povezano s predmetom javnega naročila (kar je zahteva iz prve povedi iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3), kot je pravilno uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 8), temveč s tehnično sposobnostjo gospodarskega subjekta v smislu točke c prvega odstavka 76. člena ZJN-3, ki se jo v zvezi s podizvajanjem dokazuje na način, ki ga določa točka j osmega odstavka 77. člena ZJN-3. Na to ugotovitev ne bi vplival morebitni pritrdilni odgovor, ali bi tako merilo gospodarske subjekte sicer sililo h konkuriranju, kot je v nasprotju s stališčem zagovornika javnega interesa uveljavljal naročnik (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 11), saj to ne spremeni tega, da prvo merilo med »ostalimi merili« v delu, ki se nanaša na izvedbo prevozov s podizvajalci, ni povezano s predmetom javnega naročila, kar bi sicer moralo biti glede na zahtevo iz prve povedi iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3.

Državna revizijska komisija tako ugotavlja, da je prvo merilo med »ostalimi merili« povezano s položajem gospodarskih subjektov, ne pa s predmetom javnega naročila, zato je tudi sprejela argument zagovornika javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 8), da je naročnik z določitvijo takega merila kršil šesti odstavek 84. člena ZJN-3. Ker je Državna revizijska komisija ugotovila, da prvo merilo med »ostalimi merili« ni merilo v smislu merila za izbor ponudb iz 84. člena ZJN-3, ni ugotavljala še, ali je naročnik z njegovo določitvijo kršil tudi posamezna temeljna načela iz ZJN-3, kot je uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 6 in 8–9), saj neodvisno od morebitnih ugotovitev kršitve temeljnih načel iz ZJN-3 ne bi bila drugačna posledica, ki je v razveljavitvi postopka oddaje javnega naročila v celoti, kar je tudi predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 9, tretji odstavek, enako tudi str. 16). Naročnik namreč

kršitve v zvezi z določitvijo meril ne more popraviti, ko je postopek oddaje javnega naročila že v fazi izbire ponudb, saj mora naročnik merila določiti, še preden se seznanijo z vsebino ponudb [gl. v tem smislu osmi odstavek 84. člena ZJN-3, ki naročniku določa določena ravnanja v zvezi z merili že pri oblikovanju dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila pa naročnik sme oblikovati pred potekom roka za prejem ponudb (v tem smislu prim. prvo poved iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3)]. Državna revizijska komisija bi zato tudi že upoštevala ugotovitev kršitve šestega odstavka 84. člena ZJN-3 skladno z drugo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN ugodila zahtevku za revizijo in v celoti razveljavila postopek za »Izbirno 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), kot je predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 9, tretji odstavek, enako tudi str. 16). Ker pa je Državna revizijska komisija ugodila zahtevku za revizijo in v celoti razveljavila postopek za »Izbirno 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) že zaradi ugotovitve kršitve, ki se nanaša na pošiljanje obvestil v objavo na portal javnih naročil in v Dodatek k Uradnemu listu Evropske unije, je v tem delu tega sklepa ugotovila le še nadaljnjo kršitev, ki bi zahtevala enako posledico po ZPVPJN.

Zagovornik javnega interesa je navedel (zahtevek za revizijo, str. 9–11), da pogoj za priznanje tehnične sposobnosti, ki se nanaša na razpolaganje z zadostnim številom ustreznih avtobusov, zaradi odgovorov št. 37 (objava 5. 10. 2021 ob 10.28 portalu javnih naročil) in 44 (objava 5. 10. 2021 ob 10.51 portalu javnih naročil) nedopustno onemogoča sodelovanje ponudnikom in podizvajalcem, ki bi avtobuse za izvedbo predmeta najemali od subjektov iz drugih držav članic Evropske unije oziroma tujine, zaradi česar je naročnik kršil drugi odstavek 76. člena ZJN-3, pa tudi temeljna načela iz 5., 7. in 8. člena ZJN-3.

Naročnik je v zvezi s pogoji za priznanje tehnične sposobnosti v točki III.1.3 obvestila o koncesiji napotil na dokument »Razpisna dokumentacija«.

Kot je razvidno iz točke 3.2.3.1 v poglavju 3 dokumenta »Razpisna dokumentacija«, je naročnik določil pogoj, ki se nanaša na razpolaganje z avtobusi:

»Gospodarski subjekt izkaže, da ima za predmet koncesije na voljo naslednje število avtobusov (za vsak avtobus bo naročnik preveril ali ima gospodarski subjekt izvod licence za avtobus, ki ga prijavlja – če ga nima, mu ga naročnik ne bo upošteval) – zahtevano število ustreznih vozil za:

SKLOP SKL01: Gorenjska je: 133

SKLOP SKL02: Podravska je: 123

SKLOP SKL03: Savinjska je: 101

SKLOP SKL04: Jugovzhodna Slovenija je: 85

SKLOP SKL05: Pomurska je: 70

SKLOP SKL06: Osrednjeslovenska je: 68

SKLOP SKL07: Obalno-kraška je: 67

SKLOP SKL08: Goriška je: 66

SKLOP SKL09: Koroška je: 45

SKLOP SKL10: Posavska je: 35

SKLOP SKL11: Primorsko-notranjska je: 27

SKLOP SKL12: Zasavska je: 25

(v primeru skupne vloge lahko pogoj izpolnjujejo partnerji skupaj oziroma z drugimi gospodarskimi subjekti, na katere kapacitete se sklicuje/podizvajalci)

Če ponudnik navaja vozila, za katera nima izvoda licence na njegovo ime za avtobus ki ga prijavlja, potem mora v ponudbi navesti subjekt, ki je nosilec te licence, kot partnerja, podizvajalca ali subjekt, na katerega kapacitete se sklicuje (odvisno od tega ali mu daje na voljo zgolj vozila ali pa bo ta subjekt tudi dejansko izvajal del storitev) in zanj predložiti ustrezna dokazila.

Ponudnik je dolžan ves čas trajanja posla zagotavljati avtobuse, ki jih je navedel v ponudbi. Zamenjava avtobusa v fazi izvajanja storitev je mogoče zgolj z glede na merila (EURO norma, Wifi nadstandard) enakovrednim ali boljšim avtobusom, ter se izvede z obvestilom naročniku. Ponudnik mora na zahtevo naročnika izpolnjevanje pogojev in meril za avtobuse tudi izkazati, sicer lahko naročnik prepove izvajanje storitev s takim avtobusom.

Ponudnik mora ponuditi avtobuse, ki ustrezajo najmanj standard EURO4 (ali višji). Avtobusov, ki bodo imeli nižji standard EURO od zahtevanega, naročnik ne bo upošteval pri minimalnih zahtevah po številu, ter ne bo dovolil izvajanja storitev z njimi.

Če ponudnik v času trajanja pogodbe nadomesti avtobus z drugim, mora zagotoviti, da bo zamenjan z avtobusom, ki ustreza najmanj standardu EURO6 oziroma višjem, če je v času zamenjave v veljavi, oziroma z avtobusi na alternativni pogon (kot so definirani v Direktivi 2014/94/EU s spremembami).

Izvajalec bo moral v dveh letih od začetka izvajanja storitev po pogodbi nadomestiti obstoječe avtobuse, ki jih uporablja in so standarda EURO4, z avtobusi, ki ustrezajo najmanj standardu EURO6 oziroma višjem, če je v času zamenjave v veljavi, oziroma z avtobusi na alternativni pogon (kot so definirani v Direktivi 2014/94/EU s spremembami), pri čemer mora vsako leto nadomestiti sorazmerni delež avtobusov, s katerimi izvaja storitve in ki imajo standard EURO4.

Po preteku dveh let od začetka izvajanja storitev po pogodbi pa mora izvajalec nadomestiti vsak avtobus standarda EURO5, ki bo od tega obdobja naprej starejše od 12 let (glede na datum prve registracije).

V kolikor bo ponudnik v več kot enem sklopu prijavil isti avtobus, tega avtobusa naročnik ne bo upošteval v nobenem od prijavljenih sklopov.

V kolikor med oddajo in sprejemom odločitve pride do objektivnih okoliščin, zaradi katerih je posamezen avtobus uničen (npr. v nesreči), bo naročnik štel, da ga ponudnik nadomešča z enakovrednim, ponudnik pa z oddajo ponudbe to potrjuje (tudi v primeru boljšega naročnik zaradi dejstva spremembe ponudniku ne bo dodelil večjega števila točk od prvotnih). Smiselno enako velja za čas od sprejema odločitve do začetka izvajanja storitev»,

izpolnjevanje tega pogoja pa ponudniki dokažejo s predložitvijo »dokazil«:

»1. ESPD obrazec (ki predstavlja izjavo, da so prijavljeni avtobusi ponudniku na razpolago)

2. Izpolnjen Obrazec 2: Excel tabela – obrazec 2.«

Naročnik je v zvezi s pogojem glede razpolaganja z avtobusi prejel tudi posamezna vprašanja, na katera je odgovoril prek portala javnih naročil, ti odgovori pa so postali del dokumenta »Razpisna dokumentacija« (prim. tretjo poved iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3).

ZJZP v poglavju, ki ureja »javni razpis« (členi od 42 do 52), ne vsebuje posebnih pravil, ki bi določala kaj v zvezi z vsebino pogojev za priznanje tehnične sposobnosti ali glede dokazil. Le iz prvega odstavka 48. člena ZJZP, ki določa minimalni nabor podatkov v objavi »javnega razpisa«, izhaja, da lahko naročnik določi »pogoje, ki jih morajo kandidati izpolnjevati, in dokazila o njihovem izpolnjevanju« (deset alinej). Ker ZJZP ne vsebuje posebnih pravil, ki bi določala kaj v zvezi z vsebino pogojev za priznanje tehnične sposobnosti ali glede dokazil, je očitno, da ZJZP ni konflikten z ureditvijo iz ZJN-3 (alineja c prvega odstavka 76. člena ZJN-2 v povezavi z desetim odstavkom 76. člena ZJN-3 ter členi ZJN-3 od 77. do 81. člena). Uporabi pravil iz ZJN-3 tako ne nasprotuje niti ureditev iz 42. člena ZJZP niti prvega odstavka 43. člena ZJZP.

V točki c prvega odstavka 76. člena ZJN-3 je določeno, da naročnik lahko določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo tudi na tehnično sposobnost. V desetem odstavku 76. člena ZJN-3 je tako določeno, da lahko naročnik določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti med drugim tehnične vire (prva poved). Naročnik lahko skladno s prvim odstavkom 77. člena ZJN-3 zahteva potrdila, izjave in druga dokazila iz 77. člena ZJN-3 kot dokaz izpolnjevanja pogojev za sodelovanje v skladu s 76. členom ZJN-3, pri čemer skladno z drugim odstavkom 77. člena ZJN-3 lahko zahteva le dokazila, določena v 77. in 78. členu ZJN-3 (prva poved), v primeru uporabe zmogljivosti drugih subjektov pa lahko gospodarski subjekt uporabi vsa ustrezna sredstva za dokaz naročniku, da bo imel na voljo potrebna sredstva za izvedbo javnega naročila (druga poved). Tehnične sposobnosti gospodarskega subjekta, ki jih naročnik preverja v skladu s 76. členom ZJN-3, lahko gospodarski subjekt skladno z osmim odstavkom 77. člena ZJN-3 glede na vrsto, količino ali pomen ter uporabo gradenj, blaga ali storitev izkaže na enega ali več načinov, ki so naštetih v alinejah od a do k. Tako je v alineji i osmega odstavka 77. člena ZJN-3 v zvezi z javnimi naročili storitev določeno, da je tako dokazilo lahko izjava o orodju, obratu ali tehnični opremi, ki je izvajalcu storitev na voljo za izvedbo javnega naročila.

Zagovornik javnega interesa je uveljavljal (zahtevke za revizijo, str. 9–10), da sta dela odgovorov št. 37 in 44, ki sta bila 5. 10. 2021 objavljena na portalu javnih naročil, določila vsebino pogoja o razpolaganju z avtobusi tako, da je pogoj diskriminatoren do tistih gospodarskih subjektov, ki bi tehnično sposobnost želeli izpolniti z avtobusi, najetimi in registriranimi v drugi državi članici Evropske unije oziroma tujini, »saj bi zgolj za prijavo na naročnikov javni razpis morali sodeči, da se v drugi državi članici EU registrirani avtobusi, ki sploh niso v njihovi lasti, tam odjavijo iz prometa ter ponovno registrirajo v Republiki Sloveniji«, ker glede na 3. točko drugega odstavka 39. člena Zakona o motornih vozilih (Uradni list RS, št. 75/2017 s sprem.) ter 49. in 50. člen Pravilnika o registraciji motornih in priklopnih vozil (Uradni list RS, št. 48/2011 s spre.) vozilo ne sme biti registrirano hkrati v Republiki Sloveniji in drugi državi članici Evropske unije. Zagovornik javnega interesa je tudi uveljavljal, da so se gospodarski subjekti, zlasti tisti iz drugih držav članic Evropske unije, srečevali z nesorazmernimi ovirami, saj bi morali že ob predložitvi ponudbe razpolagati z najetimi avtobusi, registriranimi v Republiki Sloveniji, četudi naročnik ne bi izbral njihove ponudbe, zato je tako določen pogoj nerealen in ni sorazmeren s predmetom javnega naročanja, poleg tega naročnikovo sklicevanje na prvi odstavek 33.a člena ZPCP-2 ni utemeljeno, ker se ta določba ZPCP-2 nanaša na uporabo vozil, ki bi jih domači prevoznik najel brez voznika v drugi državi članici Evropske unije, za cestni prevoz blaga, ne pa prevoz potnikov, zato ni v ničemer povezana s cestnim prevozom potnikov oziroma gospodarsko javno službo javnega linijskega prevoza potnikov.

Naročnik je na vprašanje, s katerim se je spraševalec skliceval na del točke 3.2.3.1 v poglavju 3 dokumenta »Razpisna dokumentacija«:

- »V kolikor je nosilec licence za prijavljeni avtobus subjekt iz druge države, ki daje avtobus v rabo (najem) ponudnikovemu podizvajalcu, kaj konkretno bo potrebno dostaviti kot dokazilo o razpolaganju s kapacitetami v takšnem primeru?«

z drugim odgovorom pod št. 37 odgovoril (objava 5. 10. 2021 ob 10.28 na portalu javnih naročil):

- »Ločiti je potrebno situacijo, ko tuji subjekt daje na voljo vozila specifično za namen tega posla (sklicevanje na kapacitete tretjega) v tem primeru je potrebno predložiti dokazila, ki se nanašajo na ta subjekt (ESPD, dokazila o izpolnjevanju izključitvenih razlogov, ter izjava takega subjekta, da bo dal na voljo vozila ponudniku za čas trajanja pogodbe), ter primer, ko tuji subjekt daje vozila v uporabo, pri tem pa ne ve za kakšen namen jih bo izvajalec uporabljal, niti ga to ne zanima (npr. leasing hiša) v tem primeru se leasing hiše ne priglasijo kot podizvajalca/subjekt, na katerega kapacitete se ponudnik sklicuje, saj ima vozila neomejeno v neposredni posesti. Naročnik opozarja še na določilo prvega odstavka 33.a člena ZPCP, iz katerega izhaja, da mora biti tako vozilo registrirano v RS (sicer uporaba vozila, najetega v drugi državi članici, ni dovoljena). Posledično bo tudi izvod licence v

takšnem primeru glasil na ponudnika. Sklicevanje na tuje vozilo s "tujo" licenco je sicer po določenih ZJN-3 mogoče dovoljeno, ni pa dovoljeno s posebnim zakonom (ZPCP), tako da nosilec licence vozila v primeru, ki ste ga navedli, ne more biti tuji subjekt.»

Naročnik je na vprašanje:

- *»Če ponudnik navaja vozila, za katera ima izvoda licence na njegovo ime za avtobus ki ga prijavlja, potem mora v ponudbi navesti subjekt, ki je nosilec te licence, kot partnerja, podizvajalca ali subjekt, na katerega kapacitete se sklicuje (odvisno od tega ali mu daje na voljo zgolj vozila ali pa bo ta subjekt tudi dejansko izvajal del storitev in zanj predložil ustrezna dokazila).*

Zanima nas katera dokazila moramo predložiti v primeru, da z najemno pogodbo najamemo vozila v drugi državi (ITA)?«

z odgovorom pod št. 44 odgovoril (objava 5. 10. 2021 ob 10.51 na portalu javnih naročil):

- *»Naročnik ne zahteva predložitve pravne podlage za posest vozila, ne glede na obliko (lastništvo, najem, leasing). V vsakem primeru je potrebno predložiti veljaven izvod licence za takšno vozilo. Naročnik opozarja še na omejitve 33.a člena ZPCP, ki zahtevajo, da mora biti tako vozilo registrirano v RS.«*

Državna revizijska komisija ugotavlja, da se na pogoj iz točke 3.2.3.1 v poglavju 3 dokumenta *»Razpisna dokumentacija«* nanaša tudi vprašanje:

- *»Točka 3.2.3.1 Tehnična sposobnost: Naročnik navaja, da bo za vsak avtobus preveril ali ima gospodarski subjekt izvod licence za avtobus, ki ga prijavlja če ga nima, mu ga naročnik ne bo upošteval. Je potrebno izvod licence za vsak avtobus kot dokazilo predložiti torej že k ponudbi?«*

na katerega je naročnik odgovoril z odgovorom pod št. 6 (objava 24. 8. 2021 ob 11.44 na portalu javnih naročil):

- *»Naročnik bo podatek za avtobuse, ki imajo izdano licenco v RS, preveril sam, saj ima do njih dostop. Za avtobuse, ki imajo licenco pridobljeno izven RS, ponudnik predloži ustrezna dokazila v ponudbi, kot prilogo obrazca 2 (prevozniki s sedežev znotraj EU predložijo el. kopijo licence skupnosti, ki velja tudi za vožnje po Sloveniji; prevozniki iz tretjih držav morajo (upoštevaje zgoraj navedene izjeme) za vsak prijavljen avtobus predložiti licenco, ki jim dovoljuje opravljanje dejavnosti RS, sicer tako vozilo ne bo upoštevano kot ustrezno).«*

Kot je razvidno iz datumov objav, je bil odgovor pod št. 6 objavljen pred odgovoroma pod št. 37 in 44, v njem pa ni nič navedeno v zvezi z registracijo avtobusov.

Čeprav noben od gospodarskih subjektov iz kakšne druge države članice Evropske unije, kot je Republika Slovenija, ni nikoli podal pobude, postavil vprašanja ali opozoril na kršitev, na kar je opozoril naročnik (dokument *»Odločitev«* št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 11–12), to ne potrjuje, da ni bilo kršitve, kot je navedel naročnik (dokument *»Odločitev«* št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 12), temveč dokazuje, da ni prejel pobude, vprašanja ali opozorila na kršitev, kar za položaj zagovornika javnega interesa v postopku pravnega varstva po ZPVPJN v zvezi s tem javnim naročilom ni bistveno. Tudi dejstvo, da naročnik ni prejel zahtevka za revizijo, ki bi ga zoper vsebino obvestila ali dokument *»Razpisna dokumentacija«* vložil kakšen tuj gospodarski subjekt, ne pomeni, da to *»potrjuje, da pogoji iz razpisne dokumentacije nikogar niso odvrnili od kandidiranja v postopku javnega naročanja«*, kot je navedel naročnik (dokument *»Odločitev«* št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 12), temveč dokazuje samo to, da naročnik ni prejel nobenega zahtevka za revizijo, kar za položaj zagovornika javnega interesa v postopku pravnega varstva po ZPVPJN v zvezi s tem javnim naročilom ni bistveno. Razlogi za neaktivnost gospodarskih subjektov bi lahko bili različni, kar pa za položaj zagovornika javnega interesa v postopku pravnega varstva po ZPVPJN v zvezi s tem javnim naročilom ni bistveno, saj

je zanj bistveno, da lahko zaradi ureditve pravnega varstva po ZPVPJN uveljavlja, da naročnik ni ravnal skladno z ZJN-3.

Čeprav Državna revizijska komisija ne nasprotuje naročniku, ki je opozoril (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 12), da je treba odgovore tolmačiti ob upoštevanju zastavljenih vprašanj, pa ne more spregledati, da iz odgovorov pod št. 37 in 44, objavljenih 5. 10. 2021 na portalu javnih naročil, ne izhaja jasno stališče v zvezi z registracijo. K jasnosti stališča ne pripomore niti dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022. Kot izhaja iz odgovorov pod št. 37 in 44, se je naročnik skliceval na »ZPCP«, kar tudi očitno ni kratica zakona, na katerega se je nameraval sklicevati, saj se je glede na posredovano stališče skliceval na 33.a člena ZPCP-2, ki pa se ne nanaša na prevoz potnikov, temveč blaga, in torej predstavlja sklic na napačno pravno podlago, kar je dejansko priznal tudi naročnik v dokumentu »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 (str. 12, šesti odstavek, druga poved). Državna revizijska komisija pri tem celo zanemarja dejstvo, da se tudi »ZPCP« (kratica za Zakon o prevozih v cestnem prometu, Uradni list RS, št. 72/94 s sprem.) še uporablja, pri čemer vsebuje oziroma je vseboval tudi 33.a člen (*»osnovni kriteriji in merila za delitev dovolilnic«*), ki je bil vključen v podpoglavje *»Prevoz stvari v mednarodnem cestnem prometu«*, kar ni vsebina, ki bi bila sicer relevantna glede na zastavljeni vprašanji, na kateri je naročnik odgovoril z odgovoroma pod št. 37 in 44. Naročnik je sicer v dokumentu »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 (str. 12, tretji odstavek) navedel, da je pri odgovorih pod št. 37 in 44 upošteval ureditev iz 19. in 20. člena ZPCP-2, vendar je treba opozoriti, da se 19. člen ZPCP-2 nanaša na *»vrste licenc in izjeme«*, 20. člen ZPCP-2 pa na *»pogoje za pridobitev licence«*, pri čemer bi sklicevanje na 19. in 20. člen ZPCP-2 prej odpiralo vprašanje, ki je povezano z zakonitostjo določitve pogoja za sodelovanje, ki se nanaša na sposobnost za opravljanje poklicne dejavnosti v smislu točke a prvega odstavka 76. člena ZJN-3 v povezavi s četrtim odstavkom 76. člena ZJN-3. Prvi odstavek 19. člena ZPCP-2 namreč določa, da *»pravica za opravljanje dejavnosti cestnega prevoza potnikov ali blaga v notranjem cestnem prometu se pridobi z licenco«*, v napovedni povedi iz prvega odstavka 20. člena ZPCP-2 pa določa, da *»podjetje, ki želi opravljati dejavnost cestnega prevoza, mora izpolnjevati«* »pogoje za pridobitev licence«, ki so naštetih v nadaljnjih šestih točkah (od a do f). Čeprav je naročnik v polnosti citiral točko d prvega odstavka 20. člena ZPCP-2: *»biti lastnik vsaj enega v Republiki Sloveniji registriranega motornega vozila za posamezne vrste prevozov ali imeti pravico uporabe tega vozila na podlagi sklenjene najemne oziroma zakupne pogodbe ali lizing pogodbe«*, ne more zanemariti, da je ta pogoj zapisan za napovedno povedjo, ki jo je tudi citiral v polnosti. Besedilo, ki ga je naročnik citiral v dokumentu »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022 (str. 12, tretji odstavek, druga alineja), se tako nanaša na nek drug položaj, kot ga je uveljavljal zagovornik javnega interesa.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da sta obe naročnikovi pojasnili iz odgovorov pod št. 37 in 44, ki ju je izpostavil zagovornik javnega interesa, glede na kontekst ureditve iz ZJN-3 in ZPCP-2 vsaj nejasni in v primeru razumevanja, kot ga je predstavil naročnik (pri čemer je iz odgovorov pod št. 37 in 44, objavljenih 5. 10. 2021 na portalu javnih naročil, mogoče razumeti, da je izhajal iz ureditve, ki ni relevantna za primer prevozov potnikov, iz dokumenta »*Odločitev*« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, str. 12, tretji odstavek, pa je mogoče razumeti, da je izhajal iz ureditve, ki se nanaša na opravljanje dejavnosti cestnega prevoza potnikov v notranjem prometu) lahko odvrtačilno vplivajo na gospodarske subjekte za sodelovanje v postopku javnega naročanja, kar lahko neupravičeno vpliva na zmanjšanje konkurence (kršitev 5. člena ZJN-3), kar je dejansko uveljavljal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 10). Državna revizijska komisija dodaja, da je naročnik ustvaril še dodatno nejasnost zaradi zadnje povedi iz odgovora pod št. 37, ker ni upošteval, da ZJN-3 specialno ureja pravila o postopkih javnega naročanja (prvi odstavek 1. člena ZJN-3), ZPCP-2 pa specialno ureja pogoje in način opravljanja prevozov potnikov v notranjem cestnem prometu (prvi odstavek 1. člena ZPCP-2). Ta zakona specialno urejata različni področji in ob teh izhodiščih bi moral naročnik iskati rešitev, da ne bi izničil uporabe ZJN-

3 za vprašanje, ki ga ne ureja ZPCP-2, ker ga ureja ZJN-3. Naročnik mora sicer upoštevati, da se mora javno naročanje izvajati sorazmerno predmetu javnega naročanja, predvsem glede izbire, določitve in uporabe pogojev, zahtev in meril, ki morajo biti smiselno povezana s predmetom javnega naročila (8. člen ZJN-3), kar je tudi zahteva iz tretje povedi iz drugega odstavka 76. člena ZJN-3, na kar je pravilno opozoril zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 10). Iz naročnikovih odgovorov pod št. 37 in 44 tudi ni mogoče zaključiti, da je naročnik upošteval zahtevo za sorazmernost. Državna revizijska komisija ob tem še opozarja, da načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) »zahteva, da so vsi pogoji in podrobna pravila postopka oddaje v javnem razpisu ali razpisni dokumentaciji določeni jasno, natančno in nedvoumno, tako da lahko vsi razumno obveščeni in običajno skrbni ponudniki razumejo njihov natančen obseg in jih razlagajo enako in da lahko naročnik učinkovito preizkusi, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo merilom, ki urejajo zadevno naročilo« (npr. sodba Sodišča Evropske unije v zadevi Evropska komisija proti Kraljevini Nizozemski, C-368/10 z dne 10. 5. 2012, EU:C:2012:284, točka 109). Kršitev načela transparentnosti tako lahko vpliva na to, da naročnik ne bi zagotovil enake obravnave ponudnikov, ker bi isti pogoj (zaradi različnega razumevanja njegovega pomena) lahko ponudnike zavezoval različno, kar bi lahko predstavljalo kršitev 7. člena ZJN-3.

Ker pa je Državna revizijska komisija ugodila zahtevku za revizijo in v celoti razveljavila postopek 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) že zaradi ugotovitve kršitve, ki se nanaša na pošiljanje obvestil v objavo na portal javnih naročil in v Dodatek k Uradnemu listu Evropske unije, je v tem delu tega sklepa ugotovila le nadaljnjo kršitev oziroma nadaljnje kršitve, zaradi česar je mogoča le enaka posledica po ZPVPJN, kot jo je predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 11). Naročnik namreč kršitve v zvezi z nejasno zahtevo iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki lahko vpliva na zagotavljanje konkurence med ponudniki in njihovo enako obravnavo, ne more popraviti, ko je postopek oddaje javnega naročila že v fazi izbire ponudb, saj mora naročnik pogoje za priznanje sposobnosti določiti, še preden se seznanijo z vsebino ponudb (gl. v tem smislu deseto alineo prvega odstavka 48. člena ZJZP oziroma dvanajsti odstavek 76. člena ZJN-3, pa tudi omejitve iz prve povedi iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija ni posebej odločala o tistem delu zahtevka za revizijo (str. 11–15), ki se nanaša na izpodbijanje odločitve o oddaji javnega naročila v posameznih sklopih, v katerih je naročnik oddal javno naročilo. Kakršnakoli bi namreč bila ugotovitev, to ne bi moglo spremeniti dejstva, da je Državna revizijska komisija ugotovila že kršitve, ki se nanašajo na vsebino objave in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (dokument »Razpisna dokumentacija«), torej razpisno fazo, zaradi katerih je bilo treba v celoti razveljaviti postopek 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). Tako se izkaže, da ne glede na ugotovitev, ali bi bila podana kršitev tudi pri oddaji v posameznih sklopih ali ne, odločitev o oddaji v posameznih sklopih ne bi bila sprejeta v postopku oddaje javnega naročila, ki bi ga naročnik izvedel skladno z ZJN-3 oziroma ZJZP in ZJN-3.

Upoštevajoč vse navedeno Državna revizijska komisija povzema, da je, kot je večkrat predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, npr. str. 16), sprejela odločitev na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN in v celoti razveljavila postopek 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).

Zaradi sprejete odločitve se Državni revizijski komisiji tako ni treba opredeljevati do postopkovnih (procesnih) in vsebinskih vprašanj v zvezi z vlogo z dne 6. 7. 2022 v delu, ki predstavlja izjavo zagovornika javnega interesa o izjasnitvah gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana iz vlog z dne 15. 6. 2022 v delu, ki se nanašajo na zavračanje navedb zagovornika javnega interesa v zvezi s sprejeto odločitvijo o oddaji za posamezne sklope, saj to ne bi bilo v ničemer pomembno za sprejeto odločitev.

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 postopka 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) v celoti, bo moral naročnik v primeru, če bi želel znova oddati predmet, za katerim je povpraševal v razveljavljenem postopku, začeti nov postopek, pri izvedbi katerega naj upošteva stališča iz tega sklepa Državne revizijske komisije.

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

Gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper sta vsak v svoji vlogi z dne 15. 6. 2022 priglasila povrnitev stroškov, vendar jima Državna revizijska komisija ni priznala njihove povrnitve.

Državna revizijska komisija je v obrazložitvi tega sklepa pojasnila, da ZPVPJN ne določa, da se izbrani ponudnik lahko izjasni o navedbah iz zahtevka za revizijo, ko je vložen zoper vsebino objave, povabilo k oddaji ponudbe (tj. povabilo k predložitvi ponudb) ali razpisno dokumentacijo (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), zato ZPVPJN ne omogoča gospodarskima subjektoma Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper, da se lahko izjasni o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila). Čeprav sta se gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper izjasnila tudi o tem delu zahtevka za revizijo, to ne pomeni, da bi jima bilo treba priznati povrnitev stroškov. V ZPVPJN pravne podlage za priznanje povrnitve teh stroškov namreč ni. Vendar četudi bi Državna revizijska komisija zanemarila dejstvo, da ZPVPJN ne določa pravne podlage, da bi se gospodarskima subjektoma Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper povrnili stroški za izjasnitev o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), in bi njun položaj tolmačila v okviru prve povedi iz tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN, jima ne bi mogla priznati povrnitve stroškov, ker je tistemu delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), ugodila, kar pomeni, da gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper nista pripomogla naročniku k uspehu zoper tisti del zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila). Stroškov glede tega tako ne bi bili mogoče šteti za potrebne v smislu prve povedi iz tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN. Na podani zaključek ne vpliva niti izhodišče, ki bi zaradi navedbe zagovornika javnega

interesa, ki se neposredno nanaša na gospodarski subjekt Arriva, d. o. o., Kranj oziroma njegov položaj, morebiti vzpostavljalo obveznost, da je treba gospodarskemu subjektu Arriva, d. o. o., Kranj z razširjajočim tolmačenjem načela kontradiktornosti (10. člen ZPVPJN) omogočiti izjavo o taki navedbi zagovornika javnega interesa, saj to ne spremeni vsaj tega, da izjava gospodarskega subjekta Arriva, d. o. o., Kranj iz vloge z dne 15. 6. 2022 naročniku ni pripomogla k uspehu zoper tisti del zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »*Razpisna dokumentacija*« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila).

Državna revizijska komisija gospodarskima subjektoma Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ni priznala povrnitve stroškov niti v delu, ki naj bi jima nastali zaradi izjasnitve o tistem delu zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper odločitev o oddaji po posameznih sklopih, saj ne glede na njuno izjasnitev odločitev o oddaji po posameznih sklopih ni ostala v veljavi. Z razveljavitvijo postopka za »*Izbirno 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) v celoti, odločitev o oddaji po posameznih sklopih namreč nima več veljavne podlage in deli usodo razveljavljenega postopka. Njun prispevek tako ni pripomogel naročniku h končnemu uspehu, zato ti stroški niso bili potrebni v smislu prve povedi iz tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN.

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

Pravni pouk:

Zoper to odločitev ni dovoljen upravni spor po 39.a členu ZPVPJN.

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

Vročiti (na portalu eRevizija):

- naročnik,
- zagovornik javnega interesa,
- Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji, d. o. o., Ljubljana za gospodarske subjekte Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper,
- Odvetniška družba Brezovec, o. p., d. o. o., Ljubljana za gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.