

Številka: 018-040/2022-59

Datum: 2. 11. 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 Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence, Langusova ulica 4, Ljubljana (v nadaljevanju: zagovornik javnega interesa) zoper ravnanje javnega naročnika Republika Slovenija, Ministrstvo za infrastrukturo, Langusova ulica 4, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), 2. 11. 2022

odločila:

1. Zahtevak za revizijo je utemeljen.
2. Zahtevi gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper za povrnitev stroškov se zavrne.

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 »Izbiro koncesionarjev za izvajanje

gospodarske javne službe javni linijski prevoz potnikov na območju Republike Slovenije» razveljavi v celoti. Zagovornik javnega interesa je navedel, da:

- je naročnik kršil 4. in 5. člen Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3),
- je trg linijskih prevozov izvajanja gospodarske javne službe medkrajevni javni linijski prevoz potnikov v notranjem cestnem prometu v Republiki Sloveniji močno skoncentriran in oligopolen, pri čemer na njem deluje le nekoliko vodilnih ponudnikov, ki so gospodarsko samostojni in imajo skupaj velik tržni delež,
- izbrani ponudnik uživa monopolni položaj na koncesijskem območju,
- je določitev koncesijskih območij in oblikovanje postopka oddaje skupaj z določitvijo pogojev in vodenjem postopka oddaje javnega naročila izjemnega pomena in mora omogočiti sodelovanje vsem sposobnim avtobusnim prevoznikom, ki največjima konkurentoma predstavljajo največji konkurenčni pritisk, saj izbrani ponudnik na določenem območju uživa monopolni položaj ves čas trajanja pogodbe (5–8 let), kar neizbežno vpliva na strukturo konkurence na trgu dolgoročno,
- dodatni izstop (potencialnega) ponudnika s trga pomeni, da bo obstoječa oligopolna struktura s tem še bolj poudarjena, s čimer se bo še povečala možnost protikonkurenčnih praks na trgu,
- je v preteklosti že obravnaval omejevalna ravnanja podjetij na tem trgu pri enem od postopkov oddaje vsebinsko enakega javnega naročila in ugotovil, da so predstavniki največjih podjetij na medsebojnih srečanjih in po elektronski pošti izmenjali informacije o nastopu pri javnem naročilu, s čimer so popolnoma izključili medsebojno konkurenco,
- sicer ne zatrjuje, da je v zvezi s tem javnim naročilom prišlo do prikrojevanja ponudb, vendar poudarja, da z vidika konkurenčnega prava medsebojno poznavanje ponudnikov lahko vodi do raznih dogovorov med njimi,
- je prikrojevanje ponudb oblika omejevalnega sporazuma (kartel), prikrojevanju ponudb pa so najbolj izpostavljeni oligopolni trgi, na katerem je prisotno majhno število konkurentov oziroma majhno število večjih konkurentov in homogenost storitve, čemur ustreza to javno naročilo,
- način, kako je oblikovan postopek oddaje, lahko na takem trgu bistveno olajša kartelno dogovarjanje med ponudniki,
- trenutno 22 koncesionarjev izvaja linijske prevoze potnikov, naročnik pa je za obdobje od 1. 1. 2019 do najkasneje 30. 11. 2023 sklenilo pogodbe s 26 koncesionarji, pri čemer se podeljene koncesije nanašajo na posamezne linije,
- je naročnik s tem, ko je sklope vezal na statistično regijo in zanje določil večje število voznikov in vozil, sklope oblikoval tako, da je določeni skupini ponudnikov (tj. manjšim ponudnikom) brez objektivnega razloga onemogočil sodelovanje pri javnem naročilu s samostojno ponudbo, s čimer je omogočil večjima ponudnikoma prilagoditev cene glede na pričakovano konkurenco v posameznem sklopu,
- je naročnik za večino sklopov prejel le po eno ponudbo in za najvišjo dopustno ceno,
- je naročnik, drugače kot v prejšnjih postopkih oddaje, ki niso bili postopki javnega naročanja, temveč postopki podelitve koncesij, koncesijsko območje izenačil s snopom linij, ki združujejo posamezne linije in jih vezal na statistične regije, s čimer je oblikoval tako obsežne sklope, da se manjši gospodarski subjekti niso prepoznali kot potencialni ponudniki in zato, verjetno zaradi premajhnih kapacitet vozil in voznikov, niso oddali ponudb,
- bi moral naročnik »razdeliti oziroma razdrobiti sklope na manjše« in s tem odpreti trg konkurenci ter omogočiti sodelovanje manjših ponudnikov, saj je to nujno za zagotavljanje konkurence na tem trgu,
- ni utemeljena naročnikova odločitev, da določi manj sklopov, ki so bolj obsežni, saj bi omogočitev sodelovanja večjemu številu ponudnikov, zlasti tudi manjšim, pomenila pridobitev večjega števila ponudb, to pa bi pomenilo večjo konkurenco med ponudniki, špekulacija med

- ponudniki pa bi bila onemogočena ali vsaj otežena, kar bi se nedvomno odrazilo tudi v ponujeni ceni,
- s tem bi naročnik vplival na večjo gospodarnost izvedbe javnega naročila,
 - obstoj oligopolne strukture trga sam po sebi ni problematičen, je pa problematično zmanjšanje konkurence med udeleženci oligopolne strukture, ki lahko vodi v monopolne cene oziroma cene, ki se tem približujejo, kar se je tudi zgodilo pri tem javnem naročilu,
 - naročnik z izbrano omejitvijo 55 % ni zagotovil konkurence oziroma preprečil monopolizacije posamične statistične regije, ki jo je povzročil z oblikovanjem sklopov, oziroma oligopola celotnega trga, saj je učinkovito omogočil oddajo javnega naročila le dvema ponudnikoma, s čimer je dopustil, da sta si skupina Arriva in gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana razdelila trg,
 - je naročnik dodatno omejil konkurenco s tem, da je določil zahtevo, da prijava istih zaposlenih in istih avtobusov na več sklopih ni dopustna, pri čemer taka zahteva v kombinaciji s tem, da ponudnik lahko zmaga le za 55 % sklopov, ne da bi mu bilo pri oddaji ponudbe znano, za kateri sklop bo zmagal, manjšim ponudnikom preprečuje oziroma še dodatno otežuje nastop s samostojno ponudbo ali ponudbo konzorcija za javno naročilo,
 - je naročnik skušal to slabost sanirati z določitvijo socialnega merila,
 - skoraj vsi dosedanja manjši izvajalci sodelujejo pri tem javnem naročilu kot podizvajalci,
 - podizvajalci glede na strukturo javnega naročila ne morejo ustvariti konkurenčnega pritiska in zato na obnašanje večjih ponudnikov nimajo vpliva,
 - naročnik s socialnim merilom ni preprečil monopolizacije posamezne statistične regije, ki ji bo povzročil s tem postopkom oddaje, ampak predvsem utrdil oligopolno strukturo trga,
 - socialno merilo tudi ni povezano s predmetom javnega naročila, temveč ponudnikom,
 - je nedvomno, da je na oblikovanje ponujene cene vplivala javno objavljena maksimalna cena,
 - se je odsotnost drugih ponudnikov odrazila na ceni,
 - Smernice za bojevanje proti dogovorjenemu oddajanju ponudb v javnih naročilih, ki jih je sprejel OECD leta 2009 (v nadaljevanju: Smernice OECD), odsvetujejo določanje najvišje censke omejitve, pa tudi svetujejo, naj naročnik ne objavi censkih omejitev,
 - je naročnik vplival na konkurenco tudi s tem, ko je spremenil število kilometrov pri sklopu 6, vendar ni spremenil vrstnega reda oddajanja sklopov, kar bi lahko vodilo do tega, da se skupina Arriva ne bi mogla več potegovati za sklop 5, temveč bi lahko bila izbrana ponudba ponudnika Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota.

Naročnik je 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 (2. 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 16. 6. 2022 na portalu eRevizija vložila izjasnitev z dne 16. 6. 2022 in med drugim enako navedla, da je zahtevek za revizijo nepravočasen, 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 »*[p]ri predmetnem poslu tako ne gre za koncesijo za storitve (kjer bi bili potencialni ponudniki prisiljeni prevzemati večino ali celotno operativno tveganje), temveč za javno naročilo (kjer prevzem operativnega tveganja s strani ponudnika oziroma izvajalca ni predviden)*«. Gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper sta tudi navedla, da ker je zagovornik javnega interesa »*pred izvedbo javnega naročila*«

»zavzel jasno stališče glede njegove konkurenčno pravne skladnosti, po izboru ARRIVE kot ustreznega ponudnika (pri čemer je prav ARRIVA poslala pobudo za izdajo mnenja po 71. členu ZPOmK-1), pa se je odločila za vložitev zahtevka za revizijo postopka, ravnanje AVK kaže tudi na morebitno zlorabo pravice, ki jo ima kot zagovornik javnega interesa«, poleg tega pa sta še navedla, da ni utemeljeno stališče zagovornika javnega interesa, da ni podana omejitev iz tretjega odstavka 16. člena ZPVPJN. 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. Gospodarskega 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 16. 6. 2022 na portalu eRevizija vložil izjasnitev z dne 16. 6. 2022 in med drugim predlagal, da se zahtevki za revizijo zavrne, ker ga je zagovornik javnega interesa vložil nepravčasno, uveljavljal pa je tudi, da zagovornik javnega interesa ni opozoril na kršitve na portalu javnih naročil, kot to določa tretji odstavek 16. člena ZPVPJN. Gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana se je opredelil tudi do očitanih kršitev in utemeljil, zakaj niso podane, pri čemer je pri opredeljevanju do prevzemanja tveganja, ki velja tudi za izvajalce in ne le naročnika, navedel, da »gre za javno naročilo storitev in ne koncesijo«. Gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana 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 sklep št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022 in se »zadevo vrne naročniku v obravnavo«.

Državna revizijska komisija je s sklepom št. 018-040/2022-35 z dne 12. 7. 2022 pritožbi ugodila in razveljavila odločitev, da se zavrne zahtevki za revizijo, kot je izhajala iz 2. 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. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, ki ga je vložil 25. 7. 2022 na portalu eRevizija, zavrnil zahtevki za revizijo (1. točka izreka) in odločil o stroških, relevantnih za položaj zagovornika javnega interesa (2. 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. Naročnik je navedel, da:

- 50. člen Zakona o prevozi 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 Uredba (ES) št. 1370/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prevoza ter o razveljavitvi uredb Sveta (EGS) št. 1191/69 in št. 1107/70 (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 odkazuje na smiselno uporabo 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«*,
- je javno naročilo v smislu Uredbe 1370/2007 opredeljeno drugače kot v nacionalni zakonodaji in *»s klasičnim javnim naročilom koncesije sploh ni mogoče podeliti, saj ZJN-3 tega ne predvideva«*,
- je oblikoval sklope, število in obseg sklopov pa sta v naročnikovi prosti presoji,
- je zagovornik javnega interesa prekludiran *»v tem delu«*, *»saj "izpodbija" razpisno dokumentacijo, hkrati pa tudi za vlagatelja veljajo določila glede obveznosti predhodnega opozorila na domnevno kršitev skladno s 3. odstavkom 16. člena ZPVPJN, v zvezi z nepravilnostjo oblikovanja števila sklopov pa naročnik ni prejel nobenega opozorila«*,
- zagovornik javnega interesa ni ponudil nobene rešitve, kako bi moral naročnik čim večjemu številu potencialnih ponudnikov zagotoviti možnost, da sodelujejo v zvezi z oddajo predmeta,
- je leta 2010 predvidel le 6 koncesijskih območij, sedaj jih je 12, kar omogoča prijavo tudi manjšim avtobusnim prevoznikom ali združenjem avtobusnih prevoznikov,
- zahteva zagovornika javnega interesa, da bi morala biti koncesijska območja tako majhna, da bi omogočala prijavo tudi posameznim manjšim izvajalcem avtobusnih prevozov, ni ekonomsko upravičena, saj bi oblikovanje tako majhnih koncesijskih območij do te mere razdrobilo izvajanje gospodarske javne službe linijskega prometa potnikov, da bi ta postal ekonomsko nevzdržen in neučinkovit, saj *»linije med posameznimi koncesijskimi območji bi se medsebojno prekrivale; ustvarjali bi se presežki t. i. praznih kilometrov; onemogočena bi bila optimizacija prevozov in kombiniranje delovnih ur posameznih voznikov, zaradi česar bi nastajali presežki t. i. praznih delovnih ur voznikov, otežen nadzor nad izvajalci, število rezervnih šoferjev itd...«*,
- *»je sklope ustrezno prilagodil specifični naročila na podlagi prometne študije, ki jo je izvedel v fazi pred začetkom postopka oddaje javnega naročila«*,
- je primeren koncept koncesijskih regij, ker je izenačen z veljavnimi statističnimi regijami, predstavlja prometno logistično zaključene celote oziroma migracijska območja,
- s posameznimi sklopi in njihovim obsegom primarno zasleduje cilj povečanja učinkovitosti javnega linijskega potniškega prometa, pri čemer je v posamezne sklope uvrstil linije, ki po analizah predstavljajo medsebojno povezane linije (prestopanje potnikov ipd.),
- je s ciljem zagotavljanja učinkovitosti (preprečevanje prekrivanja linij in preprečevanje praznih voženj zaradi potniške asimetrije) oblikoval linije tako, da bo tesno povezane linije izvajal en koncesionar, ki bo skrbel tudi za to, da bodo povezave takšne, da med njimi ne bo nepotrebne daljšega čakanja in zamud,
- bi vsako dodatno deljenje teh regij imelo za posledico dodatne fiksne stroške in bi bilo logistično neučinkovito,

- bi bilo umetno ustvarjanje sklopov povsem neživljenjsko in bi bilo za uporabnika neprimerljivo slabše,
- je bila tretjina sklopov manjšega obsega, vendar ni prejel ponudbe manjših ponudnikov, čeprav so imeli možnost, da nastopijo kot konzorcij in skupaj zagotovijo zahtevane kapacitete, s čimer bi dobili tudi dodatne točke,
- zagovornik javnega interesa ni izkazal, da bi se drobljenje snopov linij tudi dejansko kazalo v večjem številu ponudnikov,
- bi moral zagovornik javnega interesa v skladu s prvim odstavkom 73. člena ZJN-3 dokazati štiri elemente,
- *»oblikovanje javnega naročila na samostojno zaključene sklope po nekem konceptu ne pomeni, da drugi principi oblikovanja javnega naročila niso omogočali ali pa celo, da je predlagan koncept zato nezakonit«*,
- ni jasno, na kaj opozarja zagovornik javnega interesa s sklicevanjem na prikrojevanje ponudb, in domneva, da zagovornik javnega interesa morebiti želi opozoriti na naročnikovo obveznost izključitve ponudnika na podlagi 3. točke drugega odstavka Uredbe GJS, sicer pa je treba zavrniti kakršna koli namigovanja v tej smeri, navedbe o postopkih, začelih v letih 2010 in 2018, pa so pravno nerelevantne in ne predstavljajo nikakršnega dokaza o sedanjem ravnanju udeležencev na trgu,
- je organiziral več javnih posvetov s potencialnimi ponudniki (13. 5. 2021 in 22. 7. 2021) in *»v javno naročilo«* vključil določila, ki ščitijo podizvajalce,
- je eden izmed ponudnikov zagovornika javnega interesa z dopisom z dne 16. 4. 2021 pozval k sprejemu mnenja po 71. členu Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/2008 s sprem.; v nadaljevanju: ZPOmK-1), pri čemer je zagovornik javnega interesa v odgovoru z dne 17. 5. 2021 odgovoril, da je ministrstvo v zadostni meri utemeljilo, da se s tem ukrepom povečuje objektivna možnost zamenjave osebnega vozila z avtobusom, zaradi česar se razbremenjuje cestno omrežje in se zmanjšujejo negativni vplivi prometa na okolje, stališča iz zahtevka za revizijo pa so v nasprotju s stališči iz dopisa z dne 16. 4. 2021,
- vsako oblikovanje pogojev in meril do neke mere omejuje konkurenco, kar pa samo po sebi ne predstavlja nedovoljenega ravnanja,
- je bilo sporno merilo določeno z namenom zaščite malih podizvajalcev in zaradi spodbujanja nastopanja s podizvajalci ne more biti kaznovan, pri čemer to merilo tudi ni bilo prerekano ali izpodbijano pred potekom roka za prejem ponudb,
- je merilo, ki nagraduje nastopanje s podizvajalci, 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,
- ni odgovoren, da se mali podizvajalci niso povezali v konzorcije,
- Smernice OECD niso zavezujoč pravni akt,
- je objava zagotovljenih sredstev v skladu z veljavno zakonodajo,
- zagovornik javnega interesa z vložitvijo zahtevka za revizijo očitno želi ohraniti stanje protipravnega podaljševanja koncesijskih pogodb, ki se izvajajo po višjih cenah, kot so predvidene po tem postopku, s čimer zagovornik javnega interesa ravna tudi v nasprotju z namenom svoje ustanovitve,
- zagovornik javnega interesa ni ne navedel ne dokazal, kako, na kakšen način, s kakšno odstotkovno omejitvijo ipd. bi bilo mogoče upravičeno doseči večjo mero zagotavljanja konkurence,

- zagovornik javnega interesa pavšalno, neutemeljeno in nedokazano zatrjuje, da omejitev 55 % omogoča zlorabo položaja določenih ponudnikov,
- je z namenom preprečitve monopolnega položaja upravičeno omejil obseg oddanih sklopov posameznemu gospodarskemu subjektu, kar bi moral zagovornik javnega interesa pozdraviti, ne pa izpodbijati,
- je ponudbe ocenjeval v skladu z vsebino dokumenta »Razpisna dokumentacija«,
- zaradi odgovora, objavljenega 5. 11. 2021 ob 8.37 na portalu javnih naročil, ni utemeljeno, da bi moral najprej upoštevati sklop 6 pred sklopom 5,
- zagovornik javnega interesa pavšalno, neutemeljeno in nedokazano zatrjuje, da omejitev prijave istih zaposlenih in istih vozil v več sklopih omogoča zlorabo oziroma špekulacijo, saj je treba upoštevati posledice, ki bi nastale, če tega pogoja ne bi bilo, saj bi lahko gospodarski subjekt uspel v več sklopih, vendar ne bi imel potrebnih kapacitet (avtobusov in voznikov) za izvedbo posameznih sklopov,
- vozniki in avtobusi po naravi stvari niso »nekakšne "šahovske figure"«, ki bi jih lahko ponudnik prosto premikal po območju izvajanja prevozov skladno z geografsko določenimi sklopi,
- je zagotovo potrebna ustrezna kadrovska, tehnična in logistična organizacija voznikov in avtobusov glede na geografsko območje, na katerem se bodo izvajale storitve,
- je s tem pogojem zagotovil večjo konkurenco in zmanjšal možnost špekuliranja ponudnikov, s čimer so se imeli večjo možnost konkuriranja manjši ponudniki.

Naročnik je 28. 7. 2022 prek portala eRevizija Državni revizijski komisiji posredoval zahtevek za revizijo in dokumentacijo.

Zagovornik javnega interesa se je z vlogo z dne 28. 7. 2022, ki jo je vložil 28. 7. 2022 prek portala eRevizija, opredelil do navedb naročnika v odločitvi o zahtevku za revizijo in pojasnil, zakaj se z njimi ne strinja.

Naročnik je z vlogo št. 430-39/2021/188-0242 z dne 1. 8. 2022, ki jo je vložil 1. 8. 2022 na portalu eRevizija, prerekal navedbe zagovornika javnega interesa iz vloge z dne 28. 7. 2022.

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 številu 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 upoštevaje drugi odstavek 111. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.; v nadaljevanju: 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 (oblikovanje sklopov, pravili v zvezi z omejitvijo in vrstnim redom oddaje sklopov, določitev enega izmed meril, določitev pogojev za priznanje tehnične in strokovne sposobnosti glede avtobusov in voznikov, objava maksimalno dovoljene cene). Naročnik je sprva zavrgel zahtevek za revizijo (2. točka izreka sklepa št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022), ker naj bi ga zagovornik javnega

interesa vložil nepravočasno, vendar ga je po tem, ko je Državna revizijska komisija s sklepom št. 018-040/2022-35 z dne 12. 7. 2022 na podlagi pritožbe z dne 17. 6. 2022 razveljavila 2. točko izreka sklepa št. 430-39/2021/154-0242 z dne 14. 6. 2022, ker je ugotovila, da ga zagovornik javnega interesa ni vložil nepravočasno, zavrnil z dokumentom »*Odločitev*« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, saj, kot je pojasnil, ni storil očitanih kršitev, pri tem pa je tudi uveljavljal nekaj argumentov, zaradi katerih ne bi bilo mogoče ugotoviti, da so izpolnjene (postopkovne, procesne) predpostavke za (vsebinsko, meritorno) obravnavo zahtevka za revizijo.

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. Državna revizijska komisija je prejela zahtevek za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, po tem ko ji ga je posredoval naročnik zaradi prvega odstavka 29. člena ZPVPJN, saj ga je zavrnil, zato bi bil izpolnjen pogoj 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, 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 ter 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 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. 018-040/2022-35 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, 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 in 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 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 iz vloge z dne 15. 6. 2022 (izjasnitev o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije) 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.

Gospodarski subjekti 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 16. 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 subjekti 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 zahtevku 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 o zahtevku 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 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 podati 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 16. 6. 2022, s katerimi so se izjasnili o zahtevku za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila).

Stališča, ki jih je predstavila Državna revizijska komisija, so potrjena tudi z dejstvom, če bi tudi zagovornik javnega interesa vložil zahtevek za revizijo zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila) še pred potekom roka za prejem ponudb ali še preden bi naročnik izbral ponudbe in oddal javno naročilo, saj je očitno, da v tem primeru gospodarski subjekti Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana ne bi imeli podlage v ZPVPJN, da se izjasnijo o navedbah iz zahtevka za revizijo. Drugačna ureditev roka iz osmega odstavka 25. člena ZPVPJN za vložitev zahtevka za revizijo, ki jo imajo zagovorniki javnega interesa, kot jo imajo vlagatelji, glede na ureditev iz 27. člena ZPVPJN ni relevantna okoliščina, da bi se gospodarski subjekti Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana lahko izjasnili o navedbah iz zahtevka za revizijo, ki ga je zagovornik javnega interesa vložil zoper

vsebinsko 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 vsebinsko objavo 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. 018-040/2022-35 z dne 12. 7. 2022. Državna revizijska komisija je ugotovila, da je zagovornik javnega interesa zahtevke za revizijo vložil pravočasno.

Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence 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 zahtevke 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 vplaga 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, na kar se je vsebinsko enako skliceval naročnik z navedbo (dokument *»Odločitev«* št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 15), da *»z vložitvijo zahtevka za revizijo vlagatelj očitno želi ohraniti stanje protipravnega podaljševanja zgoraj omenjenih koncesijskih pogodb«*, 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.

Državna revizijska komisija je v sklepu št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022 in torej pri obravnavi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije, zavrnila tudi navedbe gospodarskega subjekta Nomago, d. o. o., Ljubljana iz vloge z dne 15. 6. 2022, s katero se je izjasnil o navedbah iz zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije, 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. Državna revizijska komisija je namreč pojasnila, da 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.

Državna revizijska komisija tudi ugotavlja, da se 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. Iz navedenega ne izhaja, da zagovornik javnega interesa skuša zasledovati neke parcialne interese.

Gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper sta sicer s sklicevanjem na prejeti odgovor št. 3060-15/2021-2 z dne 17. 5. 2021, s katerim je zagovornik javnega interesa odgovoril, da *»iz predloga Uredbe [GJS] ne izhaja verjetnost kršitve pravil konkurence in tudi ni podana podlaga za izdajo mnenja po 71. členu ZPOmK-1«*, na njun dopis z dne 16. 4. 2021, s katerim sta predlagala, da zagovornik javnega interesa prične postopek ocene skladnosti predloga Uredbe GJS s pravili o varstvu konkurence in učinkov predloga Uredbe GJS na konkurenco *»pri razpisu«* ter da sprejme mnenje po 71. členu ZPOmK-1, opozorila, da ravnanje zagovornika javnega interesa *»kaže tudi na morebitno zlorabo pravice«*, vendar Državna revizijska komisija, četudi se zanemari, prvič, da se je odgovor št. 3060-15/2021-2 z dne 17. 5. 2021 nanašal na predlog Uredbe GJS in ne še veljavno Uredbo GJS, in, drugič, da gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper niti nista izrecno uveljavljala zlorabe pravice, temveč sta se na zlorabo pravice zaradi uporabljene besede *»morebitno«* sklicevala le kot možnost, ne bi mogla pri zagovorniku javnega interesa ugotoviti zlorabe pravice do uveljavljanja pravnega varstva, in sicer niti, če bi se ugotovilo, da je sprejeta in veljavna Uredba GJS tudi v elementih, ki so lahko relevantni za obravnavo zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa, enaka predlogu Uredbe GJS. Nasprotno stališče bi namreč pomenilo, da bi neko stališče iz preteklosti postalo nespremenljivo, čeprav ne bi bilo pravilno ali pa bi bilo že preživeto, kar bi pomenilo, da nek organ ne bi mogel preteklega stališča nadomestiti, popraviti, posodobiti, prilagoditi, spremeniti, zamenjati ipd.

Tretji odstavek 16. člena ZPVPJN določa, da se v predrevizijskem in revizijskem postopku ne presojuje 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, kot je že pojasnila v sklepu št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022, 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. 018-040/2022-35 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. Zato so neutemeljene navedbe naročnika (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 8) in gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana, s katerimi so uveljavljali, da tudi zagovornika javnega interesa zavezuje dolžnost opozarjanja na kršitve prek portala javnih naročil.

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 zahtevek 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 zahtevek 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.

Čeprav prekluzija navajanja kršitev glede na tretji odstavek 25. člena ZPVPJN ni postopkovno (procesno) vprašanje, pač pa je vezana na vsebinsko odločanje, Državna revizijska komisija ponavlja, da je že v sklepu št. 018-040/2022-35 z dne 12. 7. 2022 ugotovila (in to tudi ponovila v tem sklepu), da je zagovornik javnega interesa zahtevek za revizijo zoper vsebino objave in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (dokument »*Razpisna dokumentacija*«) vložil pravočasno, pri čemer je to stališče utemeljila z upoštevanjem posebne ureditve iz osmega odstavka 25. člena ZPVPJN, ki se upošteva za ugotavljanje teka roka za zahtevek za revizijo, ki ga vloži zagovornik javnega interesa. To pa v tem primeru tudi pomeni, da zagovornik javnega interesa ne more biti prekludiran za navajanje kršitev zoper vsebino objave in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila (dokument »*Razpisna dokumentacija*«), kot je navedel naročnik (gl. dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 8). Ob taki ugotovitvi

Državni revizijski komisiji ni treba še ugotavljati, ali bi se tretji odstavek 25. člena ZPVPJN (ki se izrecno sklicuje le na vlagatelja, ne pa tudi na zagovornika javnega interesa) glede na ureditev iz osmega odstavka 25. člena ZPVPJN (ki z besedami »ne glede na določbe prvega do sedmega odstavka tega člena« izrecno kot pravno podlago za ugotavljanje pravočasnosti pri zagovorniku javnega interesa določa osmi odstavek 25. člena ZPVPJN) lahko sploh uporabil za položaj zagovornika javnega interesa. Ne glede na navedeno je treba še dodati, da tudi v primeru, če bi se skušalo tolmačiti tretji odstavek 25. člena ZPVPJN, da velja tudi za položaj zagovornika javnega interesa, že tretji odstavek 25. člena ZPVPJN s tistim delom določbe, ki se glasi »razen če to dopušča ta zakon«, ureja položaj, ki zagovorniku javnega interesa ne preprečuje navajanja kršitev iz »razpisne faze«. ZPVPJN namreč, kot že navedeno, v osmem odstavku 25. člena ZPVPJN, ureja za zagovornika javnega interesa položaj, ki mu omogoča, da tudi po poteku roka za prejem ponudb navaja kršitve iz »razpisne faze«. V takem primeru ZPVPJN torej »dopušča« zagovorniku javnega interesa, da navaja kršitve iz »razpisne faze«.

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 16. 6. 2022, to ne pomeni, da ti gospodarski subjekti ne bodo dobili odgovora na vsaj nekatere svoje navedbe iz vlog z dne 16. 6. 2022. Naročnik je namreč pri pripravi dokumenta »Odločitev« št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, čeprav morda le implicitno, 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 16. 6. 2022.

Vendar ne glede na vse predhodno navedeno Državna revizijska komisija ne more spregledati, da je je zagovornik javnega interesa vložil zahtevek za revizijo zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila) že po poteku roka za prejem ponudb in tudi po tem, ko je naročnik že izbral ponudbe, kar ne spremeni tega, da je zagovornik javnega interesa izpodbijal naročnikova ravnanja iz »razpisne faze« in le zaradi tega za vsebino zahtevka za revizijo ne veljajo drugačna pravila, kot so tista iz drugega odstavka 15. člena ZPVPJN, skladno s katerimi mora vlagatelj v zahtevku za revizijo navesti očitane kršitve ter dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo. Čeprav drugi odstavek 15. člena ZPVPJN izrecno navaja vlagatelja, ne pa tudi zagovornika javnega interesa, je vseeno treba (vsaj po analogiji položajev; prim. prvi odstavek 38. člena ZPVPJN, ki Državni revizijski komisiji nalaga, da odloča v mejah zahtevka za revizijo, in sicer o vseh očitanih kršitvah v postopku oddaje javnega naročila, iz česar je treba izpeljati, da tudi zahtevek za revizijo, ki ga vloži zagovornik javnega interesa, mora vsebovati kršitve, saj Državna revizijska komisija sicer ne more odločati o kršitvah, prvo poved iz tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN, ki določa, da mora Državna revizijska komisija pri odločanju med drugim upoštevati navedbe zagovornika javnega interesa in se upoštevati 38. člen ZPVPJN do njih opredeliti, iz česar je treba izpeljati, da se navedbe, ki jih mora Državna revizijska komisija upoštevati pri odločanju, nanašajo vsaj na dejansko stanje in torej dejstva, in prvi odstavek 13. člena ZPVPJN, ki napotuje na uporabo ZPP, ki med drugim določa pravilo o povezanosti trditvenega in dokaznega bremena, iz česar je treba izpeljati, da tudi za zagovornika javnega interesa velja dolžnost dokazovanja navedb oziroma dejstev) razumeti, da mora tudi zagovornik javnega interesa v zahtevku za revizijo navesti očitane kršitve ter dejstva in dokaze. Če bi zagovornik javnega interesa vložil zahtevek za revizijo zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila) še pred rokom za prejem ponudb v odprtem postopku, je očitno, da se za utemeljevanje zahtevka za revizijo ne bi mogel opreti na dejansko stanje, ki je nastalo po poteku roka za prejem ponudb. Le potek časa (potek roka za prejem ponudb) tako ne more biti tista okoliščina, zaradi katere bi zagovornik javnega interesa s sklicevanjem na kasnejše ponudnikovo ravnanje lahko že uspešno uveljavil, da neko naročnikovo ravnanje, ki se je zgodilo pred ponudnikovim ravnanjem, pomeni kršitev javnonaročniških pravil. Državna revizijska komisija je glede na ta izhodišča upoštevala, da utemeljevanje zagovornika javnega interesa, da (aktivna in/ali pasivna) ravnanja gospodarskih

subjektov iz časa po poteku roka za prejem ponudb, ne more že utemeljiti, da je naročnik kršil javnonaročniška pravila. Hkrati na podlagi tega ravnanja zagovornika javnega interesa, ko se je skliceval na konkretne gospodarske subjekte in njihova ravnanja, ni mogoče izključiti, da ni neposredno posegal tudi v njihov položaj, še zlasti takrat, ko je iz njegovih navedb mogoče razumeti, da se sklicuje na ravnanja teh gospodarskih subjektov v negativnem smislu. Če bi bila zaradi takega ravnanja zagovornika javnega interesa morebiti vzpostavljena obveznost, da je treba tem gospodarskim subjektom z razširjajočim tolmačenjem načela kontradiktornosti (10. člen ZPVPJN) omogočiti izjavo o takih navedbah zagovornika javnega interesa, Državna revizijska komisija pa naj bi tako izjavo s tolmačenjem prve povedi iz tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN morala upoštevati, bo Državna revizijska komisija v nadaljevanju pojasnila, da četudi ne upošteva izjav, ki so jih podali gospodarski subjekti, na katere se je skliceval zagovornik javnega interesa, njihov položaj zaradi ravnanja Državne revizijske komisije ni bil ne oškodovan ne prizadet. Državna revizijska komisija namreč ni ugotovila kršitev ZJN-3 v primeru tistih kršitev, ki jih uveljavljal zagovornik javnega interesa tudi s sklicevanjem na položaj gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana.

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, 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 ter 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022 upoštevala izhodišče, ali je naročnik kršil pravila, ki urejajo oddajo javnih naročil (storitev), ne pa pravil, ki urejajo oddajo koncesij (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 Acosef, 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, 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 ter 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 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. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022 (str. 6–8) 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.

Čeprav Državna revizijska komisija razume naročnika, ki opozarja, kaj je določeno v nacionalni zakonodaji v zvezi z izvajanjem gospodarske javne službe in je tako naročnik tudi zavezan upoštevati nacionalno zakonodajo v zvezi s predmetom, ki je predmet postopka oddaje, pa 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. Državna revizijska komisija je v sklepu št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022 pojasnila, da 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 novejša 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. Navedeno pomeni, da imajo pojmi »javno naročilo (storitev)« in »koncesija (za storitve)« po nacionalni zakonodaji (v ZJN-3 in ZNKP) enako vsebino, kot jo imajo po pravu Evropske unije. Iz navedenega izhaja, da naročnik ne more s sklicevanjem na Uredbo 1370/2007 (dokument »Odločitev« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 6–8) utemeljiti, da je treba zgolj za položaj, v katerem je bil ponudnik Ljubljanski potniški promet, d. o. o., Ljubljana, uporabiti pojem »javno naročilo (storitev)«, za druge položaje pa pojem »koncesija (za storitve)«.

Noben argument naročnika iz dokumenta »Odločitev« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022 (str. 6–8) tako ne podpira njegovega stališča, da oddaja koncesijo za storitve. Državna revizijska komisija ni mogla zaključiti drugače na podlagi stališč s str. 1 vloge št. 430-39/2021/188-0242 z dne 1. 8. 2022, saj je naročnik (dobesedno) ponovil enaka stališča, kot jih je navedel na str. 8 dokumenta »Odločitev« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022.

Državna revizijska komisija tako ponavlja, da je treba pri oddaji predmeta, kot ga oddaja naročnik, upoštevati pravila, ki veljajo za oddajo javnih naročil (storitev). Temu stališču pa, kot je ugotovila Državna revizijska komisija že v sklepu št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022, pritruje 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. Iz prvega odstavka 27. člena ZJZP je torej razvidno pravilo, ki za potrebe ZJZP razrešuje položaj, ko je posel glede na svoje lastnosti javno naročilo oziroma javnonaročniško partnerstvo, čeprav v posebnem zakonu ni poimenovano ali urejeno kot javno naročilo oziroma javnonaročniško partnerstvo.

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.

Državna revizijska komisija še dodaja, da so si tudi gospodarski subjekti Arriva, d. o. o., Kranj, Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper ter Nomago, d. o. o., Ljubljana v vlogah z dne 16. 6. 2022 enotni, da naročnik oddaja javno naročilo.

Državna revizijska komisija uvodoma v zvezi z navedbami zagovornika javnega interesa o kršitvi 5. člena ZJN-3, ki jih je utemeljeval z različnimi razlogi, pojasnjuje, da vsak pogoj, razlog za izključitev, zahteva, tehnična specifikacija ipd., ki jih določi naročnik, tako ali drugače lahko vpliva na konkurenco, saj razlikuje med gospodarski subjekti glede na različne elemente. Nekateri gospodarski subjekti namreč že zaradi svojega položaja, statusa, velikosti, izkušenj, znanj ipd. ne izpolnjujejo kakega izmed teh elementov (npr. pogoji in zahteve), so v položaju, v katerem ne bi smeli biti (npr. pri razlogih za izključitev), na trgu ponujajo le predmete z določenimi lastnostmi in ne tudi tistimi, kot jih je naročnik določil v tehničnih specifikacijah. Vendar to še ne pomeni, da je naročnik kršil 5. člen ZJN-3, če določen gospodarski subjekt ne bi mogel pridobiti javnega naročila. ZJN-3 namreč naročniku omogoča, da določi pogoje, zahteve, razloge za izključitev, tehnične specifikacije ipd. in mu torej daje možnosti, s katerimi lahko vpliva na krog gospodarskih subjektov, ki bi pridobili javno naročilo. Pri tem je pomembno, da naročnik te možnosti uporabi skladno z ZJN-3. Če jih uporabi skladno z ZJN-3, je potem očitno, da je konkurenco »omejil« na zakonsko dopusten način.

Državna revizijska komisija v zvezi z navedbami zagovornika javnega interesa o kršitvi 5. člena ZJN-3 tudi izpostavlja, da se gospodarski subjekti samostojno odločajo, ali bodo sodelovali v postopku oddaje javnega naročila in ali bodo predložili ponudbo, pa tudi se odločajo, ali bodo uveljavljali pravno varstvo. Naročnik ne more za njih oblikovati volje na ponudbeni strani. Naročnik izraža svojo voljo na strani povpraševanja.

Končno pa Državna revizijska komisija opozarja, da v revizijskem postopku odloča o zakonitosti naročnikovega ravnanja, ne pa o primernosti njegovega ravnanja.

Zagovornik javnega interesa je v pretežnem delu zahtevka za revizijo z več različnimi argumenti uveljavljal, da bi moral naročnik razdeliti javno naročilo v še več sklopov, kot ga je že razdelil.

Naročnik je v točki II.1.4 obvestila o koncesiji in dokumentu »Razpisna dokumentacija« (poglavje 1, str. 2, šesti odstavek), do katerega so gospodarski subjekti lahko dostopali prek prve povezave v točki I.3 obvestila o koncesiji, med drugim določil:

»Javno naročilo se deli na naslednje sklope:

SKLOP SKL01: Gorenjska (ocenjen letni obseg v km: 8.898.462)

SKLOP SKL02: Podravska (ocenjen letni obseg v km: 8.198.418)

SKLOP SKL03: Savinjska (ocenjen letni obseg v km: 6.756.266)

SKLOP SKL04: Jugovzhodna Slovenija (ocenjen letni obseg v km: 5.654.010)

SKLOP SKL05: Pomurska (ocenjen letni obseg v km: 4.623.008)

SKLOP SKL06: Osrednjeslovenska (ocenjen letni obseg v km: 4.553.246)

SKLOP SKL07: Obalno-kraška (ocenjen letni obseg v km: 4.483.864)

SKLOP SKL08: Goriška (ocenjen letni obseg v km: 4.401.690)

SKLOP SKL09: Koroška (ocenjen letni obseg v km: 3.307.046)

SKLOP SKL10: Posavska (ocenjen letni obseg v km: 2.215.274)

SKLOP SKL11: Primorsko-notranjska (ocenjen letni obseg v km: 1.779.556)

SKLOP SKL12: Zasavska (ocenjen letni obseg v km: 1.685.536)«,

v dokumentu »Razpisna dokumentacija« (poglavje 1, str. 2) pa tudi:

- peti odstavek:

»Podrobnejši opis storitve in druge zahteve so razvidne iz poglavja 5 – Tehnične specifikacije.«

in

- sedmi, osmi in deveti odstavek:

»Ponudnik lahko predloži ponudbo za enega, več sklopov ali vse sklope javnega naročila. Naročnik bo sklope oddajal po vrstnem redu od sklopa SKL01 do SKL12. Sklopi so razvrščeni po ocenjenem letnem obsegu kilometrov od največjega do najmanjšega.

Posameznemu gospodarskemu subjektu bo, iz razlogov varstva konkurence na trgu (ne glede na vlogo v ponudbi - ali nastopa kot ponudnik ali partner ali podizvajalec), oddanih največ za 55% sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v km (na nadaljnjih sklopih bo gospodarski subjekt izključen, ne glede na to da bi na takem sklopu opravljal le del obsega storitev). Enako velja tudi v primeru povezanih družb (družbam, ki po pravilih zakonodaje, ki ureja gospodarske družbe, štejejo za povezane družbe, bo skupaj oddanih največ za 55% sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v km).

Primer: če bosta partnerja A in B oddala skupno ponudbo v sklopu 1, se bo odstotek »oddanih« kilometrov odštel obema. V primeru podizvajalca C, ki bi nastopal z njima v istem sklopu, pa naročnik podizvajalcu upošteval zgolj obseg kilometrov, ki jih bo ta izvajal. Pri tem bo naročnik preprečil morebitne zlorabe na način, da ponudniku, ki bi želel povečati odstotek del v času izvajanja pogodbe podizvajalcu, ki bo v skupnem obsegu že dosegel 55% kilometrov, ne bo dovolil takšne spremembe obsega podizvajalcu v primeru tovrstne prigrasitve spremembe v času trajanja pogodbe.«

Kot je razvidno iz dokumenta »Razpisna dokumentacija«, poglavje 1, str. 2, je bil sklop 5 ob objavi obvestila o koncesiji sklop, v katerega je naročnik vključil storitve, ki so bile po obsegu kilometrov pete najboljše, v sklop 6 pa je naročnik vključil storitve, ki so bile po obsegu kilometrov šeste najboljše. To se je naknadno spremenilo, saj je naročnik spremenil obseg kilometrov za sklop 6, in sicer jih je povečal. Iz točke II.1.4 obvestila o dodatnih informacijah ali popravku (objava 9. 11. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-K03, in 10. 11. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 218-575392) tako izhaja, da je naročnik med drugim navedel:

»Javno naročilo se deli na naslednje sklope:

SKLOP SKL01: Gorenjska (ocenjen letni obseg v km: 8.898.462)
SKLOP SKL02: Podravska (ocenjen letni obseg v km: 8.198.418)
SKLOP SKL03: Savinjska (ocenjen letni obseg v km: 6.756.266)
SKLOP SKL04: Jugovzhodna Slovenija (ocenjen letni obseg v km: 5.654.010)
SKLOP SKL05: Pomurska (ocenjen letni obseg v km: 4.623.008)
SKLOP SKL06: Osrednjeslovenska (ocenjen letni obseg v km: 4.553.246) - popravek v tem obvestilu - novo št. km= 5.209.402 km
SKLOP SKL07: Obalno-kraška (ocenjen letni obseg v km: 4.483.864)
SKLOP SKL08: Goriška (ocenjen letni obseg v km: 4.401.690)
SKLOP SKL09: Koroška (ocenjen letni obseg v km: 3.307.046)
SKLOP SKL10: Posavska (ocenjen letni obseg v km: 2.215.274)
SKLOP SKL11: Primorsko-notranjska (ocenjen letni obseg v km: 1.779.556)
SKLOP SKL12: Zasavska (ocenjen letni obseg« [nepopoln zapis podatka za sklop 12 izhaja le iz točke II.1.4 obvestila o dodatnih informacijah ali popravku (objava 9. 11. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-K03, in 10. 11. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 218-575392), ne pa tudi iz prvotnega dokumenta »Razpisna dokumentacija« ali pa dopolnjenega in spremenjenega dokumenta »Razpisna dokumentacija«, obrazec št. 6 (ponudbeni predračun), v katerih je naveden podatek 1.685.536 kilometrov; opomba Državne revizijske komisije].

Iz točke II.1.4 obvestila o dodatnih informacijah ali popravku (objava 9. 11. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-K03, in 10. 11. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 218-575392) izhaja, da se je število kilometrov v sklopu 6 povečalo nad število kilometrov iz sklopa 5, zato so storitve iz sklopa 6 postale pete najobsežnejše, storitve iz sklopa 5 pa šeste najobsežnejše.

Razlogi za spremembo števila kilometrov v sklopu 6 so razvidni iz odgovora št. 65 (objava 5. 11. 2021 ob 8.37 na portalu javnih naročil):

»Naročnik bo objavil popravek v sklopu 6, tako da bo dodal liniji: 4514 Šentvid pri Stični-Ivančna Gorica- Ljubljana ter 4515 Videm-Ljubljana.

Ostale v vprašanju našteje linije niso predmet tega javnega naročila.

Skupna količina km na letni ravni v sklopu 6 se zato spremeni, in sicer na vseh mestih v dokumentaciji, ki navaja skupno število km za sklop 6. Naročnik bo zato objavil v tem delu (sklopu 6) spremenjen Obrazec 6 - ponudbeni predračun, tako da bo postavka Predviden letni obseg storitev (količina) znašala 5.209.402 km. Vrstni red sklopov se zaradi tega ne spremeni. Hkrati bo naročnik pri ponovni objavi obrazca 6 naredil tudi druge redakcijske popravke obrazca 6 pri številčenju sklopov, kot izhajajo iz odgovora št. 47. Zaželeno je, da ponudniki ponudbo oddajo na popravljenem obrazcu 6 ponudbeni predračun, ali sami popravijo obstoječi obrazec, tako da vnesejo pravilno število kilometrov v sklopu 6. V primeru, če bodo oddali ponudbo na starem obrazcu (z nepopravljenimi kilometri), bo naročnik ponudbeno ceno popravil, tako da bo za pravilno vzel podano ceno na kilometer ter preračunal končno ceno v sklopu 6, upošteva pravilno število kilometrov«,

ki je postal del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (tretja poved iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3) in torej del dokumenta »Razpisna dokumentacija«.

Naročnik je v odgovoru št. 47 (objava 11. 10. 2021 ob 10.37 na portalu javnih naročil), na katerega se je skliceval v odgovoru št. 65, navedel:

»Da, gre za redakcijske napake pri navedbi sklopov, zahvaljujemo se za opozorilo.

V tehničnih specifikacijah, kjer so v nazivih word datotek navedeni sklopi, se pri odpiranju datotek za sklop 9 in 6 v naslovu nahaja napačna navedba sklopa (navedba sklopa 3). Gre za napačno navedbo, pravilen naslov datoteke je tisti, ki je naveden v poimenovanju datoteke (torej za sklop 6 in 9), kar upoštevajte pri pripravi ponudbe.

Prišlo je do tipkarskih napak tudi v obrazcu Predračun. V okviru navedenih sklopov od 1 do 12 je napaka v številčenju sklopov v tabeli pod »predmet«, in sicer pri sklopih 3,4,5 in 6. Naslovi sklopov pa so pravilni.

Pri navedenih 4 sklopih lahko ponudniki sami popravite napačne navedbe sklopov v tabeli (prvi stolpec), oziroma jih pustite, naročnik pa bo ne glede na napačno navedbo upošteval pravičen sklop, kot je naveden v naslovu pred posamezno tabelo.«

in tudi ta je postal del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (tretja poved iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3) in torej dokumenta »Razpisna dokumentacija«.

ZJZP ne določa nič v zvezi z delitvijo javnega naročila v sklope. Razdelitev javnega naročila v sklope je določena v 73. členu ZJN-3. Tako je v prvi povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3 določeno, da če predmet javnega naročila dopušča in če to prispeva k večji gospodarnosti in učinkovitosti izvedbe javnega naročila, mora naročnik javno naročilo oddati po ločenih sklopih ter določiti velikost in predmet takšnih sklopov, v drugi povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3 pa je določeno, da mora pri tem zagotoviti nediskriminatorno obravnavo in s tem večjo dostopnost javnega naročila gospodarskim subjektom.

Kot izhaja iz prve povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3, morata biti skupaj (kumulativno) izpolnjena dva pogoja za naročnikovo obveznost, da odda javno naročilo po sklopih. Prvi pogoj zahteva, da predmet javnega naročila dopušča delitev v sklope, drugi pogoj pa vsebuje dva elementa, in sicer poleg prispevka k večji gospodarnosti izvedbe javnega naročila še prispevek k večji učinkovitosti izvedbe javnega naročila. Kot je razvidno iz nadaljevanja prve povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3 je v primeru delitve javnega naročila v sklope naročnikova dolžnost tudi določitev velikosti in predmeta takšnih sklopov, iz druge povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3 pa je razvidna naročnikova dolžnost zagotovitve nediskriminatorne obravnave (prim. 7. člen ZJN-3), da bi se lahko zagotovila večja dostopnost javnega naročila gospodarskim subjektom in torej omogočila konkurenca (prim. 5. člen ZJN-3). Sklopi so eden izmed institutov, s katerimi se tako po pravu Evropske unije kot po nacionalnem pravu spodbuja nastopanje malih in srednjih podjetij na trgu javnih naročil (prim. tudi sklep št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022).

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da niti zagovorniku javnega interesa ni sporno (gl. zahtevek za revizijo, str. 5 in 6, točki 23 in 24), da je naročnik razdelil javno naročilo v sklope in da je teh 12, pri čemer sklopi vključujejo območja posameznih statističnih regij. Zagovorniku javnega interesa prav tako ni sporno, da je naročnik določil vsebino teh sklopov, saj je zagovornik javnega interesa navedel (zahtevek za revizijo, str. 6, točka 24), kolikšen ocenjeni letni obseg kilometrov obsegajo prevozi v posameznih sklopih, ta podatek pa je naročnik posredoval že v obvestilu o koncesiji (gl. točki II.1.4 in II.2), pri čemer je podatek iz sklopa 5 spremenil (gl. odgovor št. 65, objava 5. 11. 2021 ob 8.37 na portalu javnih naročil), to spremembo pa je treba upoštevati zaradi tretje povedi iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3. Iz navedenega izhaja, da naročnik ne oddaja enotnega javnega naročila (gl. tudi dokument »Odločitev« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 8), in njegovo ravnanje, ker je javno naročilo že razdelil v sklope, ni neskladno z ZJN-3. Vprašanje pa je, ali je to njegovo ravnanje skladno z ZJN-3, ker je določil le 12 sklopov.

Ne iz 73. člena ZJN-3 ne iz katerega drugega člena ZJN-3 ne izhaja kakšno izrecno pravilo, v koliko sklopov mora naročnik razdeliti javno naročilo, ko se odloči razdeliti javno naročilo v sklope. Državna revizijska komisija zato sprejema naročnikovo stališče (dokument »Odločitev« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 8), da sta »število in obseg sklopov« »v prosti presoji naročnika«. Vendar kljub temu glede na prvi odstavek 5. člena ZPVPJN, ki določa, da se zahtevek za revizijo lahko vloži zoper vsako ravnanje naročnika v postopku javnega naročanja, razen če ZJN-3 ali ZPVPJN določa drugače, mogoče preizkusiti, kako je naročnik upošteval prvi odstavek 73. člena ZJN-3.

Čeprav je slovenski trg linijskih prevozov izvajanja gospodarske javne službe medkrajevni linijski prevoz potnikov v notranjem prometu v Republiki Sloveniji močno skoncentriran in oligopolen, v Republiki Sloveniji pa je še veliko število majhnih prevoznikov (zahtevke za revizijo, str. 6–8, točki 26 in 27), to samo po sebi ne utemeljuje, da je naročnik kršil ZJN-3, ko javnega naročila ni razdelil v več kot 12 sklopov. Čeprav veliko oziroma večje število sklopov lahko pozitivno vpliva na povečanje konkurence, ker bi bilo lahko javno naročilo morda zanimivo tudi posameznim majhnim in srednjim podjetjem, ki ne morejo samostojno ali pa v skupini z drugimi gospodarskimi subjekti prevzemati obsega storitev po obstoječih sklopih, povečanje konkurence pa bi v končnem lahko pomenila tudi možnost različnega oblikovanja cen, je iz prve povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3 razvidno, da ne zadošča, če delitev javnega naročila v sklope prispeva h gospodarnosti in učinkovitosti izvedbe javnega naročila, temveč mora biti ta prispevek večji. Čeprav je zagovornik javnega interesa navedel (zahtevke za revizijo, str. 10, točka 32), da *»iz predmetnega javnega naročila ne izhaja, da bi bil izvedbeni del kaj drugačen od dosedanjega in da bi to upravičevalo odločitev naročnika, da je v tem javnem naročilu strnil linije v snope linij«*, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v dokumentu *»Odločitev«* št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022 (str. 9) pojasnil, da je število *»koncesijskih območij«* podvojil glede na sicer neuspešno izveden postopek v letu 2010, pri čemer je tudi prepričljivo pojasnil, da ni ekonomsko upravičeno, da bi bila *»koncesijska območja«* tako majhna, da bi omogočala prijavo tudi posameznim manjšim izvajalcem avtobusnih prevozov, saj bi izvajanje gospodarske javne službe postalo nevzdržno in neučinkovito, ker bi se linije medsebojno prekrivale, ustvarjali bi se presežki t. i. praznih kilometrov, onemogočena bi bila optimizacija prevozov in kombiniranje delovnih ur posameznih voznikov, zaradi česar bi nastajali presežki t. i. praznih delovnih ur voznikov, otežen bi bil nadzor nad izvajalci, vplivalo pa bi tudi na število rezervnih voznikov. Državna revizijska komisija iz teh naročnikovih argumentov lahko razbere, da pretirana delitev javnega naročila v sklope ne bi dosegla ne večje gospodarnosti ne večje učinkovitosti izvedbe javnega naročila, ki sta elementa drugega pogoja iz prve povedi iz prvega odstavka 73. člena ZJN-3. Vendar ti naročnikovi argumenti utemeljujejo samo to, da ni utemeljena delitev javnega naročila na zelo veliko število sklopov, ne utemeljujejo pa še stališča, da bi morebiti kakšen sklop več kot 12, povzročil enake posledice. Vendar je iz nadaljnjih naročnikovih stališč o oblikovanju sklopov glede na obstoječe statistične regije, ki so prometno logistične zaključene celote oziroma migracijska območja, da je zasledoval cilj povečanja učinkovitosti javnega linijskega potniškega prometa, zaradi česar je v posamezne sklope uvrstil medsebojno povezane linije, kar vpliva na prestopanje potnikov ter preprečevanje prekrivanja linij in praznih voženj zaradi potniške asimetrije, s čimer bi se prevozi na območju iz posameznega sklopa izvajali brez daljšega čakanja in zamud, razvidno, da naročnik prepričljivo utemeljuje, zakaj število sklopov 12 tisto, ki prispeva vsaj k večji učinkovitosti izvedbe javnega naročila. Naročnik je tudi opozoril, da s tem ne nastajajo nadaljnji dodatni fiksni stroški, ki bi nastali zaradi nadaljnje deljenja regij, ne zmanjšuje pa se niti standard potnikov. Čeprav se je naročnik s temi stališči skliceval na *»prometno študijo, ki jo je izvedel v fazi pred začetkom postopka oddaje javnega naročila«*, za katero je zagovornik javnega interesa navedel (vloga z dne 28. 7. 2022, str. 3, točka 6), da mu je naročnik ni posredoval, ker mu je na pozive za predložitev navedel, da je nima, je Državna revizijska komisija upoštevala, da je naročnik v vlogi št. 430-39/2021/188-0242 z dne 1. 8. 2022 (str. 2, točka Ad2) navedel, da so ta študija tehnične specifikacije kot sestavni del dokumenta *»Razpisna dokumentacija«* (torej dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), katerih cilj je, po naročnikovem stališču, zagotoviti čim večjo logistično, ekonomsko in tehnično učinkovitost zagotavljanja storitev prevoza. Ne glede na to, ali bi bilo treba šteti, da ga je naročnik, kot je navedel zagovornik javnega interesa (vloga z dne 28. 7. 2022, str. 3, točka 6), zavajal, ker je navedel, da nima študije, Državna revizijska komisija ugotavlja, da ne more biti sporno, da se je zagovornik javnega interesa seznanil z argumenti, ki jih je naročnik navedel v dokumentu *»Odločitev«* št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, in v vlogi z dne 28. 7. 2022 nobenemu konkretno ni oporekal, niti ni navedel, da jih naročnik ne bi utemeljil ali da ne bi mogli biti nikakor upoštevni. Morebitna potrditev, da naročnik pred vložitvijo zahtevka za revizijo ni seznanil zagovornika javnega interesa s tem, da so tehnične specifikacije

sporna prometna študija, v ničemer ne spremeni možnosti zagovornika javnega interesa, da bi jim nasprotoval, saj zagovornik javnega interesa ni tudi uveljavljal, da se ni mogel seznaniti s tehničnimi specifikacijami. Kot je sicer razvidno iz podatkov s portala eRevizija, je naročnik z vlogo št. 430-39/2021/188-0242 z dne 1. 8. 2022 seznanil zagovornika javnega interesa, zagovornik javnega interesa pa, čeprav ni zakonsko obvezan nanjo reagirati, ni morebiti odgovoril nanjo.

Četudi bi Državna revizijska komisija sledila navedbam zagovornika javnega interesa, da bi bilo mogoče predmet deliti na več sklopov kot 12, kar bi lahko vodilo k večji konkurenci in bi to lahko vplivalo tudi na oblikovanje cen (npr. zaradi možnosti sodelovanja večjega števila gospodarskih subjektov, ki bi lahko ponudili različne cene, zaradi zmanjšanja morebitnih špekulacij ali možnosti prikrojevanja ponudb), kar bi lahko tudi vplivalo na (večjo) gospodarnost izvedbe javnega naročila, pa kot prepričljive sprejema naročnikove navedbe, s katerimi je utemeljeval, da povečevanje števila sklopov nad 12 ne bi vodilo tudi k večji učinkovitosti izvedbe javnega naročila. Kot je razvidno iz naročnikovih argumentov, je naročnik sklope oblikoval tako, da je upošteval značilnosti obstoječih statističnih regij, ki so prometno logistične zaključene celote oziroma migracijska območja, kar samo po sebi tudi ni očitno neutemeljeno. Državna revizijska komisija tako ne more ugotoviti, da je naročnik z oblikovanjem le 12 sklopov, kršil prvi odstavek 73. člena ZJN-3. Državna revizijska komisija zato v zvezi s tem tudi ni mogla pritrditi zagovorniku javnega interesa, da je naročnik kršil 4. in 5. člen ZJN-3.

Zagovornik javnega interesa je navedel (zahtevek za revizijo, str. 10, točka 34), da naročnik z določitvijo omejitve 55 % ni zagotovil konkurence oziroma preprečil monopolizacije posamične statistične regije, ki jo je povzročil z oblikovanjem sklopov, oziroma oligopola celotnega trga, saj je učinkovito omogočil oddajo javnega naročila le dvema ponudnikoma, s čimer je dopustil, da sta si skupina Arriva in gospodarski subjekt Nomago, d. o. o., Ljubljana razdelila trg.

Čeprav je naročnik v dokumentu »*Razpisna dokumentacija*« (str. 2, poglavje 1, sedmi odstavek) določil, da lahko ponudniki predložijo ponudbe za vse sklope, je iz osmega in devetega odstavka poglavja 1 dokumenta »*Razpisna dokumentacija*« (str. 2) razvidno, da je naročnik omejil obseg javnega naročila, ki ga je mogoče oddati posameznemu gospodarskemu subjektu. Zagovornik javnega interesa je sicer uveljavljal, da je omejitev, ki jo je določil naročnik, neučinkovito sredstvo za zagotavljanje konkurence pri javnem naročilu, kot ga je naročnik oblikoval, vendar naročnik z določitvijo pravila, skladno s katerim bo posameznemu gospodarskemu subjektu »*oddanih največ za 55% sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v km*«, omejuje posameznim gospodarskim subjektom, da pridobijo celotno javno naročilo, pa tudi tisti del javnega naročila, ki bi presegal postavljeno omejitev.

Skladnost pravila o 55 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v km, bi bilo treba tolmačiti glede na ureditev iz tretjega odstavka 73. člena ZJN-3. Kot je razvidno iz prve povedi iz tretjega odstavka 73. člena ZJN-3 naročnik lahko omeji število sklopov, ki se lahko oddajo enemu ponudniku, čeprav se lahko ponudbe oddajo za več sklopov ali vse sklope. Pravilo, kot ga je določil naročnik, v svojem bistvu omogoča, da lahko javno naročilo pridobi več kot le en ponudnik in torej to pravilo lahko spodbuja, da več gospodarskih subjektov sodeluje pri oddaji javnega naročila. Omejevanje obsega javnega naročila, ki bo oddano posameznemu ponudniku, zato ni v nasprotju z ZJN-3. Državna revizijska komisija pri tem opozarja, da zagovornik javnega interesa ni uveljavljal, da bi naročnik pravilo o 55 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v km, glede na to, kako se glasi, in torej glede na samo vsebino, določil v nasprotju s pravili iz tretjega odstavka 73. člena ZJN-3, saj iz navedb zagovornika javnega interesa ni mogoče ugotoviti, da bi uveljavljal pravnorelevantna dejstva, ki se nanašajo na položaj iz tretjega odstavka 73. člena ZJN-3. Drugače ni mogoče zaključiti niti na podlagi navedb zagovornika javnega interesa iz točke 41 zahtevka za revizijo (str. 12–13), v kateri se je sicer izrecno skliceval na tretji odstavek 73. člena

ZJN-3, saj niti iz nje ne izhajajo pravnorelevantna dejstva, ki se nanašajo na položaj iz tretjega odstavka 73. člena ZJN-3.

Državna revizijska komisija tako glede na navedbe zagovornika javnega interesa ni mogla ugotoviti kršitve v zvezi z določitvijo pravila o 55 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v km.

Zagovornik javnega interesa je uveljavljal (zahtevek za revizijo, str. 9, točka 30 in str. 10–11, točka 35), da je naročnik omejeval konkurenco tudi z določitvijo pogojev za avtobuse in voznike.

Naročnik je v zvezi s pogoji za priznanje tehnične in strokovne 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 drugi gospodarski 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.«

Kot je razvidno iz točke 3.2.3.2 v poglavju 3 dokumenta »Razpisna dokumentacija«, je naročnik določil pogoj, ki se nanaša na razpolaganje z vozniki (torej s kadri):

»Gospodarski subjekt mora izkazati, da ima v rednem delovnem razmerju najmanj naslednje število ustreznih voznikov, in sicer za:

- SKLOP SKL01: Gorenjska: 160
- SKLOP SKL02: Podravska: 147
- SKLOP SKL03: Savinjska: 121
- SKLOP SKL04: Jugovzhodna Slovenija: 102
- SKLOP SKL05: Pomurska: 84
- SKLOP SKL06: Osrednjeslovenska: 82
- SKLOP SKL07: Obalno-kraška: 81
- SKLOP SKL08: Goriška: 79
- SKLOP SKL09: Koroška: 54
- SKLOP SKL10: Posavska: 42
- SKLOP SKL11: Primorsko-notranjska: 32
- SKLOP SKL12: Zasavska: 30

Da bo posamezen kader štel za ustreznega, mora kumulativno izpolnjevati naslednje pogoje:

1. izpolnjevati pogoje iz Zakona o voznikih
2. ima veljavno vozniško dovoljenje ustrezne kategorije
3. mu ni izrečena prepoved vožnje ali odvzeto vozniško dovoljenje
4. uporablja pripomočke za vožnjo, ki so vpisani v njegovem vozniškem dovoljenju

(v primeru skupne vloge lahko pogoj izpolnjujejo partnerji skupaj; v primeru sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov morajo slednji izvesti storitve v delu, za katere se zahtevajo te zmogljivosti)

Naročnik bo štel, da je ponudnik z oddajo ponudbe potrdil, da kadri, ki jih je ponudnik navedel v ponudbi, izpolnjujejo zgoraj navedene kadrovske pogoje.

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

Prav tako bo naročnik štel, da je ponudnik z oddajo ponudbe potrdil, da bo izvajal storitve po voznih redih, ki so v celoti skladni s tehničnimi specifikacijami.

Ponudnik je dolžan ves čas trajanja posla zagotavljati kader, ki ga je kot usposobljenega navedel v ponudbi. Zamenjava strokovnega kadra se izvede z obvestilom naročniku, skladno z določili pogodbe. Nadomestne osebe morajo izpolnjevati zahtevane pogoje in merila glede kadrovske usposobljenosti za posamezno vlogo, na podlagi katerih je bila ponudniku priznana sposobnost za izpolnitev naročila in imeti enake ali boljše kvalifikacije, ponudnik pa mora na zahtevo naročnika izpolnjevanje pogojev in meril tudi izkazati, sicer lahko naročnik prepove izvajanje storitev s takim kadrom.

Če ponudnik navaja kader, ki je zaposlen pri drugem delodajalcu oziroma je ta kader nominiran kot fizična oseba, mora ponudnik delodajalca, pri katerem je navedeni kader zaposlen, oziroma ta kader kot fizično osebo v ponudbi navesti kot podizvajalca ali soponudnika in zanj predložiti ESPD.

V primeru skupne ponudbe ali če ponudnik vključi podizvajalce, se tehnične kapacitete in kadrovska struktura seštevajo,

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

»1. ESPD obrazec (ki predstavlja izjavo, da so kadri izpolnjujejo pogoje, ter da so pri ponudniku v rednem delovnem razmerju)

2. Izpolnjen Obrazec 2: Excel tabela – obrazec 2

3. Za vsak prijavljen kader: obrazec M-1, iz katerega ja razvidna prijava delavca (z oddajo ponudbe ponudnik pod kazensko in materialno odgovornostjo izjavlja, da prijavljeni kader ni odjavljen)«.

Naročnik je v zvezi s pogojem glede razpolaganja z avtobusi in vozniki 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).

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 in strokovno sposobnost.

Kot zahtevo za sodelovanje lahko naročnik gospodarskim subjektom naloži le pogoje iz 76. člena ZJN-3 (prva poved iz drugega odstavka 76. člena ZJN-3). Naročnik v postopek javnega naročanja vključi le tiste zahteve, ki so potrebne za zagotovitev, da ima, med drugim, ponudnik ustrezne, med drugim, tehnične in strokovne sposobnosti za izvedbo javnega naročila, ki se oddaja (druga poved iz drugega odstavka 76. člena ZJN-3). Vse zahteve morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom javnega naročila (tretja poved iz drugega odstavka 76. člena ZJN-3).

V desetem odstavku 76. člena ZJN-3 je določeno, da lahko naročnik določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti med drugim človeške in 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, med drugim:

- *alinea c: z navedbo tehničnega osebja ali tehničnih organov, ki bodo sodelovali pri izvedbi javnega naročila, zlasti tistih, ki so odgovorni za nadzor kakovosti, v primeru javnih naročil*

- gradenj pa tistih, od katerih lahko izvajalec zahteva, da izvedejo gradnjo, in sicer ne glede na to, ali so zaposleni pri gospodarskem subjektu ali ne,
- alineja f: z dokazilom o izobrazbi in strokovni usposobljenosti izvajalca storitev ali gradenj ali vodstvenih delavcev podjetja pod pogojem, da ne štejejo kot merilo za oddajo javnega naročila,
 - alineja h: z izjavo o povprečnem letnem številu zaposlenih pri izvajalcu storitev ali gradenj in o številu njegovih vodstvenih delavcev v zadnjih treh letih,
 - alineja i: z izjavo o orodju, obratu ali tehnični opreми, ki je izvajalcu storitev ali gradenj na voljo za izvedbo javnega naročila.

Kot je razvidno iz izpostavljenih določb 76. in 77. člena ZJN-3, ima naročnik podlago, da določi pogoje v zvezi z avtobusi in vozniki ter zahteva dokazovanje izpolnjevanja teh pogojev.

Državna revizijska komisija je v obrazložitvi tega sklepa že pojasnila, da ni mogla ugotoviti kršitve v zvezi z določitvijo sklopov, zato navedba zagovornika javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 9, točka 30), da je naročnik »za posamezni sklop določil večje število voznikov in vozil (kar je s konkurenčno pravnega vidika mogoče razumeti kot vstopne ovire)«, sama po sebi ne omogoča, da bi Državna revizijska komisija ugotovila, da je naročnik kršil ZJN-3 s tem, ko je »za posamezni sklop določil večje število voznikov in vozil«, čeprav naj bi to bilo »s konkurenčno pravnega vidika« »mogoče razumeti kot vstopne ovire«. Če je naročnik namreč določil pogoj tako, da je povezan in sorazmeren s predmetom javnega naročila (gl. 8. člen ZJN-3 in tretjo poved iz drugega odstavka 76. člena ZJN-3), potem ni kršil ZJN-3. Naročnik s tako določenim pogojem namreč zakonito razlikuje med gospodarskimi subjekti, zaradi česar tudi ne krši načela iz 7. člena ZJN-3. Že iz citirane navedbe zagovornika javnega interesa je razvidno, da zagovornik javnega interesa priznava, da je naročnik pogoj v zvezi z avtobusi in vozniki določil »za posamezni sklop«, kar pomeni, da je v tem smislu sledil zahtevi za sorazmernost (8. člen ZJN-3 in tretjo poved iz drugega odstavka 76. člena ZJN-3), saj pogojev v zvezi z avtobusi in vozniki ni določil glede na celotno javno naročilo, temveč glede na njegov posamezen manjši del, namreč sklop. Zagovornik javnega interesa je sicer navedel, da je naročnik »določil večje število voznikov in vozil«, vendar, kolikor bi bilo treba to navedbo zagovornika javnega interesa razumeti kot očitek o nesorazmernosti, na podlagi navedbe zagovornika javnega interesa ni mogoče že ugotoviti kršitve. Državna revizijska komisija namreč ugotavlja, da iz navedbe zagovornika javnega interesa ne izhaja, da bi naročniku odrekal možnost, da določi pogoj glede avtobusov in voznikov, in torej ne oporeka temelju pogoja, pač pa oporeka vsebini pogoja zaradi števila zahtevanih avtobusov in voznikov. Vendar Državna revizijska komisija le na podlagi navedbe zagovornika javnega interesa, da je naročnik določil število avtobusov in voznikov, ki je »večje«, ne more ugotoviti kršitve sorazmernosti, saj iz te navedbe niti ne izhaja še kakšno pravnorelevantno dejstvo. Za ugotovitev kršitve sorazmernosti bi morala Državna revizijska komisija namreč ugotoviti, da je število avtobusov in voznikov, ki ga je določil naročnik, preveliko. Državna revizijska komisija v tem delu tako ni mogla ugotoviti kršitve ZJN-3.

Zagovornik javnega interesa je tudi navedel (zahtevek za revizijo, str. 10–11, točka 35), da je naročnik dodatno omejil konkurenco še s tem, da je določil zahtevo, da »prijava istih zaposlenih in istih avtobusov na več sklopih ni dopustna«, saj »takšna zahteva v kombinaciji z dejstvom, da ponudnik lahko zmaga le na 55 % sklopov, pri čemer ponudniku pri oddaji ponudb ne more biti znano, na katerem sklopu bo zmagal (...), manjšim ponudnikom preprečuje oz. še dodatno otežuje nastop s samostojno ponudbo ali ponudbo konzorcija pri danem javnem naročilu (...).«

Državna revizijska komisija je upoštevala opombo 19 (zahtevek za revizijo, str. 10), ki se sklicuje na str. 12 in 13 dokumenta »Razpisna dokumentacija«, štela, da zagovornik javnega interesa kot sporni izpostavlja pravili:

- »V kolikor bo ponudnik v več kot enem sklopu prijavil isti avtobus, tega avtobusa naročnik ne bo upošteval v nobenem od prijavljenih sklopov.« (za avtobuse)
- in
- »V kolikor bo ponudnik v več kot enem sklopu prijavil isti kader, tega kadra naročnik ne bo upošteval v nobenem od prijavljenih sklopov.« (za voznike).

Čeprav je naročnik opozoril (dokument »Odločitev« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 17) na posledice, če bi ponudnik uspel v več sklopih, nato pa ne bi imel zmogljivosti (avtobusov in/ali voznikov), da bi lahko opravil prevoze za posamezen sklop, opozoril pa je tudi na omejevanje možnosti nastanka negativnih posledic, Državna revizijska komisija ne more spregledati specifičnih okoliščin primera, ki jih je že vnaprej določil naročnik. Naročnik je namreč v dokumentu »Razpisna dokumentacija« (poglavje 1, str. 2) določil, da bo sklope oddal po določenem vrstnem redu, in sicer od sklopa 1 do sklopa 12 (gl. sedmi odstavek, drugo poved). Poleg tega je treba upoštevati, da naročnik lahko odda javno naročilo samo ponudniku, ki med drugim izpolnjuje pogoje za sodelovanje, s tem pa tudi pogoje za priznanje tehnične in strokovne sposobnosti (prim. točko b prvega odstavka 84. člena ZJN-3). V tem kontekstu Državna revizijska komisija ne more šteti, da sta pravili »V kolikor bo ponudnik v več kot enem sklopu prijavil isti avtobus, tega avtobusa naročnik ne bo upošteval v nobenem od prijavljenih sklopov.« (za avtobuse) in »V kolikor bo ponudnik v več kot enem sklopu prijavil isti kader, tega kadra naročnik ne bo upošteval v nobenem od prijavljenih sklopov.« (za voznike) sorazmerni, kot to zahteva vsaj 8. člen ZJN-3. Naročnik namreč s tema praviloma v celoti izključuje možnost, da bi se upošteval avtobus in/ali voznik v vseh sklopih, v katerih je bil naveden, ne pa, da se ne bi upošteval morebiti le v nekaterih sklopih (»presežnih« sklopih) in bi se upošteval v enem. Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da ti pravili, ki nista sorazmerni glede posledice o neupoštevanju v nobenem od prijavljenih sklopov, lahko v končnem vplivata tudi na konkurenco (5. člen ZJN-3), kot je uveljavljal zagovornik javnega interesa, saj bi zaradi neupoštevanja avtobusov in/ali voznikov pri ponudniku v vseh prijavljenih sklopih ta ponudnik naenkrat le formalno (zaradi naročnikovih pravil, kot se sedaj glasita) več ne zagotavljal potrebnega števila avtobusov in/ali voznikov v vseh, ne pa le nekaterih sklopih. Kar pomeni, da bi bil zaradi naročnikovih pravil, kot se sedaj glasita, ponudnik lahko v celoti izvzet od možnosti pridobitve posameznega sklopa. Kar je lahko očitno že v primeru, če bi ponudnik predložil ponudbo npr. v le dveh sklopih in bi navedel le minimalno število npr. voznikov v obeh sklopih, pri čemer bi v obeh sklopih navedel tudi enega istega voznika (npr. voznika A). Glede na naročnikovo pravilo (glede voznikov), kot se sedaj glasi, tak ponudnik ne bi mogel pridobiti nobenega izmed sklopov, za katera je predložil ponudbo, saj ga naročnik ne bi mogel šteti za sposobnega po nobenem izmed sklopov, ker bi imel ponudnik v obeh sklopih zaradi naročnikovega pravila (glede voznikov), kot se sedaj glasi, po en kader (enega voznika) premalo, čeprav bi imel dejansko na razpolago še voznika A. Res je sicer, da bi se lahko odprlo vprašanje, ali bi ponudnik lahko šele po poteku roka za prejem ponudb pojasnjeval, v katerem sklopu je treba upoštevati avtobus in/ali voznika, pa tudi, ali bi smel naročnik sprejeti tako pojasnilo kot dopustno, vendar v tem primeru ni podan ta položaj, saj je treba upoštevati, da je naročnik, kot že predhodno navedeno, v dokumentu »Razpisna dokumentacija« (poglavje 1, str. 2) določil, da bo sklope oddal po določenem vrstnem redu, in sicer od sklopa 1 do sklopa 12 (gl. sedmi odstavek, drugo poved). Če bi ponudnik pridobil en sklop, v katerem je navedel toliko avtobusov in voznikov, da ne bi mogel pridobiti še nadaljnjih sklopov, ker ne bi imel več zadostnega števila avtobusov in/ali voznikov za te nadaljnje sklope, naročnik mu nadaljnjih sklopov niti ne bi mogel oddati (prim. točko b prvega odstavka 84. člena ZJN-3).

Ker je Državna revizijska komisija ugotovila, da sta naročnikovi pravili, kot se sedaj glasita, v neskladju z 8. členom ZJN-3, kar lahko v končnem vpliva tudi na konkurenco (5. člen ZJN-3), bi morala razveljaviti postopek oddaje javnega naročila v celoti, kar je tudi predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 15, točka 57). Naročnik namreč kršitve pri oblikovanju pogojev ne more popraviti, ko je postopek oddaje javnega naročila že v fazi izbire ponudb, saj

mora naročnik pogoje, pa tudi zahteve, ki se nanašajo nanje, določiti, še preden se seznanijo z vsebino ponudb (gl. v tem smislu dvanajsti odstavek 76. člena ZJN-3, pa tudi 6. člen ZJN-3 in prvo poved iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3). Državna revizijska komisija bi zato tudi že upoštevala ugotovitev kršitve temeljnih načel skladno z drugo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN 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), kot je predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevki za revizijo, str. 15, točka 57). 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 na podlagi zahtevka za revizijo zagovornika javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije (sklep št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022), je v tem primeru ugotovila le utemeljenost zahtevka za revizijo (prim. tretjo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN).

Zagovornik javnega interesa je uveljavljal (zahtevki za revizijo, str. 11–12, točke 36, 37 in 38) nezakonitosti v zvezi z enim izmed meril. Državna revizijska komisija pri tem ugotavlja, da se točka 38 nanaša na izpodbijanje merila po temelju, ker da ni povezano s ponudbo, pač pa s ponudnikom, zaradi česar ni skladno z drugim odstavkom 84. člena ZJN-3. Zagovornik javnega interesa je v točkah 36 in 37 to merilo obdeloval še z drugih zornih kotov, zlasti pa z vidika vpliva na konkurenco. Če bi se ugotovilo, da sporno merilo ni povezano s predmetom, temveč z osebo ponudnika, bi bila obravnava drugih navedb, zlasti tistih, ki črpajo svojo argumentacijo iz stanja po prejemu ponudb in ob sprejemu odločitve o oddaji, nerelevantno za rešitev zadeve.

Zagovornik javnega interesa je v kontekstu zagotavljanja konkurence uveljavljal (zahtevki za revizijo, str. 12, točka 39), da ima objava maksimalne ponudbene cene negativne učinke.

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 merila:

- »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 standard 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 prvo merilo med »ostalimi merili«, uveljavljal pa je tudi, da ima objava maksimalne ponudbene cene negativne učinke.

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 njihovem izločanju. S tem, ko je naročnik v dokumentu »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila) navedel podatek o ceni 1,95 eurov brez DDV, ni kršil nobene zahteve ZJN-3, saj ZJN-3 ne določa, da pred potekom roka za prejem ponudb ne sme seznaniti gospodarskih subjektov s tako ceno. Smernice OECD tudi niso pravni akt, ki bi naročniku nalagal določeno ravnanje v zvezi z objavo takega cenovnega podatka. Poleg tega dejstvo, da Smernice OECD odsvetujejo objavo takega cenovnega podatka, ne more pomeniti, da je naročnik kršil ZJN-3, saj ZJN-3 tudi ne določa, da bi moral naročnik upoštevati Smernice OECD glede objave takega cenovnega podatka.

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 naštetja primeroma. Stroškovni dejavnik je skladno s četrtem 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).

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 naštetjo 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.

Zagovornik javnega interesa se je sicer skliceval na prvo poved iz drugega odstavka 84. člena ZJN-3, ki ravno tako vsebuje zahtevo za povezavo s predmetom javnega naročila, vendar Državna revizijska komisija ni posebej ugotavljala, ali se ta povezava nanaša na »okoljske ali socialne vidike« in ne merilo kot tako, saj je vsaj iz šestega odstavka 84. člena ZJN-3 razvidno, da morajo biti merila povezana s predmetom javnega naročila. Morebitno napačno sklicevanje zagovornika javnega interesa na pravno podlago tako ne bi imelo nobenega vpliva na reševanje zadeve.

Državna revizijska komisija se strinja z naročnikom (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 12–15), 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 v 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 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. 12, točka 38), 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. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 12–15), 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. 12, točka 38), 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 uveljavljal naročnik (dokument »*Odločitev*« št. 430-39/2021/182-0242 z dne 22. 7. 2022, str. 14), 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 kot pri obravnavi zahtevka za revizijo zagovornika javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije (št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022), 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. 12, točka 38), da je naročnik z določitvijo takega merila kršil 84. člena ZJN-3, in sicer šesti odstavek. 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, bi morala razveljaviti postopek oddaje javnega naročila v celoti, kar je tudi predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 15, točka 57). 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 seznanj 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 upoštevajoč 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 »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), kot je predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevek za revizijo, str. 15, točka 57). 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 na podlagi zahtevka za revizijo zagovornika javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije (sklep št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022), je v tem primeru ugotovila le utemeljenost zahtevka za revizijo (prim. tretjo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN).

Ker je Državna revizijska komisija ugotovila kršitev že na podlagi navedb zagovornika javnega interesa iz točke 38 zahtevka za revizijo (str. 11–12), ni ugotavljala, ali bi bilo tudi glede na točki 36 in 37 zahtevka za revizijo (str. 11) podana kakšna kršitev, saj ugotovitev o tem ne bi mogla vplivati na že ugotovljeno kršitev v zvezi s temeljem prvega merila med »ostalimi merili«.

Zagovornik javnega interesa je navedel (zahtevek za revizijo, str. 12, točka 40), da je naročnik pomembno vplival na obstoj konkurence, ko je spremenil število kilometrov v sklopu 6, vendar ni spremenil vrstnega reda oddajanja sklopov, kar bi lahko vodilo do tega, da se skupina Arriva ne bi mogla več potegovati za sklop 5, temveč bi lahko bila izbrana ponudba ponudnika Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota.

Državna revizijska komisija najprej opozarja, da navedbe zagovornika javnega interesa, ki se nanašajo na sodelovanje konkretnih gospodarskih subjektov in možnost izbire ponudb konkretnih gospodarskih subjektov v sklopih 5 in 6, ne morejo biti bistvene z vidika vprašanja, ali je naročnik kršil ZJN-3, ker po spremembi števila kilometrov ni spremenil vrstnega reda sklopov 5 in 6. Z vidika ZJN-3 je lahko bistveno, ali je naročnik pred potekom roka za prejem ponudb določil kakšna pravila v zvezi z izbiro ponudb, ali je njihova vsebina zakonita, ali so ta pravila taka, da naročnik lahko z njimi zagotavlja skladnost z načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3), in ali je v zvezi z njimi zagotavljal zakonsko skladno informiranje gospodarskih subjektov (prim. 6. člen ZJN-3), po poteku roka za prejem ponudb pa je bistveno, ali je naročnik tako določena pravila tudi upošteval na način, kot je to določil, da zagotovi spoštovanje načela enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3). Zagovornik javnega interesa je sicer tako oblikovane navedbe podal v okviru uveljavljanja kršitve 5. člena ZJN-3, vendar je treba upoštevati, kot je Državna revizijska komisija že navedla v obrazložitvi tega sklepa, da kršitve iz časa pred potekom roka za prejem ponudb ni mogoče utemeljiti z ravnanji, ki so nastala šele po poteku roka za prejem ponudb. Če bi namreč zagovornik javnega interesa vložil zahtevek za revizijo še pred

potekom roka za prejem ponudb, se na ravnanja, ki so nastala po poteku roka za prejem ponudb, niti ne bi mogel sklicevati.

Kot je razvidno iz dokumenta »Razpisna dokumentacija«, poglavje 1, str. 2, je bil sklop 5 ob objavi obvestila o koncesiji sklop, v katerega je naročnik vključil storitve, ki so bile po obsegu kilometrov pete najobsežnejše, v sklop 6 pa je naročnik vključil storitve, ki so bile po obsegu kilometrov šeste najobsežnejše. To se je naknadno spremenilo. Naročnik je namreč spremenil obseg kilometrov za sklop 6, saj ga je povečal, kar je razvidno iz točke II.1.4 obvestila o dodatnih informacijah ali popravku (objava 9. 11. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-K03, in 10. 11. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 218-575392). Iz točke II.1.4 obvestila o dodatnih informacijah ali popravku (objava 9. 11. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-K03, in 10. 11. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 218-575392) izhaja, da se je število kilometrov v sklopu 6 povečalo nad število kilometrov iz sklopa 5, zato so storitve iz sklopa 6 postale pete najobsežnejše, storitve iz sklopa 5 pa šeste najobsežnejše. Razlogi za spremembo števila kilometrov v sklopu 6 so razvidni iz odgovora št. 65 (objava 5. 11. 2021 ob 8.37 na portalu javnih naročil), ki je postal del dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (tretja poved iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3) in torej del dokumenta »Razpisna dokumentacija«.

Državna revizijska komisija je že v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 obravnavala vsebinsko primerljive navedbe (takrat gospodarskega subjekta Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota kot vlagatelja), pri čemer je ugotovila, da je naročnik v dokumentu »Razpisna dokumentacija« (poglavje 1, str. 2) določil, da bo sklope oddal po določenem vrstnem redu, in sicer od sklopa 1 do sklopa 12 (gl. sedmi odstavek, drugo poved). Čeprav so sklopi od 1 do 12 »razvrščeni po ocenjenem letnem obsegu kilometrov od največjega do najmanjšega« (dokument »Razpisna dokumentacija«, poglavje 1, str. 2, sedmi odstavek, tretja poved), to ni opis naročnikovega ravnanja, temveč opis stanja, ki je posledica predhodnega naročnikovega ravnanja, ko je sklope razvrstil po določeni lastnosti (tj. obsegu kilometrov). Naročnik je svoje ravnanje predstavil v dokumentu »Razpisna dokumentacija« tudi v poglavju 1, str. 2, osmi odstavek, ko je opisal, koliko bo posameznemu gospodarskemu subjektu oddanih sklopov. Vršilec dejanja pri oddaji sklopov je namreč naročnik, saj se sklopi ne oddajo sami od sebe. Iz osmega odstavka poglavja 1 dokumenta »Razpisna dokumentacija« (str. 2) tako izhaja, da bo naročnik pri oddaji sklopov upošteval, da lahko posameznemu gospodarskemu subjektu odda sklope v višini do 55 % glede na ocenjeni letni obseg storitev v kilometrih. Čeprav je naročnik naknadno po objavi obvestila o koncesiji povečal obseg storitev v sklopu 6 nad obsegom storitev v sklopu 5, je Državna revizijska komisija opozorila, da je treba naročnikovo navedbo »Vrstni red sklopov se zaradi tega ne spremeni« (odgovor št. 65, objava 5. 11. 2021 ob 8.37 na portalu javnih naročil) razumeti tako, da je naročnik z njo določil dodatno pravilo k pravilu iz tretje povedi iz sedmega odstavka poglavja 1 dokumenta »Razpisna dokumentacija« (str. 2) oziroma drugačno pravilo k njemu (prim. drugo poved iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3 v povezavi s tretjo povedjo iz prvega odstavka 67. člena ZJN-3), saj bo kljub temu, da se je število kilometrov v sklopu 6 povečalo nad število kilometrov iz sklopa 5, še vedno oddajal sklope po vrstnem redu od 1 do 12, kar je skladno z ravnanjem iz druge povedi iz sedmega odstavka poglavja 1 dokumenta »Razpisna dokumentacija« (str. 2). Državna revizijska komisija je v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 ugotovila, da ni podana kršitev načel iz 6. in 7. člena ZJN-3, kot je navedel vlagatelj Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota.

Državna revizijska komisija je v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 dodala, da kršitve načel iz 6. in 7. člena ZJN-3 ne bi bilo niti v primeru, če bi bilo treba naročnikovo navedbo »Vrstni red sklopov se zaradi tega ne spremeni« (odgovor št. 65, objava 5. 11. 2021 ob 8.37 na portalu javnih naročil) upoštevati kot napačno ugotovitev dejanskega stanja v času pred potekom roka za prejem ponudb, ne pa kot dodatnega pravila k pravilu iz tretje povedi iz sedmega odstavka

poglavja 1 dokumenta »Razpisna dokumentacija« (str. 2) oziroma kot drugačnega pravila k njemu in naj bi naročnik moral oddati sklope v vrstnem redu 1, 2, 3, 4, 6, 5, 7, 8, 9, 10, 11 in 12. Državna revizijska komisija je namreč pojasnila, da naročnik ravnanje iz osmega odstavka poglavja 1 dokumenta »Razpisna dokumentacija« (str. 2) o skupni oddaji največ 55 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v kilometrih, lahko opravi šele po tem, ko se je seznanil s ponodbami (torej po poteku roka za prejem ponudb in njihovem odpiranju), pri čemer ne more biti relevantno, v katerih sklopih je ponudnik predložil ponudbo, saj je tudi iz prve povedi iz sedmega odstavka poglavja 1 dokumenta »Razpisna dokumentacija« (str. 2), v kateri je med drugim tudi navedeno, da »[p]onudnik lahko predloži ponudbo« za »vse sklope javnega naročila«, razvidno, da naročnik ni omejil predložitve ponudb na določeno število sklopov, temveč je relevantno, v katerih sklopih je naročnik posameznemu ponudniku oddal javno naročilo. Naročnik gospodarskima subjektoma Arriva, d. o. o., Kranj in/ali Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper (če se upošteva tudi pravilo o povezanih družbah; gl. drugo poved iz osmega odstavka iz poglavja 1 dokumenta »Razpisna dokumentacija«, str. 2), ni oddal javnega naročila za sklop 4, zato kilometrov za sklop 4 ni mogoče zanj vključiti v delež 55 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v kilometrih. Kot je bilo razvidno iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, je naročnik sicer za sklop 4 prejel tudi ponudbo gospodarskega subjekta Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper, vendar je naročnik prejel tudi umik ponudbe za sklop 4, za kar se izkaže, da je to prejem dopisa z dne 15. 12. 2021 z izjavo o umiku ponudbe za sklop 4. Gospodarski subjekt Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper je imel za svoje ravnanje v zvezi z umikom ponudbe za sklop 4 podlago že v prvi povedi iz tretjega odstavka 88. člena ZJN-3. Kot je še izhajalo iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, je naročnik upošteval, da je gospodarski subjekt Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper umaknil ponudbo za sklop 4. Ponudba gospodarskega subjekta Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper za sklop 4 tako ni mogla biti relevantna pri oddaji javnega naročila. Navedeno zato pomeni, da je naročnik pri gospodarskem subjektu Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper lahko upošteval le ponudbo za sklop 7 in torej za 4.483.864 kilometrov, kar od skupnih 57.212.532 kilometrov znaša delež 7,84 %. Gospodarski subjekt Arriva, d. o. o., Kranj je predložil ponudbo za sklope 1, 2, 5 in 6, kar skupaj zneso 26.929.290 kilometrov in od skupnih 57.212.532 kilometrov predstavlja delež 47,07 %. Že iz teh podatkov je razvidno, da je naročnik pri oddaji javnega naročila pri gospodarskih subjektih Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper lahko oddal skupaj največ 31.413.154 kilometrov, kar od skupnih 57.212.532 kilometrov predstavlja delež 54,91 %. Zato tudi v primeru, če bi naročnik gospodarskima subjektoma Arriva, d. o. o., Kranj in/ali Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper oddal javno naročilo za sklope 1, 2, 5, 6 in 7, delež 55 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v kilometrih, ne bi bil presežen. Kot je izhajalo iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022, naročnik javnega naročila za sklop 6 sicer niti ni oddal in ga torej ni oddal niti gospodarskemu subjektu Arriva, d. o. o., Kranj, ki je predložil ponudbo v skupnem nastopu s partnerjem Ljubljanski potniški promet, d. o. o., Ljubljana, zato so bili za izračun obsega javnega naročila, ki je bilo oddano gospodarskima subjektoma Arriva, d. o. o., Kranj in/ali Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper, relevantni le sklopi 1, 2, 5 in 7 v skupnem obsegu 26.203.752 kilometrov, kar od skupnih 57.212.532 kilometrov predstavlja delež 45,80 %. Državna revizijska komisija v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 ugotovila, da dejstvo, da je bil v zvezi z neoddajo javnega naročila za sklop 6 vložen zahtevek za revizijo, ki mu je Državna revizijska komisija ugodila s sklepom št. 018-040/2022-32 z dne 22. 6. 2022 in razveljavila odločitev, da se ne odda javno naročilo za sklop 6, ni pomembno. Zgolj zaradi razveljavitve odločitve, da se ne odda javno naročilo za sklop 6, ne pomeni tudi, da je bilo javno naročilo za sklop 6 oddano gospodarskemu subjektu Arriva, d. o. o., Kranj. Vsekakor pa je treba upoštevati, da tudi v primeru, če bi bilo gospodarskemu subjektu Arriva, d. o. o., Kranj oddano javno naročilo tudi za sklop 6 (kar se je zgodilo naknadno; dokument »Odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 6 in sklop 7« št. 430-39/2021/201 z dne 8. 9. 2022, ki je bil objavljen 21. 9. 2022 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-ODL03), delež 55 % sklopov,

šteto po ocenjenem letnem obsegu v kilometrih, ne bi bil presežen, ker bi gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj in/ali Arriva Dolenjska in Primorska zaradi sklopov 1, 2, 5, 6 in 7 lahko pridobila delež 54,91 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v kilometrih. Državna revizijska komisija je v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022 zato ugotovila, da naročnik gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj in/ali Arriva Dolenjska in Primorska pri oddajanju sklopov glede na pravila, ki jih je določil v dokumentu *»Razpisna dokumentacija«* (poglavje 1, str. 2, sedmi, osmi in deveti odstavek), ni obravnaval bolje ali ugodneje kot vlagatelja Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota, zato ni ugotovila kršitve načela iz 7. člena ZJN-3. Državna revizijska komisija je zaključila, da pri konkretnem javnem naročilu tako niti ni (bilo) relevantno, ali bi oziroma je moral naročnik najprej oddati sklop 6 in nato sklop 5.

Zagovornik javnega interesa je sicer navedel (zahtevek za revizijo, str. 9, točka 30), da je *»skupina Arriva zaradi špekulacije svojo ponudbo za sklop 4 kasneje umaknila, in sicer iz razloga, ker bi sicer presegla dovoljenih 55 %«*, vendar ne glede na očitano špekuliranje ostaja dejstvo, da je gospodarski subjekt Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper imel za svoje ravnanje v zvezi z umikom ponudbe za sklop 4 podlago že v prvi povedi iz tretjega odstavka 88. člena ZJN-3.

Državna revizijska komisija dodaja, da je s sklepom št. 018-040/2022-47 z dne 26. 7. 2022 razveljavila tudi odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 7, kot je izhajala iz dokumenta *»Odločitev o oddaji javnega naročila«* št. 430-39/2021/70 z dne 18. 3. 2022 (objava 29. 3. 2022 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-ODL01), vendar njeni zaključki, kot jih je podala v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022, ne bi mogli biti drugačni, pač pa bi se delež le še znižal navzdol od meje 55 % sklopov, šteto po ocenjenem letnem obsegu v kilometrih. Naročnik je sicer javno naročilo za sklop 7 naknadno znova oddal gospodarskemu subjektu Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper (dokument *»Odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 6 in sklop 7«* št. 430-39/2021/201 z dne 8. 9. 2022, ki je bil objavljen 21. 9. 2022 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-ODL03), kar pa na zaključke, kot jih je podala v sklepu št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022, ne bi moglo vplivati.

Končno pa Državna revizijska komisija dodaja, da je naročnik z dokumentom št. 430-39/2021/173 z dne 15. 7. 2022, ki ga je vložil 15. 7. 2022 na portalu eRevizija, o zahtevku za revizijo z dne 9. 6. 2022, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije, med drugim odločil tako, da mu *»delno ugodí, tako da naročnik razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila v sklopu 5 (Pomurska)«* (1. točka izreka) in *»posledično naročnik ob smiselni uporabi 316. člena Zakona, ki ureja pravdni postopek, v revizijskem postopku pripozna tudi zahtevek za revizijo, ki ga je v sklopu 5 (Pomurska) vložil gospodarski subjekt Avtobusni promet Murska Sobota, ki ga po pooblastilu zastopa Odvetniška družba Avbreht, Zajc in partnerji o.p. d.o.o., Tivolska cesta 50, 1000 Ljubljana, 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. V preostalem delu se zahtevek tega vlagatelja zavrne«* (2. točka izreka). Ker je Državna revizijska komisija v času, ko je naročnik odločal o zahtevku za revizijo zagovornika javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije, odločala o zahtevku za revizijo vlagatelja Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota, je sprejela sklep št. 018-040/2022-55 z dne 16. 8. 2022, s katerim je ugotovila, da *»je zahtevek za revizijo utemeljen glede razveljavitve odločitve 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«*. Naročnik je nato sprejel odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 5, kot je izhajala iz dokumenta *»Odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 5«* št. 430-39/2021/200 z dne 8. 9. 2022 (objava 19. 9. 2022 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN005315/2021-ODL02), in izbral ponudbo ponudnika Avtobusni promet Murska Sobota, d. d., Murska Sobota. Zoper odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 5, kot je izhajala iz dokumenta *»Odločitev o oddaji javnega naročila za sklop 5«* št. 430-

39/2021/200 z dne 8. 9. 2022, do poteka roka za vložitev zahtevka za revizijo še ni bil vložen zahtevke za revizijo, je pa Državna revizijska komisija med tem rokom na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije, s sklepom št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022 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).

Iz vsega predstavljenega je razvidno, da kršitve, kot jih je očital zagovornik javnega interesa, kolikor bi jih bilo treba razumeti kot očitek v zvezi z določitvijo načina oddaje sklopov 5 in 6, niso podane. Kršitve pa ne bi bile podane niti, če bi bilo treba navedbe zagovornika javnega interesa razumeti v zvezi s prvo oddajo javnega naročila za sklop 5.

Upoštevajoč vse navedeno Državna revizijska komisija povzema, da sicer ni ugotovila vseh kršitev, ki jih je očital zagovornik javnega interesa, kar pa ne spremeni tega, da bi bilo treba, kot je Državna revizijska komisija že predhodno pojasnila, zaradi ugotovljene kršitve razveljaviti postopek oddaje javnega naročila v celoti, kar je tudi predlagal zagovornik javnega interesa (zahtevke za revizijo, str. 15, točka 57). 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 na podlagi zahtevka za revizijo zagovornika javnega interesa Računsko sodišče Republike Slovenije (sklep št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022), je s tem sklepom ugotovila le utemeljenost zahtevka za revizijo (prim. tretjo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN).

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.

Kot je Državna revizijska komisija navedla že v sklepu št. 018-040/2022-57 z dne 28. 9. 2022, bo moral naročnik zaradi razveljavitve 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 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 16. 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 izjasnita 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, saj je ugotovila utemeljenost zahtevka za revizijo zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila), 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 zahtevke 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 bilo mogoče šteti za potrebne v smislu prve povedi iz tretjega odstavka 70. člena ZPVPJN. Na podani zaključek ne vpliva niti izhodišče, ki bi zaradi navedb zagovornika javnega interesa, ki se neposredno nanašajo na gospodarska subjekta Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper oziroma njun položaj, morebiti vzpostavljalo obveznost, da je treba gospodarskima subjektoma Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper z razširjajočim tolmačenjem načela kontradiktornosti (10. člen ZPVPJN) omogočiti izjavo o takih navedbah zagovornika javnega interesa, saj to ne spremeni vsaj tega, da izjava gospodarskih subjektov Arriva, d. o. o., Kranj ter Arriva Dolenjska in Primorska, d. o. o., Koper iz njunih vlog z dne 16. 6. 2022 naročniku ni pripomogla k uspehu zoper zahtevke za revizijo, ki ga je vložil zagovornik javnega interesa zoper vsebino objave in dokument »Razpisna dokumentacija« (tj. dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila).

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.