

Številka: 018-135/2023-6

Datum: 18. 12. 2023

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 spremembami.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Marka Medveda, kot predsednika senata, ter mag. Zlate Jerman in Sama Červeka, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Obnova ceste in objektov na odsekih AC A1 0036 in 0636 Fram-Slovenska Bistrica od km 0,500 do km 4,200*«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložila družba Deltabloc, varnostne in protihrupne ograje d.o.o., Kroška ulica 58, Murska Sobota, ki jo zastopa odvetnik Dejan Guček, Ulica Dušana Kvedra 43a, Šentjur (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika DARS d.d., Ulica XIV. divizije 4, Celje (v nadaljevanju: naročnik), dne 18. 12. 2023

odločila:

1. Zahtevke za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o javnem naročilu 24. 8. 2023 objavil na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN005522/2023-B01 in 25. 8. 2023 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2023/S 163-516066.

Zoper razpisno dokumentacijo je vlagatelj 26. 10. 2023 vložil zahtevek za revizijo. Predlaga, da se postopek oddaje predmetnega javnega naročila v celoti ali delno (v spornih delih) razveljavi ter zahteva povrnitev stroškov pravnega varstva. Navaja, da je naročnik z Dodatkom št. 3 spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da v postavkah 1.6.3. 007 S6 4 493, 1.6.3. 0008 S6 4 673, 2.7.3. 007 S6 4 493 in 2.7.3. 0008 S 6 4 673 (ki so bile po opravljenih spremembah nadomeščene s postavkama 1.6.3. 0012 S 6 4 495 in 2.7.3. 0012 S 6 4 495) ni več prvotno zahtevane varnostne ograje H4b W3, temveč je zahtevana jeklena varnostna ograja H4b W5, spremenile pa se so tudi tri risbe Izvlečka iz PZI (risba G131.6 - Karakteristični prečni profil Območje nadvoza VA0062, risba G.131.5 - Karakteristični prečni profil Območje

nadvoza VA0061 in risba G.151 - Detajl temelja oblikovanega v robnik). Zatrjuje, da jeklene varnostne ograje H4b W5 ne ustrezajo veljavnemu standardu SIST EN 1317-2 iz naslova delovne širine. Delovna širina W5 ($W_n \leq 1,7$ m) ni ustrezna, saj je ustrezna prvotno predvidena jeklena varnostna ograja z delovno širino W3 ($W_n \leq 1,0$ m). Jeklene varnostne ograje H4b W5 tudi ne ustrezajo veljavnim navodilom naročnika za varnostne ograje (Navodilo o tehničnih karakteristikah, pogojih in načinu postavitve varnostnih ograj na cestah v upravljanju DARS; v nadaljevanju: Navodila DARS). Iz Navodil DARS izhaja, da mora biti delovna širina izbrane varnostne ograje manjša, kot je najmanjša razdalja lica varnostne ograje od nevarne ovire. Delovna širina W5 ($W_n \leq 1,7$ m) ni ustrezna, ker so nevarne ovire znotraj delovne širine, torej je delovna širina W5 večja, kot to zahteva odstavek a) točke 3.2 Navodil DARS. Poleg tega jeklene varnostne ograje H4b W5 ne ustrezajo Uredbi (EU) št. 305/2011 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2011 o določitvi usklajenih pogojev za trženje gradbenih proizvodov in razveljavitvi Direktive Sveta 89/106/EGS (v nadaljevanju: Uredba), ki v svojem prvem členu določa, da pravila držav članic zahtevajo, da so gradbeni objekti načrtovani in zgrajeni tako, da ne ogrožajo varnosti ljudi, domačih živali ali imetja ter ne škodujejo okolju. Vlagatelj opozarja, da je dopolnitev razpisnih pogojev v nasprotju s tem členom in ogroža varnost ljudi. Neustrezna jeklena varnostna ograja H4b W5 je dovoljena na treh delih razpisane gradnje. 1). Pri PHO 3 je od lica ograje do nevarnega mesta (v tem primeru je nevarno mesto protihrupna ograja), iz prereza - šifre risbe G.131.6 razvidno, da je prostora za delovno širino le nekaj več kot 100 cm. Delovna širina W5 ($W_n \leq 1,7$ m) tako ne ustreza Navodilom DARS in SIST EN 1317-2 in je v nasprotju z Uredbo. Ustrezna je delovna širina W3. 2). V območju KPP 5 - Območje nadvoza VA0062, km 3+563 - na desni strani je od lica ograje do nevarnega mesta (v tem primeru je nevarno mesto brežina), iz prereza - šifre risbe G.131.6 razvidno, da je prostora za delovno širino le nekaj več kot 100 cm. Delovna širina W5 ($W_n \leq 1,7$ m) tako ne ustreza Navodilom DARS in SIST EN 1317-2 ter je v nasprotju z Uredbo. Ustrezna je delovna širina W3. 3). V območju KPP 4 - Območje nadvoza VA0061, km 1+983 - na desni strani je od lica ograje do nevarnega mesta (v tem primeru je nevarno mesto brežina), iz prereza - šifre risbe G.131.5 razvidno, da je prostora za delovno širino le nekaj več kot 100 cm. Delovna širina W5 ($W_n \leq 1,7$ m) tako ne ustreza Navodilom DARS in SIST EN 1317-2 ter je v nasprotju z Uredbo. Ustrezna je delovna širina W3. Da vgradnja jekleno varnostnih ograj H4b W5 glede na dejansko stanje na odsekih ne ustreza zahtevam navedenih pravno relevantnih aktov za vgradnjo teh ograj, pa izhaja tudi iz detajlnega pregleda razpisne dokumentacije (tudi iz Izvlečka iz PZI, risb, načrtov ...). Na spornih odsekih je edino skladna vgradnja jekleno varnostnih ograj H4b W3, vsakršna drugačna zahteva naročnika pomeni nedopustno alternativo in nedopustno ekonomsko prednost ponudnikov, ki bodo lahko po izvedeni spremembi ponudili neustrezno in običajno cenejšo jekleno varnostno ograjo neustrezne delovne širine. Vlagatelj predlaga zaslišanje svojega direktorja, ki bo skupaj s strokovnjaki njegove matične družbe (dr. T.E., M. P in ostali) razjasnil, da na spornih odsekih varnostna ograja H4b W5 ne zadošča minimalnim predpisanim standardom. Po potrebi predlaga zaslišanje izvedenca cestno prometne stroke. Vlagatelj še opozarja, da ob navedenem obstaja tudi utemeljen razlog za dvom v strokovnost investitorja, projektanta, odgovornega projektanta, presojevalca prometne varnosti, recenzenta in nadzornega inženirja, poleg tega tudi noben izmed njih ni član delovne skupine CEN/TC 226/WG 1 - CRASH BARRIERS, SAFETY FENCES, GUARD RAILS AND BRIDGE PARAPETS, torej skupine, ki jo sestavljajo eksperti na področju varnostnih ograj. Vlagatelj predlaga, da naj se sporna zahteva preveri še pri navedeni delovni skupini. Navaja, da pomeni ravnanje naročnika veliko nevarnost tako za vse udeležence v prometu, kakor tudi za bližnje stanovalce. V preteklosti je širom EU zaradi neustreznosti varnostnih ograj prihajalo do veliko primerov nesreč s smrtnim izidom. Tako je prišlo do smrtnega primera v Italiji (Viadotto Marinella na A1 v letu 2023), v Nemčiji (Weihlbrücke Autobahn 4 v letu 2004), ko sta v obeh primerih cisterni zaradi neustrezne izvedbe jeklene varnostne ograje padli iz viadukta. Nedavno (v začetku oktobra) sta bili tudi v Benetkah dve nesreči z več kot 20 smrtnimi žrtvami in številnimi težko poškodovanimi, ko je avtobus prebil jekleno varnostno ograjo. Nesreče na viaduktih pa so se dogajale že tudi v Sloveniji. 22. 5. 2020 se je zgodila nesreča na AC Lendava Pince (voznik

tovornjaka je izgubil življenje), 13. 11. 2019 se je zgodila nesreča na južni obvoznici pred predorom Golovec (madžarski voznik tovnjaka s cisterno je po 20 metrskem padcu izgubil življenje), 3. 2. 2023 pa se je nesreča zgodila tudi na pomurski avtocesti (umrle so tri osebe, tri pa so bile huje poškodovane). Neustrezne spremembe dokumentacije predstavljajo veliko potencialno (smrtno) nevarnost za vse udeležence prometa. Pri izvedenih spremembah gre za nezakonito ravnanje naročnika. Vlagatelj opozarja, da ni dopustno, da je naročnik odstopil od standarda varnosti udeležencev v prometu, zaradi česar je že napovedal tudi vodenje drugih postopkov pred ustreznimi inšpekcijskimi in regulativnimi organi. Standarda varnosti udeležencev v prometu se ne sme žrtvovati v korist interesom potencialnih ponudnikov, ki so postavljali vprašanja, na katera je naročnik odreagirala s sporno spremembo. Za izvedbo spremembe je potrebno imeti strokovne argumente, ki v konkretnem primeru niso bili pojasnjeni, saj je naročnik spremembo opravil brez kakršnekoli strokovne obrazložitve. Vlagatelj citira šesti odstavek 12. člena Zakona o cestah (Uradni list RS, št. 132/22, s spremembami; v nadaljevanju: ZCes-2) ter zatrjuje, da gre v obravnavanem primeru za eklatantno odstopanje od predpisanih standardov, zato bi moralo odobritev v zvezi s spremembo podati Ministrstvo za infrastrukturo. Sprememba je izvedena tako v nasprotju z varnostnimi standardi, kakor tudi v nasprotju z javno naročniško zakonodajo. Zatrjuje, da ga naročnik z izvedeno spremembo diskriminira, saj razpolaga s prvotno zahtevano jekleno varnostno ograjo H4b W3. S tem, ko je naročnik samovoljno in brez pravne in strokovne podlage dovolil tudi neustrezno jekleno varnostno ograjo, je kršil vsaj načelo enakosti in zakonitosti v postopkih javnega naročanja. Naročnik ni imel osnove, da niža predpisane minimalne standarde, prav tako nima odobritve ministrstva. Naročnik je s spremembo povzročil konkurenco, ki ni utemeljena na enakih standardih, pri čemer je edino merilo cena. Nekdo, ki bo ponudil neustrezno jekleno varnostno ograjo, bo lahko dobil javno naročilo, vse pa bo šlo na račun varnosti v cestnem prometu. Ponudniki, ki bodo ponudili ustrezno varnostno ograjo (H4b W3), in ponudniki, ki bodo ponudili neustrezno jekleno varnostno ograjo (H4b W5), ne bodo v istem položaju, saj bodo prvi izgubili kar nekaj konkurenčnega položaja. Če se bodo v Sloveniji podobni razpisi ponavljali in Državna revizijska komisija v konkretnem primeru ne bo odreagirala, potem se prometna varnost ne bo izboljšala, poleg tega tudi nihče ne bo vlagal v razvoj le-te. V preteklosti so bile pri naročniku v postopkih oddaje javnih naročil zahteve glede jeklene varnostne ograje H4b W3, to je delovne širine W3, dosledno spoštovane. Z opravljeno spremembo so bila kršena temeljna načela javnega naročanja, in sicer načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki, načelo transparentnosti javnega naročanja, načelo enakopravne obravnave ponudnikov in načelo sorazmernosti.

Naročnik je z dokumentom št. 3.1.3./2023-SPZJN/95-23-rev z dne 9. 11. 2023 zahtevke za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Navaja, da mu ni jasno, kaj je mislil vlagatelj z navedbo, da jeklena varnostna ograja ne ustreza standardu SIST EN 1317-2 iz naslova delovne širine. Navedeni standard namreč določa postopke testiranja varnostnih ograj in ne predpisuje delovne širine varnostne ograje. Razred W5 je (tudi po Navodilih DARS) le eden izmed dopustnih razredov varnostnih ograj. Skladno z Uredbo se na trg lahko dajejo gradbeni proizvodi s pridobljenim CE certifikatom, kot je to zahtevano v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Standard SIST EN 1317-2 pa ne predpisuje delovne širine, saj jo določi projektant ob upoštevanju razpoložljivega prostora pomika. Naročnik navaja, da je bila projektna dokumentacija, s katero so bile predlagane izpodbijane rešitve, pregledana s strani recenzentov ustrezne stroke in strokovno usposobljenega presojevalca varnosti cest. Naročnik zavrača vlagateljeve navedbe, ki se nanašajo na tri sporne odseke. 1). PHO 3 - trditev vlagatelja, da je prostora za delovno širino le nekaj več kot 100 cm, ni resnična. Lokacija PHO 3 v območju nadvoza VA0062 je določena v načrtu 158/I-APZ, št. risbe G.232.10, iz katere je razvidno, da znaša odmik PHO od roba vozišča 2 m in ne nekaj več kot 100 cm, kar ustreza zahtevam iz projektantskega popisa za vgradnjo JVO H4b W5 z največjo delovno širino 1,4 m. 2). Območje KPP 5 - trditev vlagatelja, da je prostora za delovno širino le nekaj več kot 100 cm, ni resnična. V območju nadvoza VA0062 na desni strani je, kot izhaja iz projektne

dokumentacije, izvedena bankina v širini 1,5 m, za bankino pa se mora, skladno s tehničnimi smernicami, izvesti 50 cm utrjene zemljine, kar skupaj predstavlja razdaljo za jekleno varnostno ograjo brez ovir v širini 1,5 m in ustreza projektantski zahtevi JVO H4b W5 z največjo delovno širino 1,4 m. 3). Območje KPP 4 - trditev vlagatelja, da je prostora za delovno širino le nekaj več kot 100 cm, ni resnična. V območju nadvoza VA00612 na desni strani je, kot izhaja iz projektne dokumentacije, izvedena bankina v širini 1,5 m, za bankino pa se mora, skladno s tehničnimi smernicami, izvesti 50 cm utrjene zemljine, kar skupaj predstavlja razdaljo za jekleno varnostno ograjo brez ovir v širini 1,5 m in ustreza projektantski zahtevi JVO H4b W5 z največjo delovno širino 1,4 m. Naročnik še navaja, da je javno naročilo prvenstveno namenjeno zadovoljevanju njegovih potreb, poleg tega je Državna revizijska komisija že v več svojih odločitvah zapisala, da je naročnik tisti, ki sam najbolj pozna svoje potrebe in pričakovanja, v okviru avtonomije pri določanju tehničnih in drugih zahtev pa je v pri vrsti omejen z obstojem objektivno opravičljivih razlogov. Pojasnjuje, da gre v obravnavanem primeru (skladno z ZCes-2) za vzdrževalna dela, s katerimi se ne spremeni zmogljivost ceste, velikost njenih delov, obseg napeljav, naprav in opreme ter druge infrastrukture. Za izvajanje vzdrževalnih del na avtocestah je pristojen naročnik, pri čemer ga pri predmetnem javnem naročilu niso vodile le njegove potrebe, temveč zlasti zahteve predpisov in standardov, ki določajo, na kakšen način morajo biti dela izvedena, vključno s postavitvijo jeklenih varnostnih ograj. Naročnik se ne strinja s predlogom vlagatelja za zaslišanje predlaganih strokovnjakov in delovne skupine, saj so, kot navaja, poslovno povezani z vlagateljem, zato njihovo mnenje ne more biti objektivno. Naročnik se tudi ne strinja z angažiranjem izvedenca, saj meni, da je dejansko stanje v celoti razjasnjeno. V zvezi z očitki, ki se nanašajo na (ne)strokovnost vpletenih strokovnjakov, pa naročnik pojasnjuje, da izpolnjujejo vse zakonske zahteve. Navaja še, da vlagateljeve navedbe ne dokazujejo nobene pravne povezave med naštetimi nesrečami in obravnavanim javnim naročilom. Poleg tega vlagatelj ni navedel, da so bile v navedenih primerih montirane sporne varnostne ograje, prav tako tudi ni navedel, so bile zadevne ograje vzrok za prometne nesreče. Vlagatelj bi moral v tem delu uveljavljati varstvo lastnih pravic in interesov, saj nima položaja zagovornika javnega interesa, česar pa ni storil. Navaja še, da mu ni poznana nobena določba Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS; št. 91/2015 s spremembami; v nadaljevanju: ZJN-3), v skladu s katero bi moral spremembe dokumentacije še ustrezno obrazložiti. Pojasnjuje, da ZCes-2 v šestem odstavku 12. člena predpisuje soglasje ministra le v primerih, ko se načrtuje, projektira ali gradi javna cesta s slabšimi elementi, v konkretnem primeru pa se lahko za zagotavljanje ustreznega nivoja zaščite lahko uporabi oba elementa (W5 in W3), ki sta oba tehnično ustrezna in izboljšujeta obstoječe stanje. Zatrjuje, da vlagatelj ni diskriminiran, saj lahko ponudi tudi ograjo H4b W3. V zvezi z očitki, ki se nanašajo na kršitev načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti se naročnik sklicuje na stališče Državne revizijske komisije, v skladu s katerim je to načelo prvenstveno namenjeno zaščiti javnega interesa in ne ponudnikov. Zatrjuje še, da ni kršil niti načela zagotavljanja enakopravnosti, saj sta tehnično dopustni tako ograja H4b W53, kakor tudi ograja H4b W3. Predmet javnega naročila je definiran skladno s standardi, zahtevani so tudi certificirani gradbeni proizvodi, zato tudi ni kršil načela sorazmernosti. Prav tako ni kršil načela transparentnosti, saj je na Portalu javnih naročil objavil celotno dokumentacijo z vsemi dodatki.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 14. 11. 2023 opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo (Zahtevke za revizijo - dodatna opredelitev do navedb naročnika skladno s šestim odstavkom 9. člena ZPVPJN). Vztraja pri pravovarstvenem predlogu in očitkih iz zahtevka za revizijo ter se dodatno opredeljuje do naročnikovih navedb. Vlagatelj se sicer strinja z naročnikom, da SIST EN 1317-2 določa postopke testiranja varnostnih ograj, a opozarja, da je ob tem pomembno pravilno razumevanje standarda, ki zahteva primerjavo dejanskega stanja testiranja na testnem poligonu (ko se določijo delovne širine testnega sistema) in dejanskega stanja na trasi, kjer se nato vgrajuje testirana ograja. Šele izvedena (opravljena) primerjava med testiranim okoljem in okoljem, kamor se bodo vgradile te iste testirane varnostne ograje, lahko pripelje do zaključka o (ne)ustreznosti izbranih ograj za konkretno okolje. Sistemi varnostnih ograj se testirajo na testnem poligonu, in

sicer na cca. 2 m širokem betonskem robnem vencu v primeru vijačene izvedbe jeklene varnostne ograje ali na ravni podlagi iz gramoza, kjer na območju $W_n \leq 3,5$ m ni nobenih ovir. Na podlagi testnih pogojev na testnem poligonu se po izvedenem crash testu določijo delovne širine testiranega sistema. Le pri takšnih kontroliranih pogojih na poligonih ne pride do negativnih vplivov (npr. do nagiba ali prevrnitve vozila) oziroma do slučaja, da bi navedene ovire vplivale na obnašanje vozila ali sistema varnostne ograje. Odstopanje od pogojev pri preizkusu trka na testnem poligonu skladno s SIST EN 1317-2 v projektu predmetnega javnega naročila tako pomeni odstopanje od Uredbe, saj sistem z delovno širino W5 ($W_n \leq 1,7$ m) ni bil testiran na tako majhni delovni širini, tj. 1 m in hkrati z brežino v območju delovne širine. Izbrana delovna širina W5 ni ustrezna CE certifikaciji in tudi ne SIST EN 1317-5. Če se kršijo standardi SIST EN 1317-2 oziroma SIST EN 1317-5, kot se v konkretnem primeru, je po Uredbi ogrožena varnost ljudi in imetja. Vlagatelj se v nadaljevanju opredeljuje tudi do navedb naročnika na vseh treh spornih odsekih. 1). PHO-3 - pri izračunu delovne širine je pri naročniku prišlo do napačne trditve, kajti delovna širina se šteje od lica varnostne ograje in ne od odstavnega pasu. Varnostna ograja je izvedena 0,5 m od odstavnega pasu, tako da ostane za delovno širino le 1,0 m prostora na bankini, neutrjena in nevozna površina in takoj za njo protihrupna ograja pa se nahajata v območju delovne širine W5. Od lica varnostne ograje do protihrupne ograje, ki predstavlja nevarno oviro, tako ni 1,4 m, ampak le nekoliko več kot 1 m. 2). KPP 5 - pri izračunu delovne širine je pri naročniku prišlo do napačne trditve, kajti delovna širina se šteje od lica varnostne ograje in ne od odstavnega pasu. Varnostna ograja je izvedena 0,5 m od odstavnega pasu, tako da ostane za delovno širino le 1,0 m prostora na bankini. Utrjena zemljina širine 50 cm v izvedbenih načrtih ni vrisana in ni predvidena. Na razdalji 1 m od lica jeklene varnostne ograje je že predvidena brežina. Sistem jeklene varnostne ograje z delovno širino W5 na testnem poligonu ni bil testiran za primer kot obstoji na trasi, ko je lice jeklene varnostne ograje oddaljeno le 1 m od brežine. Vlagatelj podaja enako utemeljitev tudi za tretji odsek (KPP 4), zato je Državna revizijska komisija ne povzema ponovno. Na spornih odsekih predmetnega javnega naročila, še opozarja vlagatelj, izbira varnostne ograje H4b W3 pomeni, da bo ob trku tovornega vozila TB 81 v njo zagotovo prišlo do zadržanja, ob trku v varnostno ograjo H4b W5 pa to ni nujno, ker je delovna širina premajhna, manjša od 1,4 m. Naročnik tako zavestno prevzema odločitev, da ne bo zagotovil spoštovanja vseh varnostnih standardov. Takšno ravnanje pa ni sprejemljivo, vsekakor pa iz njega izhajajo elementi kazenske in civilne odgovornosti do morebitnih oškodovancev. Navaja še, da ne drži trditve naročnika, da naj bi bil vlagatelj edini certificirani ponudnik ograje H4b W3 v Sloveniji, poleg tega udeležba na javnem naročilu ni omejena na Slovenijo, nenazadnje bi lahko tudi slovenski ponudniki ustrezno varnostno ograjo H4b W3 do predaje tehnološkega elaborata še lahko certificirali ali pa bi jo dobavili od drugega dobavitelja (od vlagatelja). Navaja še, da je bilo s spremembo poseženo v njegov ekonomski interes, saj postopek certificiranja stane. Poleg tega je omejen pri oddaji ponudbe, saj sam nima certificirane ograje H4b W5, ima pa certificirano varnostno ograjo H4b W3. Sporna sprememba ga je tako nelegitimno omejila v enakopravnem nastopanju v javnem naročilu, čeprav do nje zaradi tehnične neustreznosti rešitve, sploh ne bi smelo priti. Vlagatelj še zahteva, da se v okviru revizijskega postopka izvede ustna obravnava in da se na njej izvede vse že predlagane dokaze. Vlagatelj priglasi nadaljnje stroške pravnega varstva.

Naročnik se je z vlogo z dne 30. 11. 2023 opredelil do vlagateljevih navedb (dokument št. 3.1.3./2023-SPZJN/95-23-rev-II - 1. pripravljalna vloga - dodatna opredelitev naročnika do navedb vlagatelja skladno s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN). Naročnik vztraja pri vseh svojih navedbah iz sklepa, s katerim je odločil o zahtevku za revizijo, in dodatno pojasnjuje, zakaj je tehnično ustrezna tudi jeklena varnostna ograja H4b W5.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 5. 12. 2023 opredelil do naročnikovih navedb iz 1. pripravljalne vloge (dodatna opredelitev do navedb naročnika na 1. pripravljarno vlogo). Vlagatelj vztraja pri vseh

navedbah in dokaznih predlogih in dodatno navaja, zakaj se z novimi naročnikovimi ugotovitvami ne strinja.

Po pregledu dokumentacije o javnem naročilu 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.

V obravnavanem primeru vlagatelj zlasti očita naročniku, da je s spremembo razpisne dokumentacije, s katero je dovolil ponudnikom, da lahko ponudijo jekleno varnostno ograjo H4b W5, znižal varnostne standarde. Zatrjuje, da jeklena varnostna ograja H4b W5 ne ustreza standardu SIST EN 1317-2, Navodilom DARS in Uredbi. Navaja tudi, da je naročnik z navedeno spremembo kršil načela javnega naročanja - načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki, načelo enakopravne obravnave ponudnikov, načelo sorazmernosti in načelo transparentnosti javnega naročanja. Vlagatelj tudi očita naročniku, da je bila sporna sprememba opravljena brez kakršnekoli strokovne obrazložitve.

Predmet javnega naročila je obnova ceste in objektov na posameznih odsekih ceste (Obnova ceste in objektov na odsekih AC A1 0036 Fram - Slovenska Bistrica od km 0,500 do km 4,200). Naročnik je na posameznih odsekih predvidel tudi vgradnjo jeklene varnostne ograje. Sprva je zahteval od ponudnikov, da na spornih treh odsekih ponudijo jekleno varnostno ograjo H4b W3, tekom pojasnjevanja razpisne dokumentacije pa je ponudnikom dovolil, da lahko ponudijo jekleno varnostno ograjo H4b W5.

Naročnik je v zvezi z zahtevo, ki se nanaša na prvotno zahtevano jekleno varnostno ograjo H4b W3, prejel osem vprašanj potencialnih ponudnikov. Naročnik je nato z Dodatkom št. 3 k dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila opravil navedeno spremembo, s katero se je strinjal s potencialnimi ponudniki, da lahko ponudijo jekleno varnostno ograjo H4b W5.

Ker so si vprašanja in zlasti naročnikovi odgovori nanje podobni, Državna revizijska komisija v izogib ponavljanju citira zgolj zadnje vprašanje in naročnikov odgovor nanj (vprašanje in odgovor sta bila v okviru Dodatka št. 3 k dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila na Portalu javnih naročil objavljena 12. 10. 2023):

Vprašanje:

»Zadnja leta je bila zahteva DARS, da se vgrajuje varnostne ograje tipa H4b W5, za omenjen tip JVO ima več slovenskih proizvajalcev tudi vse zahtevane certifikate. Za tip JVO H4b W3 pa po naših podatkih nima ustreznega certifikata noben od slovenskih proizvajalcev. V poglavju 9, v risbi detajla temelja oblikovanega robnika z JVO H4b W3, je pripis JVO shematski prikaz pritrdjevanja (skladno s specifikacijo proizvajalca).

Prosimo za informacijo oziroma podatek s specifikacijo katerega proizvajalca je skladen shematski prikaz pritrdjevanja JVO v Poglavju 9?»

Odgovor:

»Dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila se spremeni na način, da ni več zahtevane jeklene varnostne ograje H4b W3, temveč jeklena varnostna ograja H4b W5.

V nadaljevanju dodatka podajamo spremembo ponudbenega predračuna (Poglavje 6 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), kjer se postavke 1.6.3. 007 S6 4 493, 1.6.3. 0008 S6 4 673, 2.7.3. 007 S6 4 493 in 2.7.3. 0008 S 6 4 673 nadomestijo s postavkami 1.6.3. 0012 S 6 4 495 in 2.7.3. 0012 S 6 4 495. V nadaljevanju dodatka podajamo tudi spremembo

Izvečka iz PZI (Poglavje 9 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), kjer se spremenijo naslednje risbe: PZI št. 1582/I, načrt št. 654-CES, 0/2 Načrt ceste, risba G131.6 - Karakteristični prečni profil Območje nadvoza VA0062, risba G.131.5 - Karakteristični prečni profil Območje nadvoza VA0061 in risba G.151 - Detajl temelja oblikovanega v robnik.«

Med vlagateljem in naročnikom v predmetnem postopku pravnega varstva ni sporno, da je naročnik s citirano spremembo razpisne dokumentacije dopustil, da se poleg prvotno določene varnostne ograje H4b W3 ponudi tudi varnostna ograja H4b W5. Vlagatelj namreč v zahtevku za revizijo navaja, da se zaveda, da lahko tudi ob spremenjeni razpisni dokumentaciji ponudi varnostno ograjo H4b W3 (pri čemer pa naj v tem primeru ne bi bil v enakopravnem položaju z ostalimi ponudniki). Prav tako naročnik v sklepu, s katerim je zavrnil zahtevek za revizijo, navaja, da sta s spremembo razpisne dokumentacije dopuščena oba tipa varnostnih ograj. Državna revizijska komisija je zato štela, da sprememba razpisne dokumentacije dopušča tako varnostno ograjo H4b W3 kot tudi varnostno ograjo H4b W5.

Državna revizijska komisija je najprej obravnavala vlagateljev očitke, da naročnik opravljene spremembe tekom pojasnjevanja razpisne dokumentacije ni strokovno obrazložil.

Četudi mora imeti naročnik za določanje pogojev oziroma zahtev, ki imajo za posledico razlikovanje ponudnikov, objektivno opravičljive razloge, pa slednjih ni dolžan navesti že v okviru odgovorov na vprašanja potencialnih ponudnikov, ki jih objavi na Portalu javnih naročil, kot to zmotno meni vlagatelj. ZJN-3 namreč naročniku ne nalaga, da (že) v okviru odgovorov na postavljena vprašanja utemeljuje razloge za določitev pogojev oziroma zahtev. Nasprotno, iz določb 61. člena ZJN-3 izhaja, da je namen postavljanja vprašanj prek Portala javnih naročil - posledično pa podajanja odgovorov nanje - v razjasnjevanju domnevno nejasnih določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in pridobivanju dodatnih informacij, potrebnih za pripravo ponudbe, ne pa v utemeljevanju razlogov za določitev pogojev oziroma zahtev (prim. odločitve Državne revizijske komisije v zadevah, št. 018-260/2017, 018-007/2023, 018-009/2023 in 018-082/2023). Navedeno pa pomeni, da je naročnik razloge, ki opravičujejo določitev posameznih pogojev oziroma zahtev, dolžan navesti šele v (morebitnem) postopku pravnega varstva, pa tudi to le v primeru, če (najprej) vlagatelj izpolni t. im. trditveno-dokazno breme in v zahtevku za revizijo zatrjuje ter dokaže dejstva, ki kažejo na to, da naročnik objektivno opravičljivih razlogov za določitev izpodbijanih pogojev ni imel.

Temeljni očitke vlagatelja se, kot že izhaja iz te obrazložitve, nanaša na opravljeno spremembo razpisne dokumentacije, s katero je naročnik dovolil ponudnikom, da lahko poleg prvotno zahtevane jeklene varnostne ograje H4b W3 (kar med strankama, kot je bilo že pojasnjeno, ni sporno), ponudijo tudi jekleno varnostno ograjo H4b W5. Vlagatelj zatrjuje, da navedena sprememba ne ustreza standardu SIST EN 1317-2, Navodilom DARS in Uredbi. Navaja tudi, da je naročnik z navedeno spremembo kršil temeljna načela javnega naročanja, in sicer načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki, načelo enakopravne obravnave ponudnikov, načelo sorazmernosti in načelo transparentnosti javnega naročanja.

Vlagatelj se torej v obravnavanem primeru zavzema, da bi naročnik opravljeno spremembo odpravil in zahteval od ponudnikov, da ponudijo zgolj prvotno zahtevano vrsto jeklene varnostne ograje - to je ograjo H4b W3, ki jo ponuja sam in je zanjo tudi že opravil certificiranje. Naročnik se z vlagateljem ne strinja in zatrjuje, da je (poleg jeklene varnostne ograje H4b W3, ki jo ponuja vlagatelj) tudi jekleno varnostna ograja H4b W5 skladna tako s standardom SIST EN 1317-2, kakor tudi z Navodili DARS ter Uredbo. Poleg tega naročnik tudi navaja, da je z navedeno spremembo razširil konkurenco in sodelovanje omogočil tudi tistim ponudnikom, ki ponujajo

jeklene varnostne ograje H4b W5. Zatrjuje, da je opravljena sprememba objektivno in sorazmerno povezana z javnim naročilom, saj sta obe rešitvi tehnično dopustni in izboljšujeta obstoječe stanje.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da naročnik ne bi smel dopustiti, da lahko ponudniki ponudijo tudi varnostno ograjo H4b W5, je treba pojasniti, da aktivno legitimirana oseba iz 1. alineje prvega odstavka 14. člena ZPVPJN z vložitvijo zahtevka za revizijo zavaruje svoj pravni položaj, ne more pa uveljaviti objektivnih naročnikovih kršitev pravil javnega naročanja, ki neposredno ne posegajo v položaj ponudnika v konkretnem postopku oddaje javnega naročila tako, da mu onemogočajo oziroma otežujejo sodelovanje v postopku ali imajo za posledico nezakonito zavrnitev njegove ponudbe. Kršitev oziroma kršitve, ki jih zatrjuje vlagatelj v zahtevku za revizijo, morajo torej imeti za posledico verjeten nastanek škode, ki se kaže kot posledica nezakonitega onemogočanja pri pridobitvi konkretnega javnega naročila.

Iz vlagateljevih očitkov, s katerimi zatrjuje, da s strani naročnika opravljena sprememba ne ustreza standardu SIST EN 1317-2, Navodilom DARS in Uredbi, pa ni razvidno, kako naj bi navedeno ravnanje naročnika vplivalo na vlagateljov položaj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila oziroma na kakšen način naj bi onemogočalo in oteževalo njegovo sodelovanje v tem postopku in posledično kako naj bi mu povzročalo škodo. Nasprotno, iz vlagateljevih očitkov v tem delu zahtevka za revizijo izhaja zlasti njegova bojazen, da bodo z obstoječo razpisno dokumentacijo (torej, če bo dovoljena tudi jeklena varnostna ograja H4b W5) ogroženi tako udeleženci v prometu, kakor tudi bližnji stanovalci avtoceste. Vlagatelj se v obravnavanem primeru zavzema za določitev zahtev, s katerimi bi se zožil krog potencialnih ponudnikov. Vlagatelj si namreč prizadeva, da bi mu naročnik z izključno zahtevo po varnostni ograji H4b W3 omogočil, da (kot navaja naročnik, vlagatelj pa mu argumentirano ne nasprotuje) kot edini certificirani ponudnik ograj H4b W3 v Sloveniji ograjo ponudi naročniku bodisi sam bodisi preko drugih ponudnikov, ki pa bi morali ograjo nabaviti pri njem, medtem ko on sam ograje H4b W5 še nima certificirane in je očitno tudi ni pripravljen nabaviti pri drugih ponudnikih. Vendar dejstvo, da sta v obravnavanem primeru dovoljeni obe vrsti jeklenih varnostnih ograj, ne vpliva na vlagateljov položaj, saj lahko, tako kot vsi ostali zainteresirani ponudniki, sodeluje v postopku oddaje predmetnega javnega naročila oziroma ponudi jekleno varnostno ograjo H4b W3, s katero razpolaga in jo je (kot navaja) tudi že certificiral. Vlagateljevo pričakovanje, naj naročnik postavi strožjo zahtevo in mu s tem, glede na stanje na trgu, omogoči privilegiran položaj, zato nima podlage v 14. členu ZPVPJN.

V zvezi z vlagateljevimi navedbami, da je naročnik s spremembo razpisne dokumentacije kršil temeljna načela javnega naročanja, zlasti načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti iz 4. odstavka ZJN-3, pa je treba pojasniti, da iz 4. člena ZJN-3 izhaja, da mora naročnik izvesti javno naročanje tako, da z njim zagotovi gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev in uspešno doseže cilje svojega delovanja, določene skladno s predpisi, ki urejajo porabo proračunskih in drugih javnih sredstev. Iz dikcije predmetnega določila je razvidno, da načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti prvenstveno ni namenjeno zaščiti položaja ponudnikov, temveč zaščiti javnega interesa, ki se kaže v racionalni porabi javnofinančnih sredstev in v zagotavljanju najboljšega razmerja med ceno in kvaliteto kupljenega blaga oziroma naročenih storitev in gradenj. Že po naravi stvari se zato posamezen ponudnik v revizijskem postopku praviloma ne more sklicevati na kršitev načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, kot je opredeljeno v 4. členu ZJN-3, saj se z njim ščiti javni interes, ne pa interes ponudnika, ki je, kot je bilo že zapisano, v tem, da se na enakopravnih osnovah poteguje za izvedbo konkretnega javnega naročila, ne da bi ga pri tem ovirale možne kršitve pravil javnega naročanja, zlorabe ali samovolja naročnika. Še več, pogosto sta si načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti ter interes ponudnika v neposrednem nasprotju, saj želi naročnik (v javnem interesu) za posamezno javno naročilo porabiti čim manj sredstev, medtem ko želi ponudnik (ob upoštevanju konkurence na relevantnem trgu) za svoje blago, storitev ali gradnjo iztržiti čim višjo ceno.

Kot že izhaja iz te obrazložitve, ponudnik z zahtevkom za revizijo v skladu s prvo alinejo prvega odstavka 14. člena ZPVPJN, ščiti svoj lasten ekonomski interes, pravno varstvo javnega interesa, ki se kaže tudi v zagotavljanju gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, pa varujejo zagovorniki javnega interesa, in sicer Računsko sodišče Republike Slovenije, organ, pristojen za varstvo konkurence in organ, pristojen za preprečevanje korupcije (prvi in drugi odstavek 6. člena ZPVPJN). Ti organi namreč v primeru, če je bil ali bi lahko bil zaradi ravnanja naročnika ogrožen javni interes, le-tega zaščitijo z vložitvijo zahtevka za revizijo, ki ga v predrevizijskem in revizijskem postopku lahko vložijo v skladu s 25. členom ZPVPJN, ki v osmem odstavku določa, da lahko zagovornik javnega interesa zahtevek za revizijo vložijo v kateri koli fazi postopka oddaje javnega naročila v 45 dneh od dneva, ko je izvedel za kršitev, vendar najpozneje v 12 mesecih od začetka izvajanja pogodbe ali posameznega naročila, oddanega na podlagi okvirnega sporazuma ali v dinamičnem nabavnem sistemu (tretji odstavek 6. člena ZPVPJN).

Vlagatelj torej v zahtevku za revizijo zatrjuje tudi kršitev temeljnega načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, ki prvenstveno varuje javni interes, ne pa interesa ponudnika, pri čemer ne konkretizira, katero specifično pravilo javnega naročanja je prekršil naročnik, niti ne navede, na kakšen način domnevno negospodarno ravnanje naročnika vpliva na njegov položaj v predmetnem postopku oddaje javnega naročila. Vlagatelj izraža bojazen, da bo zaradi domnevno cenejše (in po njegovem mnenju neustrezne) jeklene varnostne ograje imel manj možnosti za pridobitev javnega naročila, kar pa bi kvečjemu kazalo, da je naročnikovo ravnanje bolj gospodarno, saj odpira dostop do javnega naročila širšemu krogu ponudnikov. V zvezi s temeljnimi načeli je Državna revizijska komisija že večkrat zapisala, da praviloma niso neposredno uporabljiva, temveč zavezujejo šele preko posameznih zakonskih pravil, v katerih so konkretizirana. Kot velja za vsa temeljna načela javnega naročanja, tudi načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti ni neposredno zavezujoča pravna norma, temveč pomaga zlasti pri razumevanju javnega naročanja, postavlja enega izmed ciljev javnega naročanja (gospodarno ravnanje z javnimi sredstvi, ki so namenjena nabavam blaga ter naročenim storitvam in gradnjam) ter je eno od podlag pri razlagi drugih, neposredno zavezujočih pravil zakona.

Enako velja tudi za vlagateljeve očitke, ki se nanašajo na kršitev načela zagotavljanja konkurence med ponudniki, načela enakopravne obravnave in načela sorazmernosti (5., 7. in 8. člen ZJN-3). Vlagatelj bo lahko v postopku oddaje predmetnega javnega naročila ponudil »svoje« že certificirane ograje oziroma jeklene varnostne ograje H4b W3 in se enakopravno potegoval za pridobitev razpisanega javnega naročila s ponudniki, ki bodo ponudili drugo dovoljeno vrsto jeklenih varnostnih ograj oziroma jeklene varnostne ograje H4b W5. Vlagatelj sicer navaja, da naj bi bile jeklene varnostne ograje H4b W3, ki jih ponuja sam, dražje od jeklenih varnostnih ograj H4b W5, vendar so navedbe v zvezi s tem zgolj pavšalne in niso podkrepjene z nobenimi dokazi. Vlagatelj namreč navaja le, da naj bi bila ograja H4b W5 »tudi nekoliko cenejša« oziroma da je sporna ograja »običajno cenejša«. Poleg tega je naročnik s sporno spremembo razpisne dokumentacije razširil konkurenco in s tem posledično ravnal tudi v skladu z načelom gospodarnosti, vlagatelj pa se bo lahko še vedno enakopravno potegoval za razpisani posel in bo ponudil bodisi svoje certificirane ograje bodisi bo nabavil ograje od drugih gospodarskih subjektov v Sloveniji ali v tujini, kot to velja tudi za druge ponudnike.

Državna revizijska komisija se sicer strinja z vlagateljem, da udeležba na predmetnem javnem naročilu ni omejena le na Slovenijo in da lahko pri javnem naročilu sodelujejo tudi drugi gospodarski subjekti, ki (nekateri izmed njih) zagotovo razpolagajo (tudi) s certificiranimi varnostnimi ograjami H4b W3. Prav tako se je potrebno strinjati z vlagateljem tudi v tem, da je potrebno postopek certificiranja plačati, a postopek certificiranja so morali plačati tudi ponudniki varnostnih ograj H4b W5. Vlagatelj (sicer šele v opredelitveni vlogi) zatrjuje, da sam nima certificirane varnostne ograje H4b W5, vendar po drugi strani navaja, da bi lahko ponudniki, ki

ponujajo takšno ograjo (certificirano jekleno varnostno ograjo H4b W5), certificirali tudi jekleno varnostno ograjo H4b W3 ali pa bi navedeno varnostno ograjo lahko dobavili od drugega gospodarskega subjekta (npr. tudi od vlagatelja). Navedeni vlagateljevi očitki pa znova kažejo na to, da si prizadeva zožiti krog potencialnih ponudnikov z namenom pridobiti boljše možnosti pri konkuriranju, ne glede na to, da se lahko tudi ob spremenjeni razpisni dokumentaciji (s svojimi že certificiranimi ograjami) poteguje za razpisano javno naročilo.

Sicer pa je glavna vlagateljevih navedb (in dokaznih predlogov) usmerjena v zatrjevanje, da je naročnik z dopustitvijo varnostne ograje H4b W5 kršil standard SIST EN 1317-2, Navodila DARS ter Uredbo, s čimer naj bi na izpostavljenih treh odsekih ogrožal varnost ljudi in premoženja. V zvezi s temi navedbami je treba pojasniti, da ZJN-3 vsebuje nekatera pravila, ki jih mora naročnik upoštevati pri oblikovanju predmeta javnega naročila. Naročnik predmet naročila oziroma zahtevane značilnosti določi s tehničnimi specifikacijami, ki v skladu s prvim odstavkom 68. člena ZJN-3 določajo zahtevane značilnosti gradnje, storitve ali blaga (pri čemer se te značilnosti lahko nanašajo tudi na točno določen postopek ali način proizvodnje ali zagotavljanja zahtevanih gradenj, blaga ali storitev ali na točno določen postopek za kakšno drugo stopnjo v njihovi življenjski dobi, tudi če takšni dejavniki fizično niso del njih, a pod pogojem, da so značilnosti povezane s predmetom javnega naročila ter sorazmerne z vrednostjo in cilji naročila) in se navedejo v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. V primeru gradenj tehnične specifikacije pomenijo skupek tehničnih predpisov, ki jih vključuje zlasti dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila in s katerimi so opredeljene zahtevane značilnosti materiala, proizvoda ali blaga, da ustreza uporabi, za katero jo potrebuje naročnik; te značilnosti vključujejo ravni okoljskih in podnebnih vplivov, zahteve v zvezi z oblikovanjem, prilagojenim vsem uporabnikom (vključno z dostopnostjo za invalide), ter ocenjevanje skladnosti, zahteve v zvezi z delovanjem, varnostjo ali dimenzijami, vključno s postopki zagotavljanja kakovosti, izrazoslovjem, simboli, preizkušanjem in preizkusnimi metodami, pakiranjem, označevanjem in uporabo znakov, navodili za uporabnike ter proizvodnimi postopki in metodami na posamezni stopnji življenjske dobe gradenj; te značilnosti vključujejo tudi pravila glede načrtov in izračuna stroškov, pogoje za preizkušanje, inšpekcijske preglede in pogoje za prevzem gradenj ter konstrukcijske metode ali tehnike in vse druge tehnične pogoje, ki jih lahko v zvezi z dokončanimi gradnjami in materiali ali deli, ki jih vključujejo, predpiše naročnik v skladu s splošnimi ali posebnimi predpisi (točka a 23. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3).

Naročnik je v zvezi z vprašanjem, s katerimi konkretnimi tehničnimi specifikacijami bo opisal predmet naročila oziroma katere tehnične zahteve bo določil v smislu dopustnosti ponudbe, načeloma samostojen. Določiti jih mora ob upoštevanju lastnih potreb in pričakovanj glede na predmet javnega naročila, pri čemer mora upoštevati pravila, ki jih določa 68. člen ZJN-3. Četrti odstavek 68. člena ZJN-3 določa, da morajo tehnične specifikacije vsem gospodarskim subjektom zagotavljati enak dostop do postopka javnega naročanja in neupravičeno ne smejo ovirati odpiranja javnih naročil konkurenci. Pravila javnega naročanja torej naročnika pri oblikovanju tehničnih specifikacij zavezujejo, da tehnične specifikacije določi na način, ki zagotavlja konkurenco med ponudniki in njihovo enako obravnavo (5. in 7. člen ZJN-3). Tehnične specifikacije mora naročnik v skladu s prvo povedjo iz prvega odstavka 68. člena ZJN-3 navesti v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, pri čemer jih lahko v skladu s petim odstavkom 68. člena ZJN-3 opredeli na različne načine: z zahtevami glede delovanja ali funkcionalnosti, s sklicevanjem na tehnične specifikacije oziroma na določene standarde ali s kombinacijo funkcionalnih zahtev in zahtev, ki vsebujejo podrobnejše tehnične specifikacije oz. določene standarde.

Iz 68. člena ZJN-3 izhaja, da je naročnik tisti, ki mora določiti tehnične specifikacije, ne pa ponudniki. Ponudniki so tisti, ki morajo pri pripravi ponudbe upoštevati tehnične zahteve in jim prilagoditi predmet ponudbe. Pri tem v postopku pravnega varstva po ZPVPJN lahko ugovarjajo

obstoječim tehničnim specifikacijam in zatrjujejo, da niso skladne s pravili javnega naročanja, niso pa upravičeni zatrjevati neskladnosti tehničnih specifikacij z zahtevami izven predpisov s področja javnega naročanja ali zahtevati, da naročnik določene tehnične specifikacije vključi v razpisno dokumentacijo. ZJN-3 določa pravila o postopku oddaje javnega naročila (prim. prvi odstavek 1. člena ZJN-3) in torej določa, kako naj naročnik nabavi blago oz. storitev, ne določa pa, kaj naj naročnik nabavi in torej ne določa, katero blago ali storitev sme nabaviti oziroma kakšno gradnjo sme naročiti. ZJN-3 v določanje in oblikovanje potreb naročnika, na podlagi katerih ta oblikuje predmet javnega naročila (del predmeta javnega naročila pa so v obravnavanem primeru tudi jeklene varnostne ograje), ne posega. Potrebe javnih naročnikov so namreč vezane na izvajanje njihovih funkcij, ki so jim bile poverjene s predpisi, ki urejajo tako njihovo ustanovitev, organizacijo ter obseg izvrševanja poverjenih jim dejavnosti in/ali njihovega poslovanja. Oblikovanje potreb naročnika je tako že po naravi stvari vezano na odgovornost za pravilno in zakonito izvajanje njihove dejavnosti in je kot tako domena naročnikovih poslovnih odločitev.

Iz navedenega izhaja, da Državna revizijska komisija v postopku pravnega varstva po ZPVPJN ne more presoјati naročnikovega ravnanja na podlagi predpisov, ki niso predpisi na področju javnega naročanja. Državna revizijska komisija, ki po svoji funkciji predstavlja organ pravnega varstva, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil v vseh stopnjah postopka javnega naročanja (prvi odstavek 60. člena ZPVPJN), lahko v revizijskem postopku, v katerem je zagotovljeno pravno varstvo le zoper kršitve v postopkih javnega naročanja (2. člen ZPVPJN), ugotavlja (zgolj) skladnost ravnanja naročnika s pravili javnega naročanja. Državna revizijska komisija tako lahko presoja, ali je naročnik, ko postavi določeno tehnično zahtevo, ravnal v skladu z zgoraj navedenimi pravili javnega naročanja, ki se nanašajo na oblikovanje tehničnih specifikacij, ne more pa presoјati, ali je naročnik s takšno zahtevo kršil področne predpise, katerih izvajanje ni v pristojnosti Državne revizijske komisije, in prav tako ne more presoјati, ali bi naročnik moral določeno zahtevo iz področnih predpisov vključiti v razpisno dokumentacijo.

Na podlagi vsega navedenega je torej treba zaključiti, da je oblikovanje predmeta javnega naročila in določanje tehničnih specifikacij v avtonomiji naročnika, ki je v postopku oddaje javnega naročila omejena le s pravili javnega naročanja. To velja tudi za vprašanje, katere zahteve iz področnih predpisov, ki jih mora naročnik upoštevati pri svojem poslovanju in izvajanju dejavnosti, bo vključil v razpisno dokumentacijo. Takšno stališče izhaja tudi iz sodbe Sodišča EU št. C-403/21, v skladu s katero lahko naročnik kot zahteve (pogoje ali tehnične specifikacije) določi obveznosti, ki izhajajo iz posebnih predpisov, ki se uporabljajo za dejavnosti, ki jih bo treba opraviti v okviru izvedbe javnega naročila, če so te obveznosti povezane s predmetom javnega naročila in navedene v razpisni dokumentaciji. Po drugi strani načeli sorazmernosti in transparentnosti nasprotujeta temu, da se razpisna dokumentacija samodejno dopolni z zahtevami iz posebnih predpisov, ki se uporabljajo za dejavnosti, povezane z naročilom, in ki v tej dokumentaciji niso bile določene oziroma jih naročnik ni nameraval določiti. Iz citirane sodbe torej izhaja, da naročnik sam oceni, katere zahteve iz predpisov, ki urejajo njegovo poslovanje, bo določil kot tehnične specifikacije, na podlagi katerih bo ugotavljal dopustnost ponudbe. To pa nikakor ne pomeni, da naročniku pri poslovanju oziroma izvajanju dejavnosti, za katero je ustanovljen, ni treba spoštovati kogentnih pravil. Navedeno pomeni le, da je lahko presoja Državne revizijske komisije v fazi postopka oddaje javnega naročila omejena na spoštovanje pravil javnega naročanja, medtem ko morata naročnik in izbrani izvajalec v fazi izvajanja pogodbe zagotoviti spoštovanje vseh kogentnih določil iz predpisov, ki urejajo njuno poslovanje in izvajanje dejavnosti, pri čemer se to ugotavlja v drugih postopkih in pred drugimi pristojnimi organi, kot so določeni s posameznimi predpisi.

Državna revizijska komisija torej ne more presoјati niti vprašanja, ali je določena tehnična zahteva skladna s predpisi, ki niso predpisi s področja javnega naročanja, niti vprašanja, ali bi moral naročnik v tehnične specifikacije, s katerimi opredeli predmet naročila, vključiti določene zahteve,

ki jih ne predpisujejo predpisi s področja javnega naročanja, temveč drugi področni predpisi. Če naročnik določeno zahtevo določi kot tehnično specifikacijo, lahko Državna revizijska komisija v fazi pregleda in ocenjevanja ponudb ugotavlja le pravilnost ocenjevanja ponudb z vidika izpolnjevanja tehničnih zahtev, v fazi od objave naročila do poteka roka za predložitev ponudb pa lahko Državna revizijska komisija presoja le zakonitost zahteve z vidika pravil javnega naročanja, kot so bila predstavljena zgoraj in v skladu s katerimi mora naročnik tehnične specifikacije določiti na način, ki je sorazmeren in povezan s predmetom naročila, ki zagotavlja konkurenco med ponudniki in njihovo enako obravnavo in ki je v skladu z načelom transparentnosti dovolj jasen, natančen in nedvoumen, da lahko vsi povprečno usposobljeni in običajno skrbni ponudniki natančno razumejo pomen naročnikovih zahtev in jih lahko enako razlagajo ter da lahko naročnik pri pregledu in ocenjevanju ponudb dejansko preveri, ali so ponudbe izpolnjevale zahteve, ki veljajo za zadevno naročilo (prim. tudi npr. sodbo Sodišča EU št. C-223/16).

Ob navedenem bi se lahko v predmetnem postopku pravnega varstva postavilo kvečjemu vprašanje, ali je sprememba razpisne dokumentacije, pri kateri je naročnik kot ustrezne dopustil tudi varnostne ograje H4b W5, povzročila določeno nejasnost oziroma nekonsistentnost razpisne dokumentacije, zaradi katere bi lahko bilo kršeno načelo transparentnosti javnega naročanja. Naročnik je namreč v točki 4.4.1 Tehničnih pogojev za izvedbo del določil, da mora izvajalec del dela izvajati tudi v skladu z Navodili DARS (2. alineja točke 4.4.1 in 1. alineje točke 4.5.7 Tehničnih pogojev za izvedbo del), v točki 4.5.7 Tehničnih pogojev za izvedbo del pa je določil še, da mora biti predložena celotna dokumentacija o uspešno izvedenih preskusih trka v skladu s SIST EN 1317-1,2,3 in dokumentacija o morebitnih modifikacijah, v kolikor se za to poda zahteva v času pregleda tehnološkega elaborata. Kolikor je torej mogoče vlagateljeve navedbe razumeti na način, da zatrjuje nejasnost razpisne dokumentacije, ker naj bi dopustitev varnostne ograje H4b W5 nasprotovala Navodilom DARS ter standardu SIST EN 1317-2, ki ju je naročnik izrecno navedel v Tehničnih pogojih za izvedbo del (na pa tudi Uredbe, zaradi česar je slednja glede na zgoraj obrazloženo brezpredmetna), je treba ugotoviti, da Navodila DARS v alineji a točke 3.2 določajo, da mora biti delovna širina izbrane varnostne ograje manjša, kot je najmanjša razdalja lica varnostne ograje od nevarne ovire. Čeprav vlagatelj na podlagi navedene alineje a točke 3.2 Navodil DARS zatrjuje, da je glede na konkretne okoliščine oziroma dimenzije na izpostavljenih treh odsekih primerna le varnostna ograja H4b W3, pa pri tem spregleda, da Navodila DARS v alineji e točke 3.2 določajo, da je v primeru izvedbe del na obstoječih objektih delovna širina jeklene varnostne ograje lahko izjemoma takšna, da lice varnostne ograje po deformaciji ob trku sega čez zunanji rob objekta, ob čemer je največja dopustna razdalja med licem varnostne ograje in zunanjim robom objekta manjša od tretjine (1/3) širine merodajnega vozila. Na podlagi te določbe naročnik pojasnjuje, da so ob upoštevanju konkretnih dimenzij in načina testiranja ustrezne tudi varnostne ograje H4b W5. Čeprav je res, da alineja e točke 3.2 Navodila DARS določa izjemo, pa je treba vendarle ugotoviti, da se izjema nanaša na obstoječe objekte, razpisana dela pa se, kot opozarja tudi naročnik, izvajajo na obstoječih objektih. Ker torej Navodila DARS dopuščajo tudi izjemo od pravila iz alineje a točke 3.2 Navodil DARS, na podlagi katere vlagatelj zatrjuje izključno ustreznost varnostnih ograj H4b W3, ni mogoče ugotoviti, da bi bila razpisna dokumentacija nejasna ali nekonsistentna. Podobno velja tudi za standard SIST EN 1317-2, ki ne določa, katere varnostne ograje lahko naročnik naroči glede na konkretne okoliščine in dimenzije izpostavljenih treh odsekov, temveč, kot to pojasni naročnik, določa le postopke testiranja varnostnih ograj.

Zato je treba zavrniti očitek vlagatelja, ki se nanaša na kršitev načela transparentnosti (6. člen ZJN-3), kolikor ga je mogoče razumeti v smislu nejasnosti razpisne dokumentacije. Kot pravilno navaja naročnik, je Državna revizijska komisija že večkrat zapisala (tudi v vseh odločitvah, na katere opozarja naročnik - št. 018-162/2018, 018-183/2018, 018-010/2022 in 018-144/2022), da načelo transparentnosti med drugim zahteva, da so vsi pogoji in zahteve v zvezi z oddajo javnega naročila določeni jasno, natančno in nedvoumno oziroma tako, da lahko vsi razumno obveščeni

in običajno skrbni ponudniki razumejo njihov natančni obseg in jih razlagajo enako, naročnik pa lahko učinkovito preizkusi, ali ponudbe ponudnikov ustrezajo postavljenim zahtevam. Kot ugotavlja Državna revizijska komisija, je naročnik na Portalu javnih naročil objavil celotno dokumentacijo v zvezi z oddajo predmetnega javnega naročila, skupaj z vsemi sprejetimi dodatki. Naročnik je tako na Portalu javnih naročil objavil tudi Dodatek št. 3 k dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, iz katerega je kar iz osmih naročnikovih odgovorov jasno in transparentno razvidno, da so dovoljene tudi jeklene varnostne ograje H4b W5, ki ne nasprotujejo niti Navodilom DARS niti standardu SIST EN 1317-2, v navedenemu dodatku pa je v zvezi s tem objavil tudi spremembo Izvlečka iz PZI (Poglavje 9 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Ob navedenem pa je Državna revizijska komisija kot nepotrebne zavrnila tudi vlagateljeve predloge za zaslišanje njegovega direktorja in strokovnjakov njegove matične družbe ter predlagane delovne skupine, zavrnila pa je tudi predlog za postavitve izvedenca cestno prometne stroke in izvedbo ustne obravnave.

Dokazi so namreč namenjeni dokazovanju, da je sprememba razpisne dokumentacije v nasprotju z Navodili DARS, standardom SIST EN 1317-2 ter Uredbo. Kot je bilo pojasnjeno, revizijske navedbe, da je razpisna dokumentacija v nasprotju s predpisi, ki niso predpisi na področju javnega naročanja, v postopku pravnega varstva ne morejo biti predmet presoje. Kolikor pa gre za presojo navedb, da sprememba razpisne dokumentacije ni bila izvedena v skladu s pravili javnega naročanja oziroma da je povzročila nejasnost in nekonsistentnost ter da posledično nasprotuje načelu transparentnosti pa je treba pojasniti, da gre za pravna, ne pa za dejanska vprašanja.

Na podlagi vsega navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je zato, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevke za revizijo vlagatelja zavrnila kot neutemeljenega.

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

Vlagatelj uveljavlja tudi povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, zato je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, zavrnila vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

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

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

Predsednik senata:
Marko Medved, univ. dipl. prav.
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.