

Številka: 018-109/2023-19

Datum: 26. 10. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 18. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999, s spremembami; v nadaljevanju: ZPP) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011, s spremembami; v nadaljevanju: ZPVPJN) in 70. člena ZPVPJN v senatu dr. Mateje Škabar, kot predsednice senata, ter Marka Medveda in Aleksandra Petrovčiča, kot članov senata, v postopku pravnega varstva za »Izvajanje storitev odstranjevanja poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, z avtocest (AC) in hitrih cest (HC)«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj AMZS družba za opravljanje storitev članom AMD in drugim udeležencem v cestnem prometu d.d., Dunajska cesta 128A, Ljubljana, ki jo zastopa Odvetniška družba Glušič o.p., d.o.o., Pipanova pot 30, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika DARS d.d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik) dne 26. 10. 2023

odločila:

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

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o naročilu 13. 7. 2023 objavil na portalu javnih naročil, pod št. objave JN0004617/2023-B01 in 14. 7. 2023 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2023/S 134-428886.

Zoper razpisno dokumentacijo je vlagatelj 29. 8. 2023 vložil zahtevek za revizijo. Predlaga, da se razpisna dokumentacija razveljavi v celoti oziroma (podredno), da se razveljavi v delu, ki se nanaša na odstranjevanje poškodovanih ali pokvarjenih vozil z avtocest (AC) in hitrih cest (HC), katerih največja dovoljena masa ne presega 3.500 kg. Zahteva tudi povrnitev stroškov pravnega varstva. Vlagatelj zatrjuje, da zaradi naročnikovih kršitev ne more oddati dopustne in konkurenčne ponudbe. Navaja, da je naročnik nezakonito določil predmet javnega razpisa, ki poleg

odstranjevanja poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, vključuje tudi odstranjevanje poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa ne presega 3.500 kg. Ob tem opozarja, da storitve odstranjevanja poškodovanih ali pokvarjenih vozil ne predstavljajo javnega naročila, saj celotno operativno tveganje za izvajanje storitev nosi ponudnik, ki storitve tudi zaračunava. Skladno z Zakonom o cestah (Uradni list RS, št. 132/22, s spremembami; v nadaljevanju: ZCes-2) pa je pooblastilo za izbiro izvajalca po postopku javnega naročanja podano le za odstranjevanje poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, zato naročnik za vodenje postopka v delu, ki se nanaša na vozila, lažja od 3.500 kg, v zakonu nima podlage. Zatrjuje še, da tudi sicer razpisna dokumentacija, ki vključuje obe storitvi, omejuje konkurenco in enakopravno obravnavo ter je v nasprotju z načelom sorazmernosti. Takšen predmet izključuje ponudnike (med katere sodi tudi sam), ki se ukvarjajo zgolj z odstranjevanjem vozil pod 3.500 kg, saj brez partnerja, ki izvaja storitve odstranjevanja vozil nad 3.500 kg (ti subjekti pa so pripravili samostojne ponudbe in niso zainteresirani za oblikovanje konzorcijev), ponudbe ne morejo oddati. Navaja, da se je prvotna razpisna dokumentacija nanašala le na odstranjevanje poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, potem pa jo je naročnik (na podlagi več vprašanj) z Dodatkom št. 2 spremenil in se zdaj nanaša tudi na vozila izpod 3.500 kg. Pojasnjuje, da je besedilo prvotnega 7. člena ZCes-2 zajemalo vsa vozila, tudi tista pod 3.500 kg, nato pa je bil ta del z novelo ZCes-2A izvzet iz zakona, saj bi se sicer bistveno poseglo v dobro delujoče in uveljavljene asistenčne sisteme, dodatno pa je bilo ob tem tudi poudarjeno, da je takšno združevanje nesorazmerno. Iz gradiva Vlade RS izhaja ratio zakonodajalca, da se loči način izbire izvajalca za odstranjevanje vozil nad in pod 3.500 kg. Združevanje obeh kategorij ni le nezakonito, ampak tudi neekonomično. Gre namreč za javni razpis, katerega vrednost je zelo visoka. Naročnik sicer ocenjene vrednosti ni objavil, po oceni vlagatelja pa znaša cca. 800.000,00 EUR za posamezni geografski sklop, za devet sklopov 7.200.000,00 EUR letno in 36.000.000,00 EUR za 60 mesecev. Zatrjuje, da pogoji, da bi odstranjevanje vozil pod 3.500 kg šteli za javno naročilo, niso izpolnjeni, zato za izbiro izvajalca ni mogoče uporabiti določb Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15, s spremembami; v nadaljevanju: ZJN-3). Iz razpisne dokumentacije namreč izhaja, da se storitve odstranjevanja vozil zaračunavajo neposredno uporabniku, poleg tega iz razpisne dokumentacije ne izhaja, da bi naročnik v zvezi z opravljanjem storitev prevzel kakršnokoli tveganje. Navaja, da ZJN-3 v prvi alineji prvega odstavka 2. člena določa, da je javno naročilo pisno sklenjena odplačna pogodba med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerega predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev, navedena odplačnost iz javnih sredstev pa v konkretnem primeru ni izpolnjena, saj se celotno plačilo zaračunava neposredno uporabnikom storitev. Pojasnjuje še, da razliko med javno-naročniškim in koncesijskim razmerjem vsebuje 27. člen Zakona o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06, s spremembami; v nadaljevanju: ZJZP) in (enako) tudi Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta o podeljevanju koncesijskih pogodb z dne 26. 2. 2014 (v nadaljevanju: Direktiva 2014/23/EU). Navaja, da se pri presoji, ali gre pri določeni storitvi za javno naročniško razmerje ali ne, poleg plačila za storitev, uporablja še kriterij prevzema tveganja v zvezi z opravljanjem storitev, ki se v primeru javnega naročila ne prenese na ponudnika (vlagatelj se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije št. 018-270/2015). Vse navedeno velja tudi za tisti del naročila, ki se nanaša na odstranjevanje vozil, ki so težja od 3.500 kg, pri čemer ZCes-2 v tem delu naročnikom daje izrecno pooblastilo, da izbere izvajalca odvoza vozil na podlagi postopka javnega naročanja po zakonu, ki ureja javna naročila. Poleg dejstva, da odvoz vozil do 3.500 kg ne more biti predmet tega postopka, pa vlagatelj še dodaja, da bi moral odvoz vozil do 3.500 kg predstavljati ločen vsebinski sklop. Pojasnjuje razliko med zahtevano mehanizacijo za opravljanje odvoza vozil nad in do 3.500 kg ter ponovno opozarja na zapis Vlade RS v Predlogu sprememb ZCes-2, ki je bil, kot navaja, usklajen z vsemi večjimi deležniki in ga povzema. Pojasnjuje še, da so plačniki razpisanih storitev vozniki oziroma lastniki vozil, ki so poškodovana in pokvarjena, za uporabnika pa je bolj gospodarno, da mu avto odpelje izvajalec, ki je čim bližje lokaciji pokvarjenega oziroma poškodovanega vozila, saj se odvoz plačuje po prevoženih

kilometrih. Navaja, da ima velika večina lastnikov vozil, katerih največja dovoljena masa ne presega 3.500 kg, sklenjene pogodbe z zavarovalnicami oziroma drugimi subjekti, ki že vsebujejo tudi asistenčne storitve odvoza pokvarjenega ali poškodovanega vozila, takšne storitve pa nudi tudi sam. Pojasnjuje, da ima v Sloveniji 10 poslovnih enot, iz katere lahko zagotovi vozilo za odvoz, zato meni, da pri hitrosti odvoza ne bi bilo bistvene razlike, razlika pa bi nastala pri plačilu storitve. Če naročnik v konkretnem primeru ne zagotavlja tržne cene prevoza, potem potencialni uporabnik ne ve, koliko bo moral plačati. Poleg tega ima veliko uporabnikov te storitve vključene v svoje pogodbe, zato bi takšno storitev lahko plačali znova. Zatrjuje, da mu je onemogočena oddaja ponudbe, saj je naročnik predmet razširil šele z Dodatkom št. 2, v tako kratkem času pa ne more sestaviti konzorcija, saj so mu do dne vložitve zahtevka za revizijo vsi izvajalci v Sloveniji, ki odvažajo vozila nad 3.500 kg, pojasnili, da že imajo druge partnerje.

Naročnik je z dokumentom št. 3.1.3./2023-115/23, z dne 8. 9. 2023 zahtevke za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Uvodoma pojasnjuje, da se s predmetnim razpisom trenutna ureditev odvoza poškodovanih ali pokvarjenih vozil do 3.500 kg z avtocest in hitrih cest ne spreminja. Osebna vozila z avtocest in hitrih cest bodo tako po sedanji, kakor tudi po razpisani ureditvi, v večini primerov odvažale asistenčne avtovleke ali druge, s strani uporabnikov angažirane avtovleke. V kolikor do odvoza ne pride, pa mora za odstranitev na podlagi zakona poskrbeti naročnik. Skladno s petim odstavkom 6. člena ZCes-2, mora namreč naročnik, kot izvajalec rednega vzdrževanja avtocest in hitrih cest, brez odlašanja odstraniti vse ovire ali druge posledice ravnanj, ki bi lahko škodovala, ogrožala, ovirale ali zmanjševale varnost prometa. Enajsti odstavek 30. člena Zakona o pravilih cestnega prometa (Uradni list RS, št. 156/21 s spremembami; v nadaljevanju: ZPrCP) določa, da mora voznik vozila (katerega največja dovoljena masa ne presega 3.500 kg), ki je ustavljen v sili na odstavnem pasu ali odstavni niši, sam prvenstveno poskrbeti, da se tako vozilo takoj odstrani. V ta namen lahko odvoz vozila organizira preko asistenčne ali katerekoli druge avtovleke, s katero se dogovori za to storitev. Če tega ne stori, vozilo na njegove stroške odstrani s strani naročnika angažirani pogodbeni izvajalec odvoza vozil. Ker mora skladno s petim odstavkom 6. člena ZCes-2, kot izvajalec rednega vzdrževanja avtocest in hitrih cest, s ceste odstraniti vse ovire ali druge posledice ravnanj, ki bi lahko škodovala cesti ali ogrožala, ovirale ali zmanjševale varnost prometa na njej, sam pa v celoti ne razpolaga z opremo za odstranjevanje ovir, se je odločil, da bodo v okviru obravnavanega razpisa izbrani izvajalci odstranjevali tudi vozila pod 3.500 kg. Sporna zahteva sloni na zagotavljanju pretočnosti in varnosti avtocest in hitrih cest, upošteva peti odstavek 6. člena ZCes-2 in enajsti odstavek 30. člena ZPrCP, v zagotavljanju načela gospodarnosti in učinkovitosti ter na dejstvu, da so morali ponudniki že pred opravljeno spremembo izkazati, da so na dan oddaje ponudbe razpolagali z vsaj dvema voziloma, namenjenima odvozu vozil 3.500 kg skupne mase. Pravno podlago za vodenje predmetnega postopka predstavlja drugi odstavek 7. člena ZCes-2, ki določa, da lahko upravljavec avtocest in hitrih cest za izvajanje storitev odstranjevanja poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, izbere izvajalca odvoza na podlagi postopka javnega naročanja po zakonu, ki ureja javno naročanje. Le v kolikor bi bilo to za naročnika bolj gospodarno, lahko izvajalca odvoza ob upoštevanju četrtega in petega odstavka 7. člena ZCes-2 izbere na podlagi zakona, ki ureja nekatere koncesijske pogodbe, ter z njim sklene koncesijsko pogodbo za največ pet let. ZCes-2 izrecno določa, da se izvajalca odvoza vozil izbere na podlagi postopka javnega naročanja po zakonu, ki ureja javno naročanje, iz česar izhaja, da gre v konkretnem primeru za postopek javnega naročanja. Navedenega ne spreminja niti dejstvo, da je predmet javnega naročila tudi odvoz vozil do 3.500 kg. V tem oziru so brezpredmetne tiste vlagateljeve ugotovitve, ki se nanašajo na prenos operativnega tveganja in na plačilo storitev oziroma navedba, da v konkretnem primeru ne gre za javno naročilo. Zakonodajalec je ob sprejemu ZCes-2 vedel, da je prenos operativnega tveganja pri izvajanju storitev tipična lastnost, ki velja za koncesijo storitve in ki razlikuje razmerje od javnega naročila storitev, prav tako je vedel, da se storitve odstranjevanja vozil zaračunavajo neposredno uporabniku, pa je kljub temu

kot primarni postopek za izbor izvajalca razpisanih storitev določil postopek javnega naročanja po zakonu, ki ureja javno naročanje. Zatrjuje še, da je ZCes-2 po hierarhiji pravnih aktov enak ZJN-3, poleg tega je specialnejši in novejši, zato ga je v tem primeru potrebno upoštevati. ZCes-2 je bil sprejet 4. 10. 2022, medtem ko je bil Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (Uradni list, št. 9/10 s spremembami; v nadaljevanju: ZNKP) sprejet 31. 1. 2019 in v kolikor bi obveljalo, da je ZCes-2 specialnejši zakon od ZNKP ter ob dejstvu, da gre za splošna zakona, ki urejata enako materijo, je glede slednje ZCes-2 kasnejši zakon, kar ponovno privede do uporabe postopka po ZJN-3. Posledično tudi dejstvo, da naročnik ni neposredni plačnik izvajalcu, ne more vplivati na naravo postopka izbire izvajalca razpisanih storitev. Zatrjuje še, da subjekt plačila pri definiciji pojma koncesije po evropskem pravu ni relevanten. Pogoj je, da je plačilo odvisno od eksploatacije objekta, kar pomeni, da odločujoč dejavnik med koncesijo in javnim naročilom ni subjekt plačila, zato dejstvo, da bo opravljeno storitev ponudnik (izvajalec) zaračunal uporabniku, za opredelitev narave pravnega razmerja ni relevantno. Glede na naravo storitve iz 7. člena ZCes-2 tudi ni mogoče govoriti o tržnih tveganjih, saj gre za storitev, ki ni odvisna od tržnega povpraševanja, temveč za izvedbo zakonsko dolžnostnega ravnanja, ki ga morata opraviti uporabnik, ki je bil udeležen v škodnem dogodku. Naročnik še navaja, da odločitev Državne revizijske komisije št. 018-270/2015 temelji na določilih neveljavnega zakona (prejšnjega zakona o javnem naročanju) in je bila sprejeta še pred implementacijo javno naročniških-direktiv iz leta 2014. V času izdaje odločitve Državne revizijske komisije tedaj veljavni zakon o cestah (ZCes-1) ni urejal področja plačila za opravljeno storitev, iz četrtega odstavka 7. člena ZCes-2 pa izhaja, da najvišje cene, ki se smejo zaračunati za odstranitev poškodovanega ali pokvarjenega vozila, določi upravljavec avtocest in hitrih cest. Navaja še, da bi bila razdelitev na sklope smiselna le v primeru, ko se odvoz vozil do 3.500 kg drugim izvajalcem ne bi dopuščal. Pojasnjuje, da se je v okviru delovne skupine (v katero so vključeni tudi predstavniki Obrtno-podjetniške zbornice, Ministrstva za infrastrukturo, Slovenskega zavarovalnega združenja, Gospodarske zbornice in Združenja za promet) zavezal pripraviti predlog rešitve odstranjevanja pokvarjenih in poškodovanih vozil do 3.500 kg na prvo primerno mesto izven avtocest in hitrih cest. Iz tega razloga je v razpisni dokumentaciji določil, da bodo izvajalci odvoza vozil do 3.500 kg, pod razpisnimi pogoji dolžni izvajati odvoz le do uveljavitve drugačne ureditve. Poleg tega vsebino in uporabo načela gospodarnosti in učinkovitosti ni dopustno tolmačiti le z vidika interesov uporabnikov, pač pa z vidika javnega interesa - ki je v zagotavljanju varnosti in pretočnosti avtocest, za kar je zadolžen naročnik. Pojasnjuje še, da se vozilo odpelje na lokacijo, za katero se dogovorita uporabnik in izvajalec prevoza, uporabnik pa ima v primeru sklenjenega zavarovanja za asistenco pravico do refundacije plačanega zneska. Zatrjuje, da mora v javnem interesu poskrbeti, da se promet na avtocestah in hitrih cestah čim prej sprosti, kar lahko najučinkovitejše stori z angažiranjem dežurnega izvajalca, ki poskrbi za odvoz vozil ne glede na njihovo težo. Poleg tega presoja o tem, za kakšno vrsto vozila gre, ni vselej enostavna, odstranjevanje vozil pa poteka bistveno hitreje, v kolikor za to poskrbi (le en) dežurni izvajalec, saj vsako tovorno vozilo, ki sodeluje pri intervenciji, dodatno omeji pretočnost prometa.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 13. 9. 2023 opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo. Zatrjuje, da je v zahtevku za revizijo navedel, da v ZCes-2 ni podano pooblastilo za izvedbo postopka v delu, ki se nanaša na odstranjevanje vozil pod 3.500 kg. Določilo ZCes-2, ki določa, da se izvajalec za odstranjevanje vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, izbere na podlagi postopka javnega naročanja po zakonu, ki ureja javno naročanje, ne pomeni, da navedeno predstavlja javno naročilo, še manj je mogoče v ta kontekst uvrstiti še tisti del, ki se nanaša na odstranjevanje vozil pod 3.500 kg. Določilo drugega odstavka ZCes-2 je treba razlagati restriktivno, saj predstavlja izjemo za uporabo postopka javnega naročanja v primeru, ko dejansko ne gre za javno naročilo, zakon pa kljub temu napotuje na uporabo postopka javnega naročanja. Tudi naročnik navaja, da je v konkretnem primeru prenos operativnega tveganja na izvajalca ključna lastnost, ki velja za koncesijo za storitve. Dejstvo namreč je, da je potrebno pri presoji, ali gre v primeru določenega pogodbenega razmerja za koncesijo ali javno naročilo,

uporabljati izključno pravo Evropske unije, zato ni pomembno, kako je razmerje opredeljeno v pravnem redu države članice, o čemer se je že večkrat izreklo sodišče EU in kar je Državna revizijska komisija povzela v več odločitvah (med drugim v zadevi št. 018-040/2023-32). Ne drži niti navedba naročnika, da po evropskem pravu subjekt plačila ni relevanten. Kot že izhaja iz zahtevka za revizijo, sta razlikovalna znaka med koncesijo storitve in javnim naročilom tako plačilo za opravljeno storitev, kakor tudi razporeditev operativnega tveganja, kar je zapisala tudi Državna revizijska komisija v odločitvi št. 018-040/2022-32. V konkretnem primeru izvajalec pridobi pravico do izkoriščanja storitev odstranjevanja vozil, samo plačilo pa je izvedeno s strani uporabnikov. Prav tako ne drži naročnikova navedba, da v obravnavanem primeru prenos operativnega tveganja ni podan oziroma da izvajanje storitve ni odvisno od tržnega povpraševanja. Pri naročniku gre res za izvedbo zakonsko dolžnostnega ravnanja vzdrževanja pretočnosti cest, tudi pri uporabnikih gre za dolžnostno ravnanje odstranitve ovire iz cest. Pri izvajalcih teh storitev pa gre v prvi vrsti za izvajanje storitev na trgu, pri čemer je količina izvedenih storitev negotova in odvisna od števila intervencij na terenu, prav tako izvajalec nosi celotno tveganje plačilne nesposobnosti uporabnikov. Dejstvo, da v konkretnem primeru izvajalec nosi znatni del tveganja je ugotovila tudi Državna revizijska komisija v zadevi 018-270/2015, ki je uporabljiva v delu, ko podaja stališča, kdaj gre oziroma ne gre za javno naročilo, tudi po sprejetju ZJN-3 in po implementaciji javno naročniških direktiv iz leta 2014. Državna revizijska komisija je v zadevi 018-040/2022-32 izrecno zapisala, da je razlika med koncesijo za storitve in javnim naročilom storitev po vsebini ostala taka, kot je bila po ureditvi iz Direktive 2004/18/ES. Razlikovalna znaka sta plačilo za opravljanje storitev in razporeditev operativnega tveganja. Stališča Evropskega sodišča, ki so temeljila na tolmačenju koncesije za storitve po ureditvi Direktive 2014/23/EU, so uporabljiva tudi pri tolmačenju koncesije za storitve po uveljavitvi Direktive 2014/23/EU. Na uporabljivost stališč iz odločitve Državne revizijske komisije št. 018-270/2015 ne vpliva niti sprejetje ZCes-1 niti sprejetje ZCes-2, ki urejata odstranjevanje poškodovanih in pokvarjenih vozil nad 3.500 kg. Za konkretni primer ni pomembno, kakšen postopek je imel v mislih zakonodajalec, ključno je predvsem to, da ZCes-2 ureja izključno način izbire izvajalca odstranjevanja vozil nad 3.500 kg. Naročnik je navedel, da bi bila ločitev na dva sklopa smiselna, če bi se v okviru tega javnega razpisa oddajalo izvajanje storitev odstranjevanja vseh poškodovanih ali pokvarjenih vozil pod 3.500 kg, pri čemer pa ni pojasnil, zakaj je takšno razlikovanje pravno utemeljeno. Naročnik je tudi navedel, da je za odstranjevanje vozil pod 3.500 kg v pripravi posebna ureditev, s čimer je posredno priznal, da predstavlja odstranjevanje teh vozil ločen sklop z drugačnimi značilnostmi, opremo itd. in bi ga bilo potrebno obravnavati drugače in ne skupaj z vozili nad 3.500 kg. Navaja še, da bi naročnik pretočnost avtocest in hitrih cest zagotovil tudi tako, da bi ločeno izbiral izvajalce za odstranjevanje poškodovanih ali pokvarjenih vozil, ki ne presegajo 3.500 kg, saj bi tudi v tem primeru lahko določil pogoje za izvajalce, odzivne čase in druge dejavnike. Ne držijo niti navedbe naročnika, da dodatni stroški za uporabnike (izven avtocest in hitrih cest) ne bodo nastali. Ti stroški oziroma cene v tem delu niso določene, povsem neživljenjsko in v praksi neizvedljivo pa je, da se takoj po zapustitvi avtocest poškodovano vozilo pusti na cesti in se ločeno izvede odvoz z drugim izvajalcem do točke popravila. Takšnih mest v naravi večinoma ni. Naročnik je tudi navedel, da naj bi imeli uporabniki pravico do refundacije sredstev avtovleke ne glede na izvajalca, pri čemer pa v zvezi s tem ni predložil nikakršnega dokaza. Četudi bi to držalo, pa bi se navedeno odražalo najmanj v ceni zavarovalne premije za uporabnike. Naročnik je nadalje zapisal, da bi ločevanje glede na težo vozila pomenilo večjo obremenitev avtocest in hitrih cest in bi podaljšalo čas reševanja. A čas reševanja bi naročnik lahko podal tudi v ločenem razpisu za vozila pod 3.500 kg, kjer bi prav tako lahko določil dežurne izvajalce, argumenti večje obremenitve pa so nerelevantni, saj je odstranjevanje vozil pod 3.500 kg drugačno od odstranjevanja vozil nad 3.500 kg, kar izhaja tudi iz naročnikovih cenikov najvišjih dovoljenih cen.

Po pregledu prejete dokumentacije ter preučitvi navedb vlagatelja in naročnika, je Državna revizijska komisija odločila tako, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, ki so navedeni v nadaljevanju.

Državna revizijska komisija je naročnika 21. 9. 2023 pozvala k odstopu podatka o ocenjeni vrednosti za razpisano storitev. Naročnik je podatke o ocenjeni vrednosti posredoval 28. 9. 2023, vendar zgolj za vozila, ki so težja od 3.500 kg. Po ponovnem pozivu Državne revizijske komisije (3. 10. 2023) ji je naročnik 6. 10. 2023 posredoval še podatke o ocenjeni vrednosti za vozila, ki so lažja od 3.500 kg. Državna revizijska komisija je s podatki o ocenjeni vrednosti 18. 10. 2023 seznanila vlagatelja, ki se je 23. 10. 2023 odzval z dokumentom »Izjasnitev vlagatelja v zvezi z dopisom Državne revizijske komisije št. 018-109/2023-14 z dne 18. 10. 2023«.

V obravnavanem primeru vlagatelj zatrjuje, da razpisane storitve ne predstavljajo javnega naročila, saj celotno operativno tveganje v zvezi z izvajanjem storitev nosi ponudnik, plačilo pa je izvedeno s strani uporabnikov storitev. Vlagatelj tudi zatrjuje, da ima naročnik za izbiro izvajalca po postopku javnega naročanja v ZCes-2 pooblastilo le za odstranjevanje poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg in ne tudi za vozila, lažja od 3.500 kg. Poleg tega očita naročniku, da tudi sicer razpisna dokumentacija, ki vključuje obe storitvi oziroma ne dovoljuje ponudnikom, da bi oddali ponudbo v dveh ločenih sklopih (za vozila do 3500 kg in za vozila nad 3.500 kg), omejuje konkurenco, enakopravno obravnavo ter je v nasprotju z načelom sorazmernosti.

Po prejemu zahtevka za revizijo je Državna revizijska komisija dolžna najprej (pred vsebinsko obravnavo zahtevka za revizijo) preveriti obstoj procesnih predpostavk, med drugim tudi, ali je pristojna za odločanje o zadevi. V kolikor je Državna revizijska komisija pristojni organ za reševanje spora med strankama (in so izpolnjene tudi druge procesne predpostavke), Državna revizijska komisija o zahtevku za revizijo odloči meritorno, v nasprotnem primeru se mora (ob smiselni uporabi 18. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN) izreči za nepristojno, zahtevke za revizijo pa, brez vsebinske obravnave, zavreči.

Pravno varstvo ponudnikov, naročnikov in javnega interesa v postopkih oddaje javnih naročil ureja ZPVPJN, ki pravno varstvo zoper kršitve v postopkih javnega naročanja zagotavlja v predrevizijskem postopku, revizijskem postopku, ki poteka pred Državno revizijsko komisijo in sodnem postopku (2. člen ZPVPJN). Pravno varstvo v predrevizijskem in revizijskem postopku, ki ju ureja ZPVPJN, pa je skladno z ZJZP predvideno tudi za tiste primere, ko se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradenj (prim. 62. člen ZJZP), skladno z ZNKP pa tudi za primere nekaterih koncesijskih pogodb (prim. prvi odstavek 54. člena ZNKP). Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija odloča o zahtevkih za revizijo, ki so vloženi v postopkih oddaje javnih naročil in v postopkih sklepanja javno-zasebnih partnerstev, v katerih se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradnje ter postopkih oddaje koncesij, v primerih, ki jih določa ZNKP.

S sprejetjem ZNKP je bila v slovenski pravni red v celoti prenesena Direktiva 2014/23/EU. ZNKP po vsebini sledi Direktivi 2014/23/EU - vsebinsko ostaja v mejah materije, ki jo ureja direktiva in jo le redkokje presega. Za razliko od predpisov o javnem naročanju, pravila Direktive 2014/23/EU niso tako obsežna in natančna, kot pravila direktiv, ki urejajo oddajo javnih naročil (direktiva in ZNKP na primer ne urejata obveznih postopkov za oddajo koncesije).

Državna revizijska komisija se strinja z vlagateljem, da razliko med javno naročniškim in koncesijskim razmerjem vsebuje ZJZP, kakor tudi Direktiva 2014/23/EU in ZNKP ter da je za opredelitev razmerja kot koncesijskega značilno, da javni subjekt (koncedent) prenese pravico

zgraditi javni objekt in/ali opravljati storitev na izbranega izvajalca (koncesionarja), pri čemer izvajalec ni poplačan neposredno s strani naročnika, temveč s tem, da pridobi pravico ekonomsko koristiti gradnjo oziroma storitev, ki je predmet koncesije. Ob tem je bistveno, da so ekonomska tveganja, ki so povezana z izvajanjem koncesije (investicijska tveganja, tveganja na strani ponudbe in/ali povpraševanja), ves čas izvajanja koncesije na strani izvajalca. Za pravilno pravno opredelitev pravnega razmerja je torej potrebno ugotoviti, katera stranka bo v zadevnem poslu nosila poslovno tveganje, ki je povezano z izgradnjo objekta oziroma izvajanjem storitve (direktiva in ZNKP jih imenujeta »operativno tveganje«). Opredelitev stranke, ki nosi poslovno (operativno) tveganje, je torej bistvena za opredelitev pravne narave razmerja. Če operativnega tveganja ne prevzame subjekt, ki je pridobil pravico do gradnje oziroma opravljanja storitve (npr. če mu naročnik za izvedbo plača ali mu kako drugače vnaprej zagotavlja poplačilo), potem posla ni mogoče opredeliti kot koncesijo. Podelitev koncesije tako vedno predpostavlja, da bo poslovno tveganje, ki je povezano z izvedbo javne gradnje ali storitve (tveganje, da investicijski vložek ne bo povrnjen in/ali da investicija ne bo prinašala dobička), preneseno na koncesionarja. V skladu s pravili direktive se šteje, da je koncesionar prevzel operativno tveganje, če pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnile naložbe ali stroški, ki nastanejo pri izvajanju gradenj ali storitev, ki so predmet koncesije. Kot je pojasnjeno v uvodni določbi 20 Direktive 2014/23/EU, mora operativno tveganje izhajati iz dejavnikov, na katere stranke nimajo vpliva. Tveganja, ki so povezana s slabim upravljanjem, neizpolnjevanjem pogodbenih obveznosti ali višjo silo, niso odločilna pri uvrstitvi pogodbe med koncesije, saj so ta tveganja značilna za vse pogodbe ne glede na to, ali gre za javno naročilo ali koncesijo.

Enaka razlika med javno-naročniškim in koncesijskim razmerjem izhaja tudi iz prakse Sodišča Evropske unije (prim. odločitvi Državne revizijske komisije št. 018-055/2020 in št. 018-214/2016). Pri javnem naročilu storitev naročnik plača neposredno ponudniku storitev, medtem ko plačilo pri koncesiji za storitve obsega pravico izkoriščanja storitve oziroma to pravico skupaj s plačilom (prim. sodbi Wasser und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, točka 51 in Domenico Politanò, C-225/15 z dne 8. 9. 2016, ECLI:EU:C:2016:645, točka 30). Takrat, ko dogovorjeni način plačila izhaja iz pravice ponudnika, da izkorišča svojo storitev, ta način plačila pomeni, da ponudnik prevzame tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev (sodba Wasser und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs und Entsorgungsgesellschaft mbH, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540, točka 59). Čeprav je torej način plačila eden od odločilnih dejavnikov za opredelitev koncesije za storitve, pa iz prakse Sodišča Evropske unije izhaja, da pri koncesiji za storitve koncesionar prevzame celotno ali vsaj znaten del tveganja, povezanega z opravljanjem zadevnih storitev. Če se tveganje, povezano z opravljanjem storitev, ne prenese na ponudnika, je zadevna dejavnost javno naročilo storitev sicer pa koncesija za storitve (prim. sodbi Norma-A SIA, Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721, točka 44 in Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler proti Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130, točka 26). Tveganje opravljanja ekonomskih storitev je treba razumeti kot tveganje za izpostavljenost tržnim tveganjem, ki lahko povzroči tveganje neuskkljenosti med ponudbo in povpraševanjem po storitvah, tveganje plačilne nesposobnosti dolžnikov za opravljene storitve, tveganje za konkurenco s strani drugih ponudnikov, tveganje nekritja stroškov poslovanja s prihodki ali tveganje za odgovornost za škodo v zvezi z neizpolnitvijo storitev (prim. sodbi Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler proti Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130, točka 37 in Norma-A SIA, Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721, točka 48; prim. tudi uvodno izjavo 18, 19, 20 Direktive 2014/23). Tveganja, ki so povezana s slabim upravljanjem ali napakami pri presoji gospodarskega subjekta, niso odločilna za opredelitev pogodbe kot javnega

naročila ali koncesije za storitve, saj so del vsake pogodbe ne glede na to, ali gre za javno naročilo ali koncesijo za storitve (sodbi Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler proti Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130, točka 38 in Norma-A SIA, Dekom SIA proti Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721, točka 49).

Predmet bodočega pogodbenega razmerja je naročnik opisal v točki 1 (Obseg izvajanja storitev) in v Dodatku št. 2. Ponudnik bo izvajanje storitev poškodovanih ali pokvarjenih vozil z avtocest in hitrih cest izvajal na sklopu, za katerega mu bo dodeljena razpisana storitev. Storitve se bodo izvajale v devetih sklopih (Sklop 1 - Postojna, Sklop 2 - Slovenske Konjice, Sklop 3 - Ljubljana, Sklop 4 - Hrušica, Sklop 5 - Maribor, Sklop 6 - Kozina, Sklop 7 - Vransko, Sklop 8 - Novo mesto in Sklop 9 - Murska Sobota). Izbrani ponudnik bo odvoz vozil na posameznem sklopu izvajal po vnaprej določenem tedenskem razporedu, ki ga določi naročnik do 15. 12. tekočega leta za naslednje koledarsko leto. Odvoz se izvaja na podlagi klica naročnika.

Iz 8. člena vzorca pogodbe med drugim izhaja, da se izvajalec zavezuje odstranitev vozila izvajati na podlagi odredbe pooblaščenega osebe upravljalca po postopku, ki ga določi upravljalca z vsakokratnimi Navodili o odstranjevanju ovir z avtocest in hitrih cest. Odstranitev vozila opravi izvajalec odvoza vozil v skladu z zakonom, ki ureja pravila cestnega prometa, in sicer vozilo odpelje do ustreznega kraja za odpravo poškodbe oziroma okvare vozila ali hrambo vozila, ki ga izvajalec odvoza določi v dogovoru z uporabnikom. Dogovor, ki ga s podpisom potrjuje izvajalec odvoza in uporabnik, zaznamuje pooblaščenega oseba upravljalca na posebnem obrazcu o odvozu vozila. Če do dogovora z uporabnikom vozila ne pride, izvajalec odvoza vozil odpelje vozilo do njegovega najbližjega varovanega parkirišča. Naročnik torej v obravnavanem primeru išče pogodbeno partnerje, ki bodo na njegov poziv na posameznih odsekih avtocest in hitrih cest odstranjevali pokvarjena in v prometnih nesrečah poškodovana vozila. Iz naročnikovih navedb je razvidno, da naročnik za izvedbo teh storitev nima tehničnih in kadrovskih možnosti, čeprav je, kot vzdrževalec avtocest, skladno z ZCes-2 in ZPrCP te storitve dolžan opravljati.

V zvezi s plačilom za izvajanje storitev odstranjevanja ovir iz avtocest in hitrih cest je naročnik v točki 2 (Virji sredstev) Razpisne dokumentacije za izdelavo ponudbe navedel:

»Skladno s 4. odstavkom 7. člena ZCes-2 se izvajanje storitev zaračuna neposredno uporabniku, katerega poškodovano ali pokvarjeno vozilo, je odstranjeno iz AC in HC.

Cenik, ki določa najvišje cene, ki jih smejo izvajalci odvoza zaračunati uporabnikom za odstranitev poškodovanega ali pokvarjenega vozila, je Priloga 1 tega naročila in je objavljen na spletni strani naročnika.

Naročnik cenik lahko spremeni, o čemer bodo izbrani izvajalci obveščeni en mesec pred veljavnostjo novega cenika.

Postavke v ceniku že vključujejo ceno voznika, strojnika ali drugega osebja, ki izvaja storitev, kakor tudi stroške cestnine vozil izbranega ponudnika, s katerimi izvaja storitev in teh postavk izbrani ponudnik ne sme zaračunati uporabniku oziroma lastniku vozila. Gospodarski subjekt je upravičen do obračuna dodatnega delavca po ceniku, v kolikor je angažiranje dodatnega delavca nujno za odstranitev poškodovanih ali pokvarjenih vozil z AC/HC.

Pogodbeni izvajalec odvoza vozil lahko za izvajanje storitev odvoza uporabniku zaračuna le storitve, ki so navedene v postavkah iz cenika. Morebitne druge storitve, povezane z odvozom vozil, ki bi jih pogodbeni izvajalec po naročilu uporabnika morebiti opravil izven AC in HC (kot so

npr. ležarina, popravilo vozil, čiščenje in podobno), niso del cenika in morajo biti z uporabnikom storitev posebej dogovorjene in tudi posebej obračunane z ločenim računom.»

Podobna določila izhajajo tudi iz 3. člena vzorca pogodbe (Način obračunavanja in plačevanja pogodbenih obveznosti), in sicer:

»Izvajalec oz. nominirani podizvajalci bodo zaračunavali opravljene storitve neposredno voznikom ali imetnikom pravice uporabe vozila (v nadaljevanju uporabnik).

Izvajalec oz. nominirani podizvajalci so dolžni uporabniku izstaviti specifičan račun za opravljene storitve, pri čemer morajo biti morebitne storitve, za katere se izvajalec oz. nominirani podizvajalec in uporabnik posebej dogovorijo in so opravljene izven AC in HC, posebej obračunane z ločenim računom.

Specifikacija računa mora biti tako glede zaračunanih postavk storitev, kot tudi zaračunanih cen v celoti skladna z določili vsakokrat veljavnega cenika upravljalca DARS d.d., ki je sestavni del javnega naročila in objavljen na spletni strani upravljalca.

Izvajalec je dolžan najkasneje v roku petih delovnih dni od dneva izdaje posameznega računa uporabniku za opravljeno storitev po tej pogodbi, skrbniku pogodbe na njegov elektronski naslov poslati tudi kopije računov, ki jih uporabniku za opravljeno storitev po tej pogodbi izdajo nominirani podizvajalci.»

Državna revizijska komisija ugotavlja, da iz navedenih določb razpisne dokumentacije izhaja, da bo izvajalec storitev na podlagi naročnikovega poziva odstranil pokvarjena in v prometnih nesrečah poškodovana vozila, izvedbo teh storitev pa bodo izvajalcu plačali neposredni uporabniki teh storitev. V obravnavanem primeru bo tako ponudnik storitev odstranjevanja vozil pridobil pravico, da na podlagi naročnikovega poziva z avtoceste oziroma hitre ceste odstrani pokvarjena in v prometnih nesrečah poškodovana vozila, plačila za opravljanje teh storitev pa ne bo zagotovil naročnik, kot je to značilno za javna naročila storitev, ampak bodo izvedbo teh storitev izvajalcu storitev plačali uporabniki teh storitev, torej lastniki odstranjenih vozil, kot je to značilno za koncesije storitev. ZJN-3 v prvi alineji prvega odstavka 2. člena določa, da je javno naročilo pisno sklenjena odplačna pogodba med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerega predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev, navedena odplačnost iz javnih sredstev pa v konkretnem primeru, kot pravilno opozarja tudi vlagatelj, ni izpolnjena, saj izvajalec storitev celotno plačilo zaračunava neposredno uporabnikom storitev.

Iz odstopljene spisovne dokumentacije tudi izhaja, da v obravnavanem primeru izvajalec storitev prevzema znatni del tveganja, povezanega z opravljanjem storitev odstranjevanja pokvarjenih in v prometnih nesrečah poškodovanih vozil z AC in HC. Na izvajalcu storitev je namreč tveganje, v kakšnem obsegu bodo uporabniki AC in HC povpraševali po ponujenih storitvah odstranjevanja pokvarjenih in v prometnih nesrečah poškodovanih vozil z avtocest in hitrih cest. Obseg izvajanja teh storitev je tako odvisen le od potreb po razpisanih storitvah, kar pomeni, da izvajalec s pridobitvijo izvajanja razpisane storitve prevzame tudi tveganje povezano s povpraševanjem.

Na izvajalcu je tudi, upošteva, da uporabniki storitev izvedbo razpisane storitve plačujejo izvajalcu storitev, celotno tveganje plačilne nesposobnosti uporabnikov storitev oziroma izterjava plačila opravljenih storitev. Na izvajalcu je torej tveganje, da mu uporabniki storitev za opravljeno storitev ne bodo (oziroma mu ne bodo pravočasno) plačali.

Poleg tega višine plačila za opravljene storitve odstranjevanja pokvarjenih in v prometnih nesrečah poškodovanih vozil z avtocest in hitrih cest ne določi izvajalec storitev odstranjevanja

vozil, saj je višino plačila določil naročnik, izključno naročnik pa bo lahko cene tudi spremenil. Nenazadnje je naročnik za storitve odstranjevanja poškodovanih in pokvarjenih vozil, ki so lažja od 3.500 kg, tudi navedel, da bodo izvajalci teh odvozov pod navedenimi pogoji dolžni izvajati razpisano storitev le dokler ne bo stopila v veljavo drugačna ureditev, o kateri jih bo naročnik pisno seznanil.

Skladno s petim odstavkom 6. člena ZCes-2, mora naročnik, kot izvajalec rednega vzdrževanja avtocest in hitrih cest, z navedenih cest brez odlašanja odstraniti vse ovire in druge posledice ravnanj, ki bi lahko škodovala AC in HC ali ovirale ali zmanjšale varnost prometa na njej. Enajsti odstavek 30. člena ZPrCP določa, da mora voznik vozila, ki je (v sili ali zaradi nujenja potrebne pomoči) ustavil na odstavnem pasu ali odstavni niši, sam prvenstveno poskrbeti, da se tako vozilo takoj odstrani. Če tega ne stori, odstrani vozilo na njegove stroške izvajalec rednega vzdrževanja cest. V obravnavanem primeru bodo torej lahko vozniki vozil, ki so vozila v sili ali zaradi nujenja potrebne pomoči ustavili na odstavnem pasu ali odstavni niši primarno sami poskrbeli za odvoz svojih vozil (tudi s pomočjo asistenčnih avtovlek), v kolikor do takšnega odvoza ne bo prišlo, pa bo moral za odstranitev na podlagi zgoraj predstavljenih zakonskih določb poskrbeti naročnik oziroma s strani naročnika angažirani pogodbeni izvajalec odvoza vozil. Ob navedenem in iz razloga, ker naročnik sam v celoti ne razpolaga z opremo za odstranjevanje ovir, je pripravil predmetni javni razpis, ki se je prvotno nanašal le na odstranjevanje vozil, ki so težja od 3.500 kg, tekom pojasnjevanja razpisne dokumentacije pa je naročnik (na podlagi prejetih vprašanj) predmet javnega razpisa razširil še na odstranjevanje vozil, ki so lažja od 3.500 kg.

Prvi odstavek 7. člena ZCes-2 določa, da je upravljalec avtocest oziroma hitrih cest na cestah v njegovem upravljanju odgovoren za izvajanje storitev odstranjevanja poškodovanih ali pokvarjenih vozil. V skladu z drugim odstavkom 7. člena ZCes-2 lahko upravljalec avtocest oziroma hitrih cest za izvajanje storitev odstranjevanja poškodovanih ali pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, ne glede na največjo dovoljeno maso priklopnega vozila, izbere izvajalca odvoza vozil na podlagi postopka javnega naročanja po zakonu, ki ureja javno naročanje. Tretji odstavek 7. člena ZCes-2 pa določa, da v primeru, če je za upravljalca AC oziroma hitrih cest bolj gospodarno, lahko izvajalca odvoza vozil ne glede na drugi odstavek ZCes-2 izbere ob upoštevanju četrtega in petega odstavka 7. člena ZCes-2 in zakona, ki ureja nekatere koncesijske pogodbe, ter z njim sklene koncesijsko pogodbo za največ pet let.

Državna revizijska komisija se sicer strinja z naročnikom, da je naročnik ob upoštevanju navedenih zakonskih določb odgovoren za zagotavljanje pretočnosti in varnosti avtocest in hitrih cest. Poleg tega drugi odstavek 7. člena ZCes-2 določa, da lahko naročnik izvajalca odvoza vozil (ki so težja od 3.500 kg) izbere (tudi) na podlagi postopka javnega naročanja po zakonu, ki ureja javno naročanje (kar je naročnik tudi storil, saj je v konkretnem primeru uporabil odprti postopek iz 40. člena ZJN-3, za katerega je značilno, da lahko v njem na podlagi javne objave ponudbo oddajo vsi zainteresirani gospodarski subjekti). Vendar ob upoštevanju predhodno navedenega, kot pravilno opozarja tudi vlagatelj, to ne pomeni, da razpisana storitev predstavlja javno naročilo. Naročnik sicer pravilno navaja, da gre pri razpisanih storitvah za izvedbo zakonsko določenega dolžnostnega ravnanja vzdrževanja pretočnosti cest, vendar pa gre po drugi strani pri izvajalcih za izvajanje storitve, pri čemer je, kot že izhaja iz te obrazložitve, količina izvedenih storitev negotova in odvisna od števila intervencij na terenu, prav tako izvajalec nosi celotno tveganje v zvezi s plačilom za opravljene storitve. Poleg tega je cene za odvoze vozil iz avtocest in hitrih cest določil naročnik, ki jih lahko tudi spremeni, pogoji razpisane storitve za vozila, ki so lažja od 3.500 kg, pa se prav tako lahko tudi še spremenijo. Navedene okoliščine pa potrjujejo, da gre pri razpisani storitvi (čeprav je naročnik uporabil odprti postopek, ki ga ureja 40. člen ZJN-3) za koncesijsko razmerje.

ZNKP se skladno z 9. členom uporablja (zgolj) za tiste koncesije oziroma koncesijske pogodbe, katerih ocenjena vrednost brez davka na dodano vrednost (DDV) je enaka ali višja od vrednosti iz prvega odstavka 8. člena Direktive 2014/23/EU (trenutno 5.382.000,00 EUR). To pomeni, da se tudi določbe ZNKP o pravnem varstvu, kot ga ureja ZPVPJN, uporabljajo le za tiste koncesije, ki dosegajo oziroma presegajo navedeni vrednostni prag, ne pa tudi za koncesije, katerih vrednost je nižja od navedenega praga. Drugače povedano: pravno varstvo kandidatov, ponudnikov in javnega interesa v postopkih izbire koncesionarja v okviru ZNKP je mogoče po določbah ZPVPJN uveljavljati zgolj v postopkih podeljevanja tistih koncesij, ki so koncesije gradenj ali storitev v smislu ZNKP in katerih ocenjena vrednost brez DDV je enaka ali višja od mejne vrednosti iz prvega odstavka 8. člena Direktive 2014/23/EU (trenutno 5.382.000,00 EUR), pa še to le v primeru, če uporaba ZNKP ni izključena na podlagi katere od številnih izjem, ki jih določa navedeni zakon.

Ker je uporaba ZNKP, s tem pa tudi ZPVPJN, v skladu z določbo 9. člena ZNKP izključena v primeru, ko je ocenjena vrednost koncesijske pogodbe brez DDV nižja od vrednosti iz prvega odstavka 8. člena Direktive 2014/23/EU, je Državna revizijska komisija v zvezi z vprašanjem pristojnosti najprej ugotavljala, ali je vrednost bodočega pogodbenega razmerja brez DDV v konkretnem primeru nižja ali pa je morda enaka oziroma višja od 5.382.000,00 EUR.

Ker iz odstopljene dokumentacije podatki o vrednosti razpisane storitve niso razvidni, je Državna revizijska komisija naročnika dne 21. 9. 2023 pozvala, naj ji odstopi podatke o ocenjeni vrednosti razpisane storitve. Naročnik je podatke o vrednosti storitve za odstranjevanje poškodovanih in pokvarjenih vozil, katerih največja dovoljena masa presega 3.500 kg, odstopil dne 28. 9. 2023, dne 6. 10. 2023, po ponovnem pozivu Državne revizijske komisije, pa še podatke o vrednosti storitve za odstranjevanje poškodovanih in pokvarjenih vozil, ki so lažja od 3.500 kg.

Naročnik je Državni revizijski komisiji odstopil »Študijo izvedljivosti vzpostavitve nove dejavnosti avtovleke za odvoz vozil iz AC in HC v področju vzdrževanja« z dne 10. 3. 2023. Iz navedene študije izhaja, da so bili za posamezne vrste intervencij pri vozilih, ki so težja od 3.500 kg, na podlagi uporabljenih predpostavk - strukture tovornih vozil (skoraj 90% intervencij je bilo pri vozilih nad 15 t) in povprečnega časa intervencije, izračunani prihodki dejavnosti ob upoštevanju naročnikovega cenika. Kot osnova za oceno števila incidenc je bilo uporabljeno leto 2022. Naročnik je ocenil napoved prihodka iz naslova vozil nad 3.500 kg na letni ravni, in sicer na 210.880,00 EUR (konzervativni izračun), 558.231,00 EUR (realistični izračun) in 587.360,00 EUR (optimistični izračun). Ob upoštevanju realističnega izračuna znaša vrednost sklopa 62.025,67 EUR na leto, torej 310.128,35 EUR v petih letih oziroma skupno za celotno obdobje in za vseh devet sklopov 2.791.155,15 EUR. Ob upoštevanju optimističnega izračuna pa znaša vrednost sklopa 65.262,22 EUR na leto oziroma 326.311,10 EUR v petih letih oziroma skupno za celotno obdobje in za vseh devet sklopov 2.936.799,90 EUR. Naročnik je ocenjeno vrednost za vozila, ki so lažja od 3.500 kg, izračunal na podlagi povprečnega števila intervencij v letih 2021 in 2022 za vseh devet sklopov ter ob upoštevanju njegovega cenika ter podatka o deležu posredovanj s strani njegovih pogodbenikov, ocenil na 1.730.851,20 EUR za celotno petletno obdobje in za vseh devet sklopov. Skupna ocenjena vrednost razpisanih storitev za odvoz obeh vrst vozil (lažjih in težjih od 3.500 kg) tako po izračunu naročnika znaša 4.522.006,35 EUR (ob upoštevanju realističnega izračuna) oziroma 4.667.651,10 EUR (ob upoštevanju optimističnega izračuna).

Vlagatelj se s strani naročnika izračunano vrednostjo razpisane storitve ne strinja (Izjasnitev vlagatelja z dne 23. 10. 2023). Zatrjuje, da kot merilo prihodka od dejavnosti ni mogoče upoštevati izključno storitve odstranjevanja poškodovanih ali pokvarjenih vozil na avtocestah in hitrih cestah, saj v naravi takšna izvedba storitve ni mogoča. Državna revizijska komisija se strinja z vlagateljem, da je že v zahtevku za revizijo opozoril, da en del prevoza ne poteka po avtocestah ali hitrih cestah in da za ta del tudi najvišje dovoljene cene s strani naročnika niso določene, kar

pomeni, da se v naravi prevoz pokvarjenega/poškodovanega vozila izvede kot enotna storitev prevoza na najbližji servis oziroma drugo primerno točko, kjer je mogoče vozilo varno pustiti, ta točka pa ne predstavlja stika avtoceste oziroma hitre ceste z lokalno ali državno cesto. Kljub temu in čeprav naročnik ob izvozih z avtocest in hitrih cest nima območij (prostorov), kjer bi bilo mogoče varno pustiti odpeljano vozilo, pa bi moral vlagatelj, kot trenutni izvajalec odvoza poškodovanih ali pokvarjenih vozil, ki so lažja od 3.500 kg z AC in HC, razpolagati s podatki o vrednostih odvoza teh vozil ne le z avtocest in hitrih cest, pač pa tudi s podatki o vrednostih nadaljnjih prevozov (t.j. prevozov na najbližji servis oziroma drugo primerno točko, kjer je mogoče vozilo varno pustiti). Vendar pa je vlagatelj v zahtevku za revizijo (in v dodatni izjasnitvi z dne 23. 10. 2023) v zvezi s tem le pavšalno navedel, da znaša vrednost razpisane storitve (za obe vrsti vozil) »cca. 15.000 EUR na teden, kar znaša cca. 800.000 EUR za posamezni geografski sklop, skupaj torej za 9 sklopov 7.200.000,00 EUR letno, za obdobje 60 mesecev pa cca. 30.000.000,00 EUR«. Upošteva je navedeno, vlagatelj ni uspel izkazati navedb o vrednosti razpisane storitve oziroma ni uspel dokazati, da ocenjena vrednost razpisane storitve presega prag za uporabo ZNKP. Navedeno velja še toliko bolj v obravnavanem primeru, saj se eden izmed temeljnih vlagateljevih očitkov iz zahtevka za revizijo nanaša na njegovo (sicer pravilno) ugotovitev o tem, da razpisana storitev (za obe vrsti vozil) ne predstavlja javnega naročila oziroma da jo je potrebno obravnavati kot koncesijsko razmerje.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija zaključuje, da se pravno varstvo zoper kršitve, ki jih naročniku v postopku podelitve koncesije očita vlagatelj, ne zagotavlja po določbah ZPVPJN, Državna revizijska komisija pa v sporu med vlagateljem in naročnikom ni pristojna odločati. Pravno varstvo v predmetnem sporu je zagotovljeno skladno s 63. členom ZJZP in ne skladno z 62. členom ZJZP ali prvim odstavkom 54. člena ZNKP, zato je Državna revizijska komisija ob smiselni uporabi 18. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN vlagateljev zahtevki za revizijo zavrgla, ne da bi o njem vsebinsko odločala.

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

Vlagatelj je v zahtevku za revizijo zahteval tudi povrnitev stroškov pravnega varstva. Ker je Državna revizijska komisija zahtevki za revizijo zavrgla, tretji odstavek 70. člena ZPVPJN pa povrnitev potrebnih stroškov veže na utemeljenost zahtevka za revizijo, je bilo potrebno zavrniti zahtevo vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva.

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

Pravni pouk: Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

Predsednica senata:
dr. Mateja Škabar
članica Državne revizijske komisije

Vročiti:

- naročnik,
- vlagatelju - po pooblaščenca,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.

