

Številka: 018-136/2023-7
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 Andraža Žvana, kot predsednika senata, ter Marka Medveda in mag. Zlate Jerman, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Obnova ceste in objektov na delih odsekov na AC A1/0061 in A1/0661 Kozina - Črni Kal od km 0,270 do km 5,200 in 1640 počivališče Ravne*«, 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. Zahtevak za revizijo se zavrne kot neutemeljen.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o javnem naročilu 18. 8. 2023 objavil na Portalu javnih naročil, pod št. objave JN005405/2023-B01 in 21. 8. 2023 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2023/S 159-504283.

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. 4 spremenil dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila na način, da v postavkah S 6 4 493 in S 6 4 673 (ki sta po opravljeni spremembi postali postavki S 6 4 495 in S 6 4 675) ni več prvotno zahtevane jeklene varnostne ograje H4b W3, temveč je zahtevana jeklena varnostna ograja H4b W5. 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 naslednjih šestih odsekih: 1). Viadukt »KLANEC« VA 0602, desni viadukt, šifra risbe: G231, št. lista: 3, kjer je samo 1,1 m prostora za delovno širino in s tem ni prostora za delovno širino W5 - $W_n \leq 1,7$ m. S tem ni prostora za pomik varnostne ograje za 1,7 m, torej ni prostora, da bi se ograja lahko pomaknila za 1,7 m, ampak je prostora le za pomik do 1,10 m ali razred delovne širine W3 - $W_n \leq 1,0$ m. 2). Podvoz »KOZINA« VA 0591, desni podvoz, šifra risbe: G231, št. lista: 3, kjer je samo 1,26 m prostora za delovno širino in ne 1,7 m, to je W5 - $W_n \leq 1,7$ m, torej ni prostora, da bi se lahko ograja pomaknila za 1,7 m, ampak je prostora le za pomik do 1,26 m ali razred delovne širine W3 - $W_n \leq 1,0$ m. 3). Viadukt »GLINŠČICA D« - VA 0593, desni viadukt, šifra risbe: G231.2, št. lista: 4, kjer je le 1,05 m prostora za delovno širino in ne W5 - $W_n \leq 1,7$ m. Ni prostora za 1,7 m pomika, ampak je nevarna ovira zaščitna ograja in rob viadukta na 1,05 m in s tem nevarnost padca tovornega vozila v globino. Ustrezna je le delovna širina za razred W3, ki dovoljuje pomik do 1 m in razred delovne širine W3 - $W_n \leq 1,0$ m. 4). Viadukt »GLINŠČICA L« - VA0594, levi viadukt, šifra risbe: G231.2, št. lista: 4, kjer je le 1,05 m prostora za delovno širino in s tem ni prostora za delovno širino W5 - $W_n \leq 1,7$ m. Torej ni prostora za 1,7 m pomika, ampak je nevarna ovira zaščitna ograja in rob viadukta na 1,05 m in s tem nevarnost padca tovornega vozila v globino. Ustrezna je le delovna širina za razred W3, ki dovoljuje pomik do 1 m in s tem razred delovne širine W3 - $W_n \leq 1,0$ m. 5). Viadukt »SMELAVC« VA 0790, levi viadukt, šifra risbe: G231, št. lista: 4.2; kjer je samo 1,1 m prostora za delovno širino in s tem ni prostora za delovno širino za razred W5 - $W_n \leq 1,7$ m. Torej ni prostora za 1,7 m pomika, ampak je nevarna ovira zaščitna ograja in rob viadukta na 1,1 m od lica ograje in s tem nevarnost padca tovornega vozila v globino. Ustrezna je le delovna širina za razred W3, ki dovoljuje pomik do 1 m in razred delovne širine W3 - $W_n \leq 1,0$ m. 6). Viadukt »SMELAVC« VA 0789, desni viadukt, šifra risbe: G231, št. lista: 4.1, kjer je samo 1,1 m prostora za delovno širino. Ni prostora za 1,7 m pomika, ampak je nevarna ovira zaščitna ograja in rob viadukta na 1,1 m od lica ograje in s tem nevarnost padca tovornega vozila v globino. Ustrezna je le delovna širina za razred W3, ki dovoljuje pomik do 1 m in razred delovne širine W3 - $W_n \leq 1,0$ m. Da vgradnja jeklene 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 jeklene 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, saj 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 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 tovornjaka 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 more žrtvovati v korist interesom potencialnih ponudnikov, ki so postavljali vprašanja, na katera je naročnik odreagirala s sporno spremembo. Za izvedbo spremembe je potrebno stati s strokovnimi argumenti, 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 morale 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. Vlagatelj 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 spremenil zahtevo razpisne dokumentacije na način, da je dovolil tudi neustrezno jekleno varnostno ograjo, je kršil vsaj načelo enakosti in zakonitosti v postopkih javnega naročanja. Naročnik ni imel nobene osnove, da niža predpisane minimalne standarde, prav tako nima niti 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. Različne ponudbe ob obstoječih razpisnih pogojih pač ni mogoče primerjati zgolj po merilu cene. Če se bodo v Republiki Sloveniji podobni razpisi ponavljali in Državna revizijska komisija v konkretnem primeru ne bo odreagirala, potem se lahko pozabi, da se bo prometna varnost 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/109-23-rev z dne 9. 11. 2023 zahtevke za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik zavrača vse vlagateljeve navedbe, ki se nanašajo na šest spornih odsekov, in sicer v istem zaporedju, kot jih je navedel vlagatelj. 1). Viadukt »KLANEC« VA 0602, desni viadukt, šifra risbe: G231 - v primeru izvedbe del na obstoječih objektih je pod alinejo e.) točke 3.2, na 8. strani Navodil DARS navedeno, da je delovna širina jeklene varnostne ograje izjemoma lahko 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. Skladno s SIST EN 1317-2 se varnostno ograjo nivoja zadrževanja H4b testira z vozilom TB 81, ki pomeni tovorno vozilo s priklopnikom s skupno maso 38 t. Širina takšnega tovornega vozila skladno s Pravilnikom o projektiranju cest (Uradni list RS, št. 91/05 s spremembami; v nadaljevanju: Pravilnik) znaša 2,5 m. Tretjina širine znaša 0,83 m. To pomeni, da je glede na razpoložljivo širino na podvozu (1,1 m) dopustna tudi vgradnja jeklene varnostne ograje s pomikom, manjšim od 1,93 m. Jeklena varnostna ograja H4b W5 ima največji možen pomik 1,7 m, kar pomeni, da je znotraj te zahteve. 2). Podvoz »KOZINA« VS 0591, desni podvoz, šifra risbe: G231 - v primeru izvedbe del na obstoječih objektih je pod alinejo e.) točke 3.2, na 8. strani Navodil DARS navedeno, da je delovna širina jeklene varnostne ograje izjemoma lahko 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. Skladno s SIST EN 1317-2 se varnostno ograjo nivoja zadrževanja H4b testira z vozilom TB 81, ki pomeni tovorno vozilo s priklopnikom s skupno maso 38 t. Širina takšnega tovornega vozila skladno s Pravilnikom znaša 2,5 m. Tretjina širine znaša 0,83 m. To pomeni, da je glede na razpoložljivo širino na podvozu (1,26 m) dopustna tudi vgradnja jeklene varnostne ograje s pomikom, manjšim od 2,09 m. Jeklena varnostna ograja H4b W5 ima največji možen pomik 1,7 m, kar pomeni, da je znotraj te zahteve. 3). Viadukt »GLINŠČICA D«- VA 0593, desni viadukt, šifra risbe: G231.2 - v primeru izvedbe del na obstoječih objektih je pod alinejo e.) točke 3.2, na 8. strani Navodil DARS navedeno, da je delovna širina jeklene varnostne ograje izjemoma lahko 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. Skladno s SIST EN 1317-2 se varnostno ograjo nivoja zadrževanja H4b testira z vozilom TB 81, ki pomeni tovorno vozilo s priklopnikom s skupno maso 38 t. Širina takšnega tovornega vozila skladno s Pravilnikom znaša 2,5 m. Tretjina širine znaša 0,83 m. To pomeni, da je glede na razpoložljivo širino na viaduktu (1,05 m) dopustna tudi vgradnja jeklene varnostne ograje s pomikom, manjšim od 1,88 m. Jeklena varnostna ograja H4b W5 ima največji možen pomik 1,7 m, kar pomeni, da je znotraj te zahteve. 4). Viadukt »GLINŠČICA L« - VA0594, levi viadukt, šifra risbe: G231.2 - v primeru izvedbe del na obstoječih objektih je pod alinejo e.) točke 3.2, na 8. strani Navodil DARS navedeno, da je delovna širina jeklene varnostne ograje izjemoma lahko 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. Skladno s SIST EN 1317-2 se varnostno ograjo nivoja zadrževanja H4b testira z vozilom TB 81, ki pomeni tovorno vozilo s priklopnikom s skupno maso 38 t. Širina takšnega tovornega vozila skladno s Pravilnikom znaša 2,5 m. Tretjina širine znaša 0,83 m. Glede na razpoložljivo širino na viaduktu (1,05 m) je tako dopustna tudi vgradnja jeklene varnostne ograje s pomikom, manjšim od 1,88 m. Jeklena varnostna ograja H4b W5 ima največji možen pomik 1,7 m, kar pomeni, da je znotraj te zahteve. 5). Viadukt »SMELAVC« VA 0790, levi viadukt, šifra risbe: G231 - v primeru izvedbe del na obstoječih objektih je pod alinejo e.) točke 3.2, na 8. strani Navodil DARS navedeno, da je delovna širina jeklene varnostne ograje izjemoma lahko 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. Skladno s SIST EN 1317-2 se varnostno ograjo nivoja zadrževanja H4b testira z vozilom TB 81, ki pomeni tovorno vozilo s priklopnikom s skupno maso 38 t. Širina takšnega tovornega vozila skladno s Pravilnikom znaša 2,5 m. Tretjina širine znaša 0,83 m. To pomeni, da je glede na razpoložljivo širino na viaduktu (1,1 m) dopustna tudi vgradnja jeklene varnostne ograje s pomikom, manjšim od 1,93 m. Jeklena varnostna ograja H4b W5 ima največji možen pomik 1,7 m, kar pomeni, da je znotraj te zahteve. 6). Viadukt »SMELAVC« VA 0789, desni viadukt, šifra risbe: G231 - v primeru izvedbe del na obstoječih objektih je pod alinejo e.) točke 3.2, na 8. strani Navodil DARS navedeno, da je delovna širina jeklene varnostne ograje izjemoma lahko 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. Skladno s SIST EN 1317-2 se varnostno ograjo nivoja zadrževanja H4b testira z vozilom TB 81, ki pomeni tovorno vozilo s priklopnikom s skupno maso 38 t. Širina takšnega tovornega vozila skladno s Pravilnikom znaša 2,5 m. Tretjina širine znaša 0,83 m. To pomeni, da je glede na razpoložljivo širino na viaduktu (1,1 m) dopustna tudi vgradnja jeklene varnostne ograje s pomikom, manjšim od 1,93 m. Jeklena varnostna ograja H4b W5 ima največji možen pomik 1,7 m, kar pomeni, da je znotraj te zahteve. Navaja še, da je razred W5 eden izmed dopustnih razredov varnostnih ograj tudi po Navodilih DARS. Pojasnjuje, da SIST EN 1317-2 določa le postopke testiranja varnostnih ograj. Zgolj sklic na standard, ki določa postopke testiranja varnostnih ograj, ni v povezavi z razpisanim predmetom in spremenjeno delovno širino varnostne ograje. Poleg tega delovna širina varnostne ograje W5 glede na dejanske okoliščine predmeta pogodbe ne krši 1. člena Uredbe. Uredba tudi predpisuje, da se lahko na trg dajo gradbeni proizvodi s pridobljenim CE certifikatom, kar je tudi zahteva iz razpisne dokumentacije. Navaja še, da je predmet javnega naročila razpisal glede na pridobljeno projektno dokumentacijo, ki je pripravljena skladno z zakonskimi zahtevami na področju projektiranja cest. Projektirana rešitev je skladna s točko 3.2 Navodil DARS, kjer je navedeno, da je največja delovna širina varnostnih ograj W5. Ker se bodo dela izvajala na že obstoječem objektu, je pod alinejo e.) točke 3.2 navedeno, da je delovna širina jeklene varnostne ograje izjemoma lahko 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. Zatrjuje, da se z jekleno varnostno ograjo H4b W5 prometna varnost izboljšuje, poleg tega opravljena sprememba predstavlja razširitev konkurence. 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, da 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 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 W5, kakor tudi ograja H4b W3. Predmet javnega naročila je definiran skladno s standardi, zahtevani pa 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 13. 11. 2023 opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo (Zahtevke za revizijo - dodatna opredelitev do navedb naročnika skladno s šestim odstavkom 29. člena ZPVPJN). Vztraja pri pravovarstvenem predlogu in očitkih iz zahtevka za revizijo ter se dodatno opredeljuje do naročnikovih navedb. Zatrjuje, da s strani naročnika priznana razpoložljiva širina (pravno gledano) ne dopušča naknadne izbire jeklene varnostne ograje tipa H4b W5 iz

Dodatka št. 4, saj je delovna širina evidentno manjša od 1,7 m. Jeklena varnostna ograja tipa H4b W5 v izpostavljenih odsekih ne zadosti standardu SIST EN 1317-2. Standarda SIST EN 1317-2 ni dopustno razvrednotiti na način, kot to poskuša storiti naročnik s sklicevanjem na alinejo e) točke 3.2 Navodil DARS. Imaginarna delovna širina, ki jo naročnik prišteva pravilno ugotovljeni razpoložljivi širini, doseganje standarda SIST EN 1317-2, ki ga potrjuje crash test, razvrednoti, saj garancije za to, da bo varnostna ograja ob trku tovornega vozila TB 81, skupne mase 38 t, letega zadržala, ni več. Delovne širine se po vlagateljevem prepričanju ne more odmerjati na način, da se ji prišteje imaginarno širino. Dejanska delovna širina mora biti enaka ali večja od 1,7 m. Navaja še, da ne drži trditev 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 tudi 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 prizadet in bistveno 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 priglša nadaljnje stroške pravnega varstva.

Naročnik se je dne 27. 11. 2023 opredelil do vlagateljevih navedb (dokument št. 3.1.3./2023-SPZJN/109-23-rev-I). 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 30. 11. 2023 opredelil do navedb iz naročnikove vloge z dne 27. 11. 2023. Vlagatelj odgovarja na naročnikove navedbe in dodatno pojasnjuje revizijske navedbe, vztraja tudi pri izvedbi ustne obravnave.

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 temeljna 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 delih odsekov na AC A1/0061 in A1/0661 Kozina - Črni Kal od km 0,270 do km 5,200 in 1640 počivališče Ravne). Naročnik je na posameznih odsekih predvidel tudi vgradnjo jeklene varnostne ograje. Sprva je zahteval od ponudnikov, da na spornih šestih 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 sedem vprašanj potencialnih ponudnikov. Naročnik je nato z Dodatkom št. 4 k

dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila opravi navedeno spremembo, s katero se je strinjal s potencialnimi ponudniki, da lahko ponudijo jekleno varnostno ograjo H4b W5.

Ker so si vprašanja in 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. 4 k dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila na Portalu javnih naročil objavljena 13. 10. 2023):

Vprašanje: »V ponudbenem predračunu je predvidena postavka 2 S 6 4 6732 Dobava in izgraditev jeklene varnostne ograje na objekt, vključno vse elemente, za nivo zadrževanja H4b in za delovno širino W3.

V dosedanjih JN DARS je bila zahteva za delovno širino JVO H4b W5 oziroma 1,4 m. Glede na dejstvo, da je tokrat zahteva za delovno širino W bistveno višja in da s strani naročnika ni bila predhodno najavljena, menimo, da ponudniki nismo v enakopravnem položaju in da v tako kratkem času, kot je čas za oddajo ponudbe, ni mogoče certificirati JVO z manjšo delovno širino. Razvoj ograje je zahteven in zahteva daljše časovno obdobje.

Ali ste preverili in ste seznanjeni koliko proizvajalcev/dobaviteljev razpolaga in lahko zagotovi JVO H4b W3 skladno z zahtevami DARS - Navodili o tehničnih karakteristikah, pogojih in načinu postavitve varnostnih ograj v upravljanju DARS d.d. (oblika, odbojnik ...)?

Hkrati bi opozorili, da je poleg delovne širine ograje še bolj pomembna karakteristika dinamični pomik Wd, ki predstavlja maksimalni pomik kolesa vozila, ki trči v JVO. Na primer H4b W5 z 1,4 m delovne širine pomeni, da se element ograje, težji od 2 kg, ob trku pomakne maksimalno za 1,4 m, samo vozilo, ki trči pa samo 0,8 m. Glede na navedeno menimo, da bi bilo potrebno pri zahtevi v razpisu upoštevati tudi dinamični pomik ograje. Ali ste pri pripravi projekta/popisa del opravili strokovno analizo, ki zahteva takšno spremembo delovne širine?»

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 Poglavlja 6 (Ponudbeni predračun - popis del s količinami), v katerem so postavke S 6 4 493, ki se glasijo S 6 4 493 »Dobava in vgraditev jeklene varnostne ograje, vključno vse elemente, za nivo zadrževanja H4b in za delovno širino W3« spremeni v postavke S 6 4 495, ki se glasijo S 6 4 495 »Dobava in vgraditev jeklene varnostne ograje, vključno vse elemente, za nivo zadrževanja H4b in za delovno širino W5«.

Postavke S 6 4 673, ki se glasijo S 6 4 673 »Dobava in vgraditev jeklene varnostne ograje na objekt, vključno vse elemente, za nivo zadrževanja H4b in za delovno širino W3« se spremenijo v postavke S 6 4 675, ki se glasijo S 6 4 675 »Dobava in vgraditev jeklene varnostne ograje na objekt, vključno vse elemente, za nivo zadrževanja H4b in za delovno širino W5«.

V nadaljevanju dodatka podajamo tudi spremembo Izvlečka iz PZI (Poglavje 9 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.«

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 očitok, 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 očitok 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 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 vlagateljev 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 vlagateljev 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 glavčina 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 šestih 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 presojeti 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 presojati, ali je naročnik s takšno zahtevo kršil področne predpise, katerih izvajanje ni v pristojnosti Državne revizijske komisije, in prav tako ne more presojati, 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 presojati 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 šestih 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 ograd 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 šestih odsekov, temveč, kot to pojasni naročnik, določa le postopke testiranja varnostnih ograd.

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. 4 k dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, iz katerega je kar iz sedmih 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:
Andraž Žvan, univ. dipl. prav.
član Državne revizijske komisije

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.