

Številka: 018-025/2022-3

Datum: 11. 4. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 39. in 70. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Nine Velkavrh kot predsednice senata ter Andraža Žvana in Marka Medveda kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji naročila »*Redni pregled ter čiščenje in dezinfekcija ventilacije v letih 2022, 2023, 2024*« in na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj Deržič - Drezga, d. o. o., Ulica bratov Gerjovičev 35, Dobova (v nadaljevanju: vlagatelj), ki ga zastopa Bojan Župevec, odvetnik v Ljubljani (v nadaljevanju: pooblaščenec), zoper ravnanje naročnika Nuklearna elektrarna Krško, d. o. o., Vrbina 12, Krško (v nadaljevanju: naročnik), 11. 4. 2022

odločila:

1. Zahtevke za revizijo se zavrne.
2. Vlagateljeva zahteva za povrnitev stroškov se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je v postopku oddaje naročila (objava obvestila o naročilu – gospodarske javne službe 14. 9. 2021 na portalu javnih naročil, pod št. objave JN006290/2021-E01, in 15. 9. 2021 v Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije, pod št. objave 2021/S 179-467159) z dokumentom »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022, ki je bil 11. 2. 2022 objavljen na portalu javnih naročil, pod št. objave JN006290/2021-ODL01, sodelujoča ponudnika obvestil, da je izbral ponudbo ponudnika Venteh, d. o. o., Cesta 4. julija 89, Krško (v nadaljevanju: izbrani ponudnik).

Vlagatelj je z vlogo z dne 11. 2. 2022 zahteval vpogled v »*ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika*«, kar mu je naročnik omogočil tako, da jo je 15. 2. 2022 poslal na pooblaščenčev elektronski naslov, pri čemer je nekatere podatke iz nje zakril.

Vlagatelj je 18. 2. 2022 na portalu eRevizija vložil zahtevek za revizijo z dne 18. 2. 2022 in (kar je relevantno po ZPVPJN) predlagal razveljavitev odločitve o oddaji naročila in omogočitev vpogleda v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika tudi v delu, v katerem mu vpogled ni bil omogočen, uveljavljal pa je tudi povrnitev stroškov. Vlagatelj je navedel, da:

- mu naročnik neupravičeno in v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja ni omogočil vpogleda v posamezne podatke iz dokazil v zvezi z izpolnjevanjem referenčnega pogoja, saj teh podatkov ni mogoče varovati kot poslovno skrivnost, poleg tega pa izbrani ponudnik nekaterih izmed teh dokazil tudi ni označil, da vsebujejo poslovno skrivnost, čeprav je iz točke 26.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da je treba označiti dokazila, če vsebujejo poslovno skrivnost,
- izbrani ponudnik ne izpolnjuje referenčnega pogoja in ni predložil ustreznih dokazil oziroma so ta dokazila neverodostojna in prirejena za potrebe javnega naročila, saj obstaja utemeljen dvom, da so bile storitve čiščenja prezračevalnega sistema v letu 2019 dejansko izvedene v takšnem obsegu za družbo B, kot izhaja iz predloga za medsebojno kompenzacijo,
- bi moral naročnik od izbranega ponudnika zahtevati predložitev vseh dejansko izstavljenih računov po predlogu za medsebojno kompenzacijo in druga dokazila o opravljenih storitvah čiščenja prezračevalnih sistemov v skupnem znesku 133.235,70 eurov za družbo B,
- naj dokazni postopek izvede Državna revizijska komisija glede na 32.–36. člen ZPVPJN in od izbranega ponudnika zahteva morebitna dodatna pojasnila in dokaze, pa tudi dokaze o plačilu ustreznega davka oziroma obračuna ter delovne naloge za opravljene storitve,
- bi moral izbrani ponudnik glede na Pravilnik o prezračevanju in klimatizaciji stavb (Uradni list RS, št. 42/2002 s sprem.; v nadaljevanju: PPKS) ob pregledu prezračevalnih sistemov družbi B izročiti zapisnike, ki naj jih izbrani ponudnik predloži v dokazne namene,
- utemeljeno dvomi, da je na sedežu družbe B vgrajen podoben prezračevalni sistem, kot je sistem, ki je predmet čiščenja po javnem naročilu,
- zaradi onemogočitve vpogleda v načrt ne more preveriti, kdo ga je izdal in kakšna je njegova vsebina,
- utemeljeno dvomi, da predloženi načrt ne zadostuje zahteval PPKS, saj načrt ne more predstavljati ne projekta izvedenih del, kot ga zahteva PPKS, ne omogoča pa niti ugotovitve, da prezračevalni sistem na lokaciji družbe B vsebuje podobne sisteme, ko so sistemi, ki si predmet čiščenja po javnem naročilu,
- bi moral naročnik zahtevati od izbranega ponudnika, da mu predloži projektno dokumentacijo,
- bi morala Državna revizijska komisija zagotoviti vpogled v načrt in ugotoviti, ali ustreza zahtevam,
- predloženi obrazci ESPD v ponudbi izbranega ponudnika niso ustrezno izpolnjeni glede zastopnikov, saj manjkajo podatki o poštnih številkah in elektronskem naslovu.

Izbrani ponudnik se je z vlogo z dne 24. 2. 2022, ki jo je vložil 25. 2. 2022 na portalu eRevizija, izjasnil o navedbah iz zahtevka za revizijo in jim nasprotoval ter predlagal, da se zavrne zahtevek za revizijo.

Naročnik je z dokumentom »*Odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo*« z dne 9. 3. 2022, ki ga je vložil 9. 3. 2022 na portalu eRevizija, zahtevek za revizijo in zahtevo za povrnitev stroškov zavrnil. Naročnik je navedel, da:

- je izbrani ponudnik posamezne dele ponudbe označil kot poslovno skrivnost in predložil sklep o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021, zato je upravičeno zakril določene dele ponudbene dokumentacije in ni dopustil vpogleda vanje,
- točka 26.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila določa le napotilo za označevanje poslovne skrivnosti in ne dodatne zahteve, ki mora biti izpolnjena, da bo posamezen podatek mogoče šteti za poslovno skrivnost,

- vlagatelj ni navedel vseh pravnorelevantnih dejstev v zvezi s kršitvijo pravice do vpogleda v dokumentacijo, sicer pa je lahko očital kršitve glede neizpolnjevanja referenčnega pogoja tudi brez vpogleda v vso zahtevano dokumentacijo,
- vlagatelju zaradi onemogočenja vpogleda v nekatere dele ponudbene dokumentacije ni bilo oteženo ali onemogočeno pravno varstvo,
- ni relevantno sklicevanje na zadevo št. 018-205/2012, saj je izbrani ponudnik pridobil referenco v zasebnem sektorju (prim. zadevo št. 018-211/2015), zato je v dokumentaciji upravičeno zakril podatke o vsebini posla izbranega ponudnika za gospodarski subjekt B,
- je vlagatelju razkril tudi identiteto podizvajalca, ne pa tudi podatkov o vrsti in količini del, ki jih bo podizvajalec prevzel, saj so bili ti upravičeno označeni kot poslovna skrivnost,
- vlagatelj ni niti navedel, v katere podatke iz dopolnitve ponudbe mu ni omogočil vpogleda,
- vsi podatki, ki jih je izbrani ponudnik vpisal v obrazce, ki jih je pripravil naročnik, niso javni, temveč je treba javnost teh podatkov ugotavljati kazuistično po posameznih podatkih,
- je razkril podatke, ki so javni na podlagi drugega odstavka 35. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3),
- izbrani ponudnik izpolnjuje referenčni pogoj (čas, vrsta storitve, vrednost in vrsta objekta), pri čemer je izbrani ponudnik pojasnil vse nejasnosti in predložil vsa zahtevana dokazila,
- je prezračevalni sistem iz referenčnega objekta primerljiv prezračevalnemu sistemu, ki se nahaja pri naročniku,
- vlagatelj ni konkretiziral očitkov, zlasti ne tistega, da dela niso bila opravljena v industrijskem objektu,
- je vlagatelj navedel, da je specializiran za čiščenje prezračevalnih sistemov in da pozna to področje, vendar se neutemeljeno izgovarja, da mu niso znani podatki v zvezi z referenčnim pogojem,
- je bistveno, da je referenčni naročnik potrdil referenčni posel,
- ni relevantno, kako sta izbrani ponudnik in referenčni naročnik poravnala medsebojne obveznosti (npr. kompenzacija), ni pa tudi relevantno sosledje izstavljenih računov,
- ni relevanten PPKS,
- vlagatelj ne more zahtevati, da Državna revizijska komisija zahteva dodatna dokazila oziroma da bi moral naročnik zahtevati dodatna dokazila, ki jih ni zahteval že v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila,
- je vlagatelj prekludiran (tretji odstavek 16. člena ZPVPJN), če na portalu javnih naročil ni opozoril na kršitve pri določitvi referenčnega pogoja,
- ni relevantno, če v obrazcu ESPD manjkajo podatki o poštnih številkah in elektronskem naslovu zastopnikov,
- so podatki o poštni številki razvidni iz registra pri Agenciji Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (v nadaljevanju: AJPEŠ),
- elektronski naslov manjka le pri enem zastopniku izbranega ponudnika, pri drugih dveh pa je enak, zato je mogoče sklepati, da je enak tudi pri tem tretjem,
- drži, da elektronski naslov obeh zastopnikov ni naveden pri priglašnem podizvajalcu, vendar to ni bistvena pomanjkljivost ponudbe,
- ni treba zahtevati dodatnih dokazil za dokazovanje izpolnjevanja referenčnega pogoja, ker je dejansko stanje že razjasnjeno, zato predlagani dokazi niso potrebni.

Naročnik je 10. 3. 2022 prek portala eRevizija Državni revizijski komisiji posredoval zahtevek za revizijo in dokumentacijo.

Državna revizijska komisija do sprejema odločitve o zahtevku za revizijo ni prejela vlagateljeve opredelitve do naročnikovih navedb iz dokumenta »*Odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo*« z dne 9. 3. 2022.

Državna revizijska komisija je upoštevala vlagateljev predlog (zahtevke za revizijo, str. 8), da sama vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika, pri čemer je vpogledala tudi v delovne naloge za opravljene storitve (zahtevke za revizijo, str. 7). Državna revizijska komisija pa je zavrnila vlagateljeve predloge za ogled prezračevalnega sistema na lokaciji referenčnega naročnika in postavitve izvedenca ustrezne stroke, »ki si bo ogledal prezračevalni sistem na lokaciji« referenčnega naročnika »skupaj z vpogledom v ustrezno projektno dokumentacijo«, pa tudi pridobivanje morebitnih dodatnih pojasnil in dokazov v smislu »od 32. do 36. člena ZPVPJN«, in sicer vseh dejansko izstavljenih računov po predlogu za medsebojno kompenzacijo in drugih dokazil, ki dokazujejo, da je izbrani ponudnik v letu 2019 dejansko opravil storitev čiščenja prezračevalnega sistema, dokazov o plačilu ustreznega davka oziroma njegovega obračuna, zapisnikov ob pregledu prezračevalnih sistemov in projektne dokumentacije, saj je dejansko stanje, ki je potrebno za rešitev zadeve, zadostno razjasnjeno že na podlagi dokumentacije, ki jo je izbrani ponudnik predložil naročniku v postopku oddaje naročila. Že dokazilo delovni nalogi za opravljene storitve, na katerega se je skliceval vlagatelj (zahtevke za revizijo, str. 7), nasprotuje vlagateljevim navedbam oziroma celo samo dvomom in ugibanju.

Ker je bilo obvestilo o naročilu – gospodarske javne službe glede na podatke iz točke VI.5 tega obvestila 10. 9. 2021 poslano v objavo tako na portal javnih naročil kot v Dodatek k Uradnemu listu Evropske unije, je bilo torej poslano v objavo, preden je Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 121/2021; v nadaljevanju: ZJN-3B) začel veljati (tj. 1. 1. 2022; 36. člen ZJN-3B), zato Državna revizijska komisija pri odločanju o zahtevku za revizijo ni upoštevala ZJN-3B (gl. prvi odstavek 33. člena ZJN-3B). Državna revizijska komisija prav tako pri odločanju o zahtevku za revizijo ni upoštevala Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 10/2022; v nadaljevanju: ZJN-3C) (četrti odstavek 6. člena ZJN-3C), saj se je postopek oddaje naročila začel, preden se je začel uporabljati ZJN-3C (10. člen ZJN-3C).

Po pregledu posredovane dokumentacije ter preučitvi navedb vlagatelja, izbranega ponudnika in naročnika je Državna revizijska komisija na podlagi razlogov, navedenih v nadaljevanju, odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa.

Naročnik je v postopku oddaje naročila z uporabo postopka s pogajanjem z objavo iz 45. člena ZJN-3 (točka IV.1.1 obvestila o naročilu – gospodarske javne službe) prejeti ponudbi (ena od njih je vlagateljeva ponudba) pregledal in ocenil, pri čemer je izbral ponudbo izbranega ponudnika. Vlagatelj je po seznanitvi z odločitvijo o oddaji naročila zahteval vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, kar mu je naročnik omogočil 15. 2. 2022 s posredovanjem te dokumentacije po elektronski pošti na pooblaščenčev elektronski naslov, pri čemer je nekatere podatke iz nje zakril. Vlagatelj je nato vložil zahtevke za revizijo in navedel, da mu je naročnik kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, ker ga ni seznanil z vsemi potrebnimi podatki in dokumenti, in da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna, ker izbrani ponudnik ne izpolnjuje referenčnega pogoja, pomanjkljivosti pa so tudi pri izpolnitvi obrazca ESPD glede zastopnikov. Izbrani ponudnik in naročnik sta nasprotovala vlagatelju.

Prvi odstavek 15. člena ZPVPJN določa obvezne sestavine, ki jih mora vsebovati zahtevke za revizijo, drugi odstavek 15. člena ZPVPJN pa določa, da mora vlagatelj v zahtevku za revizijo navesti očitane kršitve ter dejstva in dokaze, s katerimi se kršitve dokazujejo. Iz četrtega odstavka 26. člena ZPVPJN, ki zavezuje naročnika, in četrtega odstavka 31. člena ZPVPJN, ki zavezuje Državno revizijsko komisijo, je razvidno, da ne naročnik ne Državna revizijska komisija nimata podlage, da bi vlagatelja pozvala, da dopolni zahtevke za revizijo, če v njem manjkajo dejstva in dokazi, saj obe pravni podlagi v prvi povedi napotujeta na dopolnitev le v zvezi z obveznimi sestavinami iz prvega odstavka 15. člena ZPVPJN. Za vlagateljev uspeh z zahtevkom za revizijo je zato pomembno, da vlagatelj v zahtevku za revizijo navede dejstva in

predlaga dokaze, s katerimi bo v postopku pravnega varstva dosegel sprejem odločitve (naročnika na podlagi druge alineje prvega odstavka 28. člena ZPVPJN ali Državne revizijske komisije na podlagi druge ali tretje alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN), ki bi ugodno vplivala na njegov položaj pri oddaji naročila (npr. da bi dosegel razveljavitev odločitve o oddaji naročila svojemu konkurentu, kar bi lahko pomenilo, da bi naročnik v primeru sprejema nove odločitve o oddaji naročila morda izbral vlagateljevo ponudbo). Strogost ureditve navajanja dejstev in predlaganja dokazov že ob vložitvi zahtevka za revizijo je omiljena z možnostma iz prve povedi iz šestega odstavka 29. člena ZPVPJN in petega odstavka 31. člena ZPVPJN.

Skladno s prvo povedjo iz šestega odstavka 29. člena ZPVPJN se vlagatelj lahko v treh delovnih dneh od prejema odločitve iz prve ali druge alineje prvega odstavka 28. člena ZPVPJN opredeli do navedb naročnika v tej odločitvi, vendar ne sme navajati novih kršitev, dejstev in predlagati novih dokazov, razen če dokaže, da jih brez svoje krivde ni mogel navesti ali predložiti v predrevizijskem postopku. Vlagatelj bi torej lahko ob izpolnitvi pogoja (tj. če bi dokazal nekrivdo) navedel dejstva in predlagal dokaze tudi v opredelitvi do naročnikove odločitve o zavrnitvi zahtevka za revizijo.

Če pa vlagatelj dejstev in dokazov iz drugega odstavka 15. člena ZPVPJN ne more navesti ali predlagati, ker meni, da mu je naročnik kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, kot je opredeljena z ZJN-3, se ob ugotovitvi kršitve do vpogleda v dokumentacijo vlagatelju dovoli vpogled vanjo in se mu dovoli, da v petih delovnih dneh od dneva vpogleda dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih je pridobil pri vpogledu v dokumentacijo (gl. prvo in drugo poved iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN).

Državna revizijska komisija do sprejema odločitve o zahtevku za revizijo ni prejela vlagateljeve opredelitve do naročnikovih navedb iz dokumenta »*Odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo*« z dne 9. 3. 2022. Tako ni mogoče ugotoviti, da je vlagatelj v tem primeru uveljavljal možnosti iz prve povedi iz šestega odstavka 29. člena ZPVPJN.

Iz zahtevka za revizijo (str. 4–5) pa je razvidno, da je vlagatelj uveljavljal tudi kršitev pravice do vpogleda v dokumentacijo, zato je Državna revizijska komisija najprej obravnavala vlagateljeve navedbe v zvezi s to kršitvijo. Državna revizijska komisija pri tem dodaja, da je iz pogoja iz prve povedi iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN (*»Če vlagatelj dejstev in dokazov iz drugega odstavka 15. člena ne more navesti ali predlagati«*) razvidno, da je uveljavljanje kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo usmerjena v možnost vlagatelja, da zadosti temu, kar zahteva drugi odstavek 15. člena ZPVPJN, in torej navajanju dejstev in dokazov, saj ugotovitev kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo ne bi bila podlaga za razveljavitev odločitve o oddaji naročila, saj se je ta kršitev lahko najprej zgodila šele po tem, ko je naročnik že sprejel odločitev o oddaji naročila in zato ugotovitev nezakonitosti kasnejšega ravnanja ne bi pomenila, da je nezakonito tudi predhodno ravnanje (tj. sprejem odločitve o oddaji naročila). Vpogled v ponudbo izbranega ponudnika v smislu petega odstavka 35. člena ZJN-3 je namreč ravnanje v postopku oddaje naročila, ki časovno sledi sprejemu odločitve o oddaji naročila izbranemu ponudniku. Vpogled v ponudbo izbranega ponudnika je torej kasnejše ravnanje v postopku oddaje naročila, kot je sprejem odločitve o oddaji naročila, zato kršitve, ki se nanašajo na vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, ne morejo utemeljiti, da je odločitev o oddaji naročila izbranemu ponudniku nezakonita. Posledica v primeru ugotovitve kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo je določena v drugi povedi iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN, in sicer je to, da se vlagatelju upošteva zakon, ki ureja javno naročanje (torej ZJN-3), dovoli vpogled v dokumentacijo in se mu dovoli, da v petih delovnih dneh od dneva vpogleda, dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih je pridobil pri vpogledu v dokumentacijo. To je vlagatelj tudi predlagal (zahtevek za revizijo, str. 5). Vendar je treba tudi upoštevati, kot je pravilno navedel naročnik (dokument »*Odločitev o zavrnitvi zahtevka za*

revizijo« z dne 9. 3. 2022, str. 4–5), da ima vlagatelj v postopku pravnega varstva po ZPVPJN primarno interes, da se razveljavi odločitev o oddaji naročila (prim. drugo alineo prvega odstavka 28. člena ZPVPJN in drugo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN), ne pa le, da vpogleda v (ponudbeno) dokumentacijo (izbranega ponudnika). Državna revizijska komisija še dodaja, da je iz zakonske določbe »ki jih je pridobil pri vpogledu v dokumentacijo« (del druge povedi iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN) razvidno, da vlagatelj načeloma ne bi mogel v primeru ugotovitve kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo pri dopolnitvi ali spremembi zahtevka za revizijo po drugi povedi iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN uveljavljati tudi kršitev, dejstev in dokazov, ki niso posledica ugotovitve kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo, saj bi take kršitve, dejstva in dokaze lahko navedel oziroma predlagal že v zahtevku za revizijo.

Če je naročnik izvedel popoln pregled vseh ponudb, mora skladno s prvo povedjo iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 po objavi odločitve o oddaji javnega naročila omogočiti vpogled v ponudbo izbranega ponudnika le tistim ponudnikom, ki so oddali dopustno ponudbo. Če naročnik ni opravil popolnega pregleda ponudb, pa mora skladno z drugo povedjo iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 omogočiti vpogled vsem ponudnikom. Naročnik ponudniku, ki je v roku treh delovnih dni po objavi odločitve zahteval vpogled, skladno s tretjo povedjo iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika najkasneje v treh delovnih dneh od prejema zahteve, razen v tiste dele, ki upoštevajo določbe 35. člena ZJN-3 predstavljajo poslovno skrivnost, ali gre za tajne podatke v skladu z zakonom, ki ureja dostop do tajnih podatkov, ali za osebne podatke, ki se varujejo v skladu z zakonom, ki ureja varstvo osebnih podatkov. Iz prve in druge povedi iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 je tako razvidno, da ureja dva različna položaja, ko mora naročnik omogočiti vpogled v ponudbo izbranega ponudnika.

Kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022, je naročnik ugotovil, da je vlagateljova ponudba dopustna, zato je bil vlagatelj upravičen do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika zaradi položaja iz prve povedi iz petega odstavka 35. člena ZJN-3. Vlagatelj je z dopisom z dne 11. 2. 2022 opredelil, da zahteva vpogled v »*ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika*«. Naročnik je vlagatelju tudi omogočil vpogled v ponudbo izbranega ponudnika (kar obsega ne le osnovno ponudbo, temveč med drugim tudi pojasnila ponudbe, saj je izbrani ponudnik z njimi pojasnjeval vsebino ponudbene dokumentacije), saj je 15. 2. 2022 po elektronski pošti na pooblaščenčev elektronski naslov posredoval dokumentacijo, kar ni sporno niti vlagatelju (gl. zahtevek za revizijo, str. 4), vendar je po vsebini uveljavljal, da mu je naročnik omogočil vpogled v manjšem obsegu, kot bi mu ga moral zagotoviti (gl. zahtevek za revizijo, str. 4–5).

Iz tretje povedi iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 je razvidno, da naročnik ne glede na dovolitev vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika ne dovoli vpogleda v, med drugim, osebne podatke in poslovne skrivnosti. Naročnikova dolžnost varovanja osebnih podatkov in poslovnih skrivnosti izhaja tudi iz prve povedi iz prvega odstavka 35. člena ZJN-3. Odstop od teh pravil določa npr. drugi odstavek 35. člena ZJN-3.

Osebni podatek je skladno s 1. točko 6. člena Zakona o varstvu osebnih podatkov (Uradni list RS, št. 86/2004 s sprem.; v nadaljevanju: ZVOP-1) katerikoli podatek, ki se nanaša na posameznika, ne glede na obliko, v kateri je izražen. Posameznik je skladno z 2. točko 6. člena ZVOP-1 določena ali določljiva fizična oseba, na katero se nanaša osebni podatek; fizična oseba pa je določljiva, če se jo lahko neposredno ali posredno identificira, predvsem s sklicevanjem na identifikacijsko številko ali na enega ali več dejavnikov, ki so značilni za njeno fizično, fiziološko, duševno, ekonomsko, kulturno ali družbeno identiteto, pri čemer način

identifikacije ne povzroča velikih stroškov, nesorazmerno velikega napora ali ne zahteva veliko časa.

Skladno z 39. členom Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/2006 s sprem.; v nadaljevanju: ZGD-1) se za poslovno skrivnost štejejo informacije, ki izpolnjujejo zahteve za poslovno skrivnost v skladu z zakonom, ki ureja poslovne skrivnosti. Veljavni 39. člen ZGD-1 tako napotuje na Zakon o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/2019; v nadaljevanju: ZPosS). V ZGD-1 tudi ni več določbe o varstvu poslovne skrivnosti, saj je bil 40. člen ZGD-1, ki je urejal to vsebino, črtan.

Poslovna skrivnost skladno s prvim odstavkom 2. člena ZPosS zajema nerazkrita strokovno znanje, izkušnje in poslovne informacije, ki izpolnjuje naslednje zahteve:

- je skrivnost, ki ni splošno znana ali lahko dosegljiva osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij;
- ima tržno vrednost;
- imetnik poslovne skrivnosti je v danih okoliščinah razumno ukrepal, da jo ohrani kot skrivnost.

Skladno z drugim odstavkom 2. člena ZPosS se domneva, da je zahteva iz tretje alinee prvega odstavka 2. člena ZPosS izpolnjena, če je imetnik poslovne skrivnosti informacijo določil kot poslovno skrivnost v pisni obliki in o tem seznanil vse osebe, ki prihajajo v stik ali se seznanijo s to informacijo, zlasti družbenike, delavce, člane organov družbe in druge osebe.

Za poslovno skrivnost se skladno s tretjim odstavkom 2. člena ZPosS ne morejo določiti informacije, ki so po zakonu javne, ali informacije o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev.

Vlagatelj izrecnih navedb, da mu je naročnik kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, ker mu ni razkril osebnih podatkov, ni podal, saj se izrecne navedbe nanašajo le na poslovne skrivnosti.

Dejstvo, da se je vlagatelj z navedbo *»Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) določa, da se za poslovno skrivnost štejejo podatki, za katere tako določi družba s pisnim sklepom, pri čemer se za poslovno skrivnost, ne glede na to, ali je tako določeno s pisnim sklepom, štejejo podatki, za katere je očitno, da bi, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseba, s tem družbi nastala škoda«* (zahtevek za revizijo, str. 5) skliceval na ureditev določitve pojma poslovne skrivnost, kot je bila nekoč določena v prvi povedi iz prvega odstavka in prvi povedi iz drugega odstavka 39. členu ZGD-1, ne pa na sedanjo ureditev v ZPosS, ni bistveno za reševanje zadeve. Bistveno je namreč, ali je vlagatelj navedel dejstva in dokaze, ki omogočajo ugotavljanje kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo (gl. prvo poved iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN), ne pa, na katere pravne podlage se je skliceval. Pri tem je treba dodati, da je bila večina odločitev Državne revizijske komisije, na katere so se v zvezi z vpogledom v ponudbo izbranega ponudnika sklicevali vlagatelj, izbrani ponudnik in naročnik, sprejetih v času, ko še ni veljal ZPosS, temveč tedaj veljavni ZGD-1, zato se je mogoče uspešno opreti le na tista stališča iz tistih odločitev Državne revizijske komisije, ki bi bila enak(ovredn)a ne glede na ureditev po ZGD-1 ali ZPosS. Državna revizijska komisija pri tem – neodvisno od tega, ali naj bi, kot je navedel vlagatelj (zahtevek za revizijo, str. 5), *»v več odločbah (npr. št. 018-205/2012-7) izjavila, da informacije o referencah z vidika konkurenčnega položaja na trgu predstavljajo podatek oziroma informacije o referencah, ki so pozitiven kazalnik oz. neke vrste priporočilo, da podjetje na trgu deluje dobro oz. da uspešno sodeluje z drugimi podjetji«* – še opozarja, da se zadeva št. 018-205/2012, na katero se je skliceval vlagatelj, nanaša na javno naročilo gradenj, kar ni ista vrsta predmeta kot pri tem naročilu, pri čemer je Državna revizijska komisija v izpostavljeni zadevi upoštevala še specifičen položaj iz gradbenih predpisov zaradi javnosti podatkov na gradbiščni tabli, pri tem pa je tudi navedla, da *»je kljub temu potrebno vsak primer*

obravnavati ločeno (case by case), saj prav zaradi različnih obrazcev in različnih zahtev po predložitvi podatkov ni mogoče zaključiti, da vsa referenčna potrdila ne predstavljajo poslovne skrivnosti«. Iz navedenega je tako razvidno, da je Državna revizijska komisija opozorila, da je pri ugotavljanju javnosti podatkov, ki se nanašajo na reference, treba upoštevati individualen pristop in torej ugotavljati od primera do primera, ali je mogoče zaključiti, da so ti podatki javni.

Vlagatelj je za besedilom »Naročnik je vlagatelju tako posredoval« v osmih alineah naštel (zahtevke za revizijo, str. 4) ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, v zvezi s katero je uveljavljal kršitev pravice do vpogleda v dokumentacijo:

- obrazec 1: »Vzorec referenčnega potrdila«,
- obrazec 4: »Izjava o izkušnjah za delo v režimu, kjer je vstop pogojen z varnostnim preverjanjem«,
- obrazec 7: »Podatki o podizvajalcu ter izjava o izpolnjevanju osnovnih pogojev za podizvajalca«,
- »Pogodba o izvedbi storitev čiščenja prezračevalnega sistema« št. 06-02-2018-DH (v nadaljevanju: pogodba št. 06-02-2018-DH),
- »Načrt prezračevalnega sistema«,
- »Predlog za medsebojno kompenzacijo«,
- »Pogodba [o izvedbi storitev čiščenja prezračevalnega sistema]« št. 4-1-2019/DH (v nadaljevanju: pogodba št. 4-1-2019/DH),
- »Dopolnitev ponudbe za JN471/21 - redni pregled ter čiščenje in dezinfekcija ventilacije v letih 2022, 2023, 2024«.

Na podlagi sklicevanja na naročilnici BTn28/2019 in BTn02/2021 (zahtevke za revizijo, str. 4 in 5) je vlagatelj kršitev pravice do vpogleda v dokumentacijo uveljavljal še za to dokumentacijo. Ker je vlagatelj konkretiziral dokumentacijo iz citiranih osmih alinej in še ti dve naročilnici, je Državna revizijska komisija preizkusila vlagateljeve navedbe v tem obsegu. Državna revizijska komisija tako pri odločanju ni mogla upoštevati splošne vlagateljeve navedbe (zahtevke za revizijo, str. 5) o »celotn[i] komunikacij[i] izbranega ponudnika in naročnika, vključno z vsemi priloženimi listinami izbranega ponudnika«, saj iz te vlagateljeve navedbe niti ni razvidno, zakaj naj bi bilo treba šteti, da naj bi naročnik vlagatelju v zvezi s to dokumentacijo sploh kršil pravico do vpogleda.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je mogoče dokumentacijo, v zvezi s katero je vlagatelj uveljavljal kršitev pravice do vpogleda v dokumentacijo, povezati s štirimi vsebinskimi sklopi, in sicer:

- z izpolnjevanjem referenčnega pogoja (točka 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila):

»Reference ponudnika

40.2 Ponudnik je od 1.1. 2017 do 31. 12. 2020 uspešno izvedel najmanj eno (1) istovrstno oz. podobno storitev, kot je predmet javnega naročila, pri kateri je vrednost izvedenih del preseгла 100.000,00 EUR letno (brez DDV). Za izpolnjevanje referenčnega pogoja se šteje vrednost izvedenih del v enem koledarskem letu (ponudniki, ki imajo večletne pogodbe lahko referenčni pogoj izpolnijo znotraj iste pogodbe). Navedene referenčna dela so bila zaključena v predvidenem roku (koledarsko leto).

Kot istovrstna ali podobna storitev se štejejo storitve na *energetskih ali **industrijskih objektih.

*Naročnik bo pod pojmom energetski objekti kot ustrezno upošteval le sledeče objekte:

- *energetski objekti s pripadajočo opremo in instalacijami, kot so hidroelektrarne, termoelektrarne, toplotne in kotlovnice, jedrske elektrarne, vetrne elektrarne, sončne elektrarne in podobno, moči večje od 30 MW.*

***Naročnik bo pod pojmom industrijski objekti kot ustrezno referenco upošteval le sledeče objekte:*

- *Industrijski objekti (npr.: kemična, farmacevtska, živilska, ...industrija), ki imajo podobne sisteme, kot so sistemi, ki so predmet čiščenja na podlagi tega razpisa.*

Dokazila o izpolnjevanju pogojev 40.2:

Enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila – ESPD, ki ga gospodarski subjekt izpolni na spletni strani http://www.enarocanje.si/_ESPD/ v delu IV/C, ki ga ponudnik predloži v elektronski obliki elektronsko podpisane (ali skeniranega podpisane).

Naročnik bo reference za dela, ki jih je ponudnik opravil pri naročniku, preveril sam, zato ponudniku takšnih referenc s strani NEK ni potrebno potrjevati (z obrazcem 1), v obrazcu ESPD pa jih navede, kakor tudi številko referenčne pogodbe, da bo naročnik vedel, katero referenco želi uveljavljati.

- *Priložena ustrezna referenčna potrdila, podpisana in izpolnjena s strani Naročnika oz. Investitorja referenčnih del (Obrazec 1)*

Opomba: Zadostitev pogoju se ugotavlja kot seštevek vrednosti izvedenih del vseh gospodarskih subjektov, ki nastopajo v ponudbi (ponudnik in/ali partnerji v skupnem nastopanju), pri čemer morajo vi skupaj pogoju zadostiti 100%.

Ponudnik lahko referenčni pogoj izpolni s podizvajalcem samo v tistem delu, ki ga bo dejansko prevzel in izvedel podizvajalec. Če bo ponudnik referenčni pogoj izkazal s podizvajalcem, naročnik ne bo dovolil menjave takšnega podizvajalca, razen če ponudnik zagotovi drugega podizvajalca, ki izpolnjuje referenčni pogoj.

Primerjajo se pogodbene vrednosti brez DDV.

Naročnik si pridržuje pravico, da zahteva dodatna dokazila (na primer: pogodbo z naročnikom oz. investitorjem ali delodajalcem, obračun, končno situacijo, potrdilo o izplačilu, ...) za navedene reference oziroma reference preveri neposredno pri naročniku oz. investitorju ali delodajalcu,

pri čemer se del podatkov in dokumentacije nanaša na podatke in dokumentacijo, ki jih izbrani ponudnik ni predložil v ponudbi do 11. 10. 2021 (točka IV.2.2 obvestila o naročilu – gospodarske javne službe), temveč naknadno med pregledom in ocenjevanjem ponudbe na poziv naročnika za pojasnilo ponudbe,

- *z izpolnjevanjem kadrovskega pogoja (točka 40.3 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila):*

»Kadrovske zmogljivosti

40.3 Gospodarski subjekt mora izjaviti, da ima na voljo kadre v ustreznem številu in z ustreznim strokovnim znanjem, da bi uspešno izvedel vse naloge določene s predmetno Tehnično specifikacijo. V ponudbi pa mora nominirati ključne kadre, in sicer:

- 1. vodjo projekta, ki je bil v zadnjih 10 letih pred objavo naročila vodja projekta vsaj na 3 podobnih projektih, kot je predmet tega javnega naročila in ima najmanj 15 let delovnih izkušenj.*

*Kot podobni projekti se štejejo storitve na *energetskih ali **industrijskih objektih.*

**Naročnik bo pod pojmom energetske objekti kot ustrezno upošteval le sledeče objekte:*

- *energetski objekti s pripadajočo opremo in instalacijami, kot so hidroelektrarne, termoelektrarne, toplotne in kotlovnice, jedrske elektrarne, vetrne elektrarne, sončne elektrarne in podobno, moči večje od 30 MW.*

***Naročnik bo pod pojmom industrijski objekti kot ustrezno referenco upošteval le sledeče objekte:*

- *Industrijski objekti (npr.: kemična, farmacevtska, živilska, ...industrija), ki imajo podobne sisteme, kot so sistemi, ki so predmet čiščenja na podlagi tega razpisa.*

Vsi delavci, ki bodo samostojno opravljali delo v NEK, morajo obvladati vsaj enega izmed naslednjih jezikov: slovenščina, hrvaščina, angleščina.

Dokazila o izpolnjevanju pogojev 40.3:

- *Podpisan in izpolnjen Obrazec št. 5 – Izjava o kvalifikacijski strukturi delavcev*
- *Poimenski seznam delavcev s fotokopijami potrdil oz. dokazil, če so navedeni/zahtevani v Tehničnih specifikacijah in iz katerih je razvidno izpolnjevanje navedenih pogojev. Dokazila za nominirane ključne kadre obvezno dostaviti s ponudbo.*

Opomba: Če naročnik že ima v svoji evidenci dokazila za ponujeni kader, jih ponudniku ni treba prilagati, ampak jih naj navede v poimenskem seznamu kadrov, ki ga priloži skupaj z izpolnjenim obrazcem 5. Naročnik bo v tem primeru navedene podatke preveril sam.

- *Enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila – ESPD, ki ga gospodarski subjekt izpolni na spletni strani http://www.enarocanje.si/_ESPD/ v delu IV/C, ki ga ponudnik predloži v elektronski obliki elektronsko podpisane (ali skeniranega podpisane).*

Opomba: [...]«,

- *z izpolnjevanjem zahteve za »izkušnje za delo v režimu, kjer je vstop pogojen z varnostnim preverjanjem« (točka 40.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila):*

»Izkušnje za delo v režimu, kjer je vstop pogojen z varnostnim preverjanjem

- 40.5 Ponudnik mora s podpisom izjave zagotoviti, da bo izpolnil vse zahteve, ki so potrebne za izvajanje del v režimu, kjer je vstop pogojen z varnostnim preverjanjem ter da je pridobil izkušnje v takem režimu. Prav tako morajo vsi delavci najkasneje sedem dni pred pričetkom del opraviti vsa potrebna izobraževanja, ki so zahtevana iz naslova samostojnega opravljanja dela v NEK.*

Dokazilo o izpolnjevanju pogojev 40.5:

- *Podpisan in izpolnjen Obrazec št. 4 - Izjava o izkušnjah v režimu, kjer je vstop pogojen z varnostnim preverjanjem (navesti vsaj eno referenco).*
- *Izvajalec mora naročniku po opravljenem usposabljanju poslati seznam delavcev, ki so opravili vsa potrebna izobraževanja (lahko po e-pošti)*

**Naročnik bo navedene podatke, ki se nanašajo na dela, ki jih je ponudnik opravil v NEK, preveril sam, zato ponudniku izjave s strani NEK ni potrebno potrjevati, ampak jo naj le izpolni in podpiše.*

Opomba: Zadostitev pogoju 40.5 morajo izpolniti:

- *ponudnik*
- *vsii partnerji v skupni ponudbi«*

in

- *glede podizvajalcev (točke iz točke 41 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), gl.:*
 - *točko 41.2:*

»V primeru izvedbe del s podizvajalci, je potrebno v ponudbi navesti vse podizvajalce (kontaktne podatke in zakonite zastopnike) in vsak del naročila, ki ga bo izvedel posamezni podizvajalec (predmet, količina, vrednost, kraj in rok izvedbe teh del) in upoštevati spodaj navedena določila.«

in

➤ točko 41.5:

»Če bo ponudnik izvajal javno naročilo s podizvajalci, mora v ponudbi:

- navesti vse podizvajalce ter vsak del naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje,
- navesti kontaktne podatke in zakonite zastopnike predlaganih podizvajalcev,
- predložiti izpolnjene ESPD teh podizvajalcev v skladu z 79. členom ZJN-3 ter,
- priložiti zahtevo podizvajalca za neposredno plačilo, če podizvajalec to zahteva (obrazec 7)«.

Državna revizijska komisija opozarja, da podatki, ki se nahajajo v ponudbeni dokumentaciji, a bi presejali potrebe oziroma zahteve iz izpostavljenih štirih vsebinskih sklopov, ne bi pa se nanašali niti na katero drugo zahtevo iz obvestila o naročilu – gospodarske javne službe ali dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, načeloma ne bi vplivali na položaj, ali je ponudba dopustna v smislu 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3. Če naročnik ni posredoval vlagatelju tudi takih podatkov, vlagatelju načeloma ni mogel kršiti pravice do vpogleda v dokumentacijo, ki bi bila lahko relevantna z vidika uveljavljanja učinkovitega pravnega varstva po ZPVPJN. Vlagatelj namreč ne bi mogel v zahtevku za revizijo uspešno uveljavljati kršitev, če bi bil nek podatek relevanten šele v primeru, če bi obvestilo o naročilu – gospodarske javne službe ali dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila vsebovala drugačno zahtevo od obstoječe. Naročnik namreč po poteku roka za prejem ponudb ne sme več spreminjati ali dopolnjevati dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (prva poved iz drugega odstavka 67. člena ZJN-3), drugačno ravnanje pa bi bilo sicer v nasprotju z načelom transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3) in tudi načelom enakopravne obravnave ponudnikov (7. člen ZJN-3).

Državna revizijska komisija se sicer strinja z vlagateljem (zahtevki za revizijo, str. 4–5), da je naročnik v točki 26.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila določil pravila, ki se nanašajo na označevanje poslovne skrivnosti:

»Ponudniki morajo vse dokumente v ponudbi, za katere menijo, da predstavljajo poslovno skrivnost, označiti z oznako "ZAUPNO" ali "POSLOVNA SKRIVNOST" in sicer v zgornjem desnem kotu vsake posamezne strani ali drug, jasno viden način. Če naj bi bil zaupen samo določen podatek v ponudbi, mora biti ta del podčrtan, v isti vrstici v desnem robu pa mora biti oznaka "ZAUPNO" ali "POSLOVNA SKRIVNOST".

Med zaupne dokumente ali poslovno skrivnost ne sodijo podatki, ki so v skladu z določbo drugega odstavka 35. člena ZJN-3 javni. To so specifikacije ponujenega blaga, storitve ali gradnje in količina iz te specifikacije, cena na enoto, vrednost posamezne postavke in skupna vrednost iz ponudbe ter vsi tisti podatki, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril.

Podatki, ki jih je ponudnik upravičeno označil za zaupne ali poslovno skrivnost (ne v nasprotju z zgornjim odstavkom), bodo uporabljeni samo za namen javnega naročila in ne bodo dostopni nikomur izven pooblaščenih oseb naročnika, ki so zadolžene za izvedbo predmetnega javnega naročila. Naročnik bo v celoti odgovoren za varovanje zaupnosti tako dobljenih podatkov. Ti podatki ne bodo nikjer objavljeni. V primeru, da bodo kot zaupno ali kot poslovna skrivnost označeni podatki, ki ne ustrezajo zakonskim določbam, bo naročnik ponudnika pozval, da oznako zaupnosti ali poslovno skrivnost umakne. Ponudnik to stori tako, da njegov zastopnik

nad oznako napiše "PREKLIC", vpiše datum in se podpiše. Če ponudnik v roku, ki ga določi naročnik ne prekliče zaupnosti, naročnik oznako "ZAUPNO" ali "POSLOVNA SKRIVNOST" lahko umakne sam»,

nekateri izmed dokumentov oziroma podatkov, v katere naročnik vlagatelju ni omogočil vpogleda, pa niso označeni na način, kot ga določa točka 26.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, vendar ni mogoče spregledati, da je izbrani ponudnik naročnika že v ponudbi seznanil s sklepom o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021, v katerem je, kot je tudi pravilno navedel vlagatelj (zahtevek za revizijo, str. 4), določeno, da se kot poslovna skrivnost »štejejo podatki povezani s pogodbenimi partnerji družbe, pogodbenimi cenami ter tehnikami izvajanja pogodbenih del«, zato je bil naročnik tudi na ta način seznanjen, da izbrani ponudnik želi določene podatke varovati kot poslovno skrivnost. Državna revizijska komisija tako ne more šteti, da predložitev sklepa o določitvi poslovne skrivnosti že v ponudbi ne bi zadoščala zahtevi iz tretje alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS, da je »imetnik poslovne skrivnosti« »v danih okoliščinah razumno ukrepal, da jo ohrani kot skrivnost«. Ali je naročnik sicer smel zakrite podatke varovati kot poslovno skrivnost, ker sta izpolnjeni še zahtevi iz prve in druge alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS za določitev poslovne skrivnosti, in jih zato ne posredovati vlagatelju, bo še predmet odločanja Državne revizijske komisije v nadaljevanju.

Državna revizijska komisija dodaja, da varstvo osebnih podatkov ni odvisno od obstoja akta izbranega ponudnika, ki bi se nanašal na varstvo osebnih podatkov.

Iz točke 8.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila izhaja, da sta merili, ki sestavljata merilo ekonomsko najugodnejša ponudba, »ponudbena vrednost« (utež 90) in »delovne razmere pri ponudniku« (utež 10).

Noben izmed podatkov ali dokumentov, ki jih je vlagatelj naštel v osmih alineah na str. 4 zahtevka za revizijo in se skliceval na naročilnici BTn28/2019 in BTn02/2021 (zahtevek za revizijo, str. 4–5), ni naveden med podatki, ki so javni na podlagi drugega odstavka 35. člena ZJN-3. Podatki o 1. referencah, 2. vodji projekta (imenu in priimku), 3. izkušnjah za delo v režimu, kjer je vstop pogojen z varnostnim preverjanjem, in 4. podizvajalcih torej niso specifikacije ponujenega blaga, storitve ali gradnje, količina iz te specifikacije, cena na enoto, vrednost posamezne postavke, skupna vrednost iz ponudbe ali vsi tisti podatki, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril. Ugotoviti je še treba, ali so sicer javni na podlagi katere druge določbe ZJN-3 (kar tudi implicira, ali so na podlagi katere druge določbe ZJN-3 varovani podatki) oziroma jih ni mogoče obravnavati kot poslovno skrivnost niti izhajajoč iz volje izbranega ponudnika, katere podatke želi varovati kot poslovno skrivnost. Vlagateljevo opozorilo na stališče Informacijskega pooblaščenca (zahtevek za revizijo, str. 5) je v bistvu sklicevanje na ureditev, ki jo ureja Zakon o dostopu do informacij javnega značaja (Uradni list RS, št. 24/2003 s sprem.; v nadaljevanju: ZDIJZ), vendar se ZDIJZ za reševanje vprašanj za primer tega naročila še ne uporablja (druga poved iz četrtega odstavka 35. člena ZJN-3), saj zaradi izvajanja postopka pravnega varstva po ZPVPJN odločitev o oddaji naročila še ni pravno močna.

Državna revizijska komisija v zvezi s podatkom za vodjo projekta (ime in priimek) dodaja, da četudi bi bilo treba uporabo merila »delovne razmere pri ponudniku« razumeti drugače, kot je navedla v prejšnjem odstavku obrazložitve tega sklepa, in ga tolmačiti tako, da bi bil to lahko javen podatek v smislu drugega odstavka 35. člena ZJN-3, ker bi to bil eden izmed podatkov, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril, ni mogoče spregledati, da vlagatelj ni uveljavljal, da bi bil na tej osnovi upravičen do seznanitve s tem podatkom. Vendar ne glede na navedeno, kot bo Državna revizijska komisija pojasnila v nadaljevanju obrazložitve tega sklepa, se je vlagatelj lahko seznanil, kdo je vodja projekta (ime in priimek), saj naročnik tega podatka ni v polnosti zakril in zato v tem smislu vlagatelj nima manj podatkov.

Vlagatelj je v zvezi z obrazcem 1, ki ga je v seznamu dokumentacije naštel v prvi alineji, navedel (zahtevek za revizijo, str. 4–5), da je naročnik zakril podatke o naročniku referenčnih del, znesku izvedenih del po pogodbi št. 4-1-2019/DH in »obsegu izvedbe del, iz katerega mora biti razvidno izpolnjevanje referenčnega pogoja«.

Obrazec 1 je bil namenjen dokazovanju izpolnjevanja referenčnega pogoja (točka 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik v dokumentu »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 na str. 2 opisal, kako je izbranega ponudnika 26. 11. 2021 pozval, da v zvezi z referenčnim poslom predloži dokazila in pojasnila, pri čemer je med drugim izrecno napisal firmo referenčnega naročnika, navedel pa je tudi številko pogodbe, »ki se nanaša na izvedbo del, ki jih navaja zgoraj omenjeni Obrazec 1«. Naročnik je v dokumentu »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 na str. 3 navedel, da je izbrani ponudnik predložil zahtevana dokazila in pojasnila, pri čemer je iz teh naročnikovih navedb tudi razvidno, da se vsa dokazila in pojasnila, in sicer tudi tista, ki jih je izbrani ponudnik predložil na poziv z dne 14. 12. 2021, nanašajo na isti referenčni posel, ki ga je naročnik pred tem izrecno opisal na str. 2 dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022. Naročnik je tudi na str. 3 dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022, ko se je skliceval na poimenovanje enega izmed dokazil, izrecno navedel firmo (pri čemer tokrat tudi pravnoorganizacijsko obliko) referenčnega naročnika. To potrjuje tudi zahtevek za revizijo (str. 6, drugi odstavek). Vlagatelj je bil torej že s seznanitvijo z odločitvijo o oddaji naročila seznanjen tudi s tem, da je izbrani ponudnik izvajal referenčni posel, na katerega se je skliceval v ponudbi, za subjekt zasebnega prava.

Državna revizijska komisija sicer pritruje vlagatelju, da ga naročnik pri vpogledu v obrazec 1 ni seznanil tudi s firmo referenčnega naročnika (tj. »s podatki o naročniku oziroma investitorju del«), saj je ta podatek v obrazcu 1, ki ga je posredoval 15. 2. 2022 po elektronski pošti na pooblaščenčev elektronski naslov, zakril, vendar to ne spremeni vsaj trojega.

Prvič, vlagatelj je bil že ob vložitvi zahtevka za revizijo seznanjen s tem, kdo je referenčni naročnik, pri čemer ni mogel biti v dvomih o tem, ker se je seznanil tudi s številko pogodbe, ki je enaka številki, kot je razvidna iz obrazca 1, ki ga je naročnik posredoval 15. 2. 2022 po elektronski pošti na pooblaščenčev elektronski naslov. Naročnik namreč v poslanem obrazcu 1 ni zakril številke pogodbe. Dejstvo, da je bil vlagatelj že ob vložitvi zahtevka za revizijo seznanjen s tem, kdo je referenčni naročnik, potrjuje poimenovanje enega izmed dokazil (gl. str. 3 dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022). Podatek o tem, kdo je referenčni naročnik, je vlagatelj, še preden je vložil zahtevek za revizijo, prejel od naročnika. Za rešitev konkretne zadeve zato ne more biti ključno, da se vlagatelj ni seznanil s podatkom o referenčnem naročniku (pogodbenem partnerju izbranega ponudnika) z vpogledom v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika (obrazec 1), pač pa je ključno, da je bil vlagatelj seznanjen s tem, kdo je referenčni naročnik, saj mu je to omogočalo, da v zvezi s tem že v zahtevku za revizijo navede dejstva in predlaga dokaze (drugi odstavek 15. člena ZPVPJN) v utemeljitev očitka, da izbrani ponudnik ne izpolnjuje referenčnega pogoja in zato njegova ponudba ni dopustna, naročnik pa bi jo moral izločiti (prim. zadevo št. 018-275/2014).

Drugič, referenčni naročnik je subjekt zasebnega prava, ki ni zavezanec ne za izvajanje javnega naročanja ne za zagotavljanje dostopa do informacij javnega značaja po ZDIJZ, zato podatki o pogodbenih partnerjih niso sami po sebi javen podatek.

Tretjič, podatek o referenčnem naročniku (firmi in pravnoorganizacijski obliki) bi bilo mogoče šteti za »podat[ek,] povezan[...], s pogodbenimi partnerji družbe« v smislu sklepa o določitvi

poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021, saj neposredno razkriva, kdo je pogodbeni partner izbranega ponudnika.

Državna revizijska komisija pa ni nadalje ugotavljala, ali bi bilo mogoče za podatek o referenčnem naročniku (vsaj firmi) šteti, da je lahko izpolnjena zahteva iz prve alinee prvega odstavka 2. člena ZPosS, da se podatek (firma) o pogodbenem partnerju izbranega ponudnika šteje za poslovno skrivnost. Državna revizijska komisija je namreč upoštevala, da ji ni treba ugotavljati, ali bi bila izpolnjena tudi zahteva iz druge alinee prvega odstavka 2. člena ZPosS, kar je vlagatelj smiselno uveljavljal, da ni (zahtevkov za revizijo, str. 5, drugi odstavek), saj ostaja dejstvo, da neseznanitev s firmo subjekta z vpogledom v obrazec 1 vlagatelju ne zmanjšuje obsega informacij, s katerimi je bil seznanjen še pred vpogledom v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika. Vlagatelj je bil, kot že ugotovljeno, že ob seznanitvi z odločitvijo o oddaji naročila seznanjen s tem, kdo je pogodbeni partner izbranega ponudnika pri referenčnem poslu (torej referenčni naročnik), zato bi lahko tudi že ob vložitvi zahtevka za revizijo uveljavljal kršitve in dejstva, ki bi se nanašala vsaj na subjekt referenčnega naročnika (npr. da ta subjekt ne obstaja), in v zvezi s tem predlagal dokaze.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je »znes[ek] izvedenih del po pogodbi, št. 4-1-2019/DH« (zahtevkov za revizijo, str. 4) vsaj »podat[ek,] povezan[...].« »s pogodbenimi cenami« v smislu sklepa o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 in ga je zato naročnik smel razumeti, da ga izbrani ponudnik označuje za poslovno skrivnost. Ne glede na navedeno je treba tudi upoštevati, da je naročnik v dokumentu »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 na str. 2 navedel tudi konkreten »znes[ek] izvedenih del po pogodbi, št. 4-1-2019/DH« (zahtevkov za revizijo, str. 4), zato vlagatelj ob vložitvi zahtevka za revizijo, čeprav ni vpogledal v ta podatek v obrazcu 1, ni bil brez potrebne informacije. Hkrati je tudi iz dejstva, da je naročnik v dokumentu »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 (str. 2) nakazal, da je ta znesek lahko previsok, ker naj bi vseboval tudi dela, ki niso relevantna za priznanje izpolnitve pogoja, vlagatelju seznanitev še z zneskom v obrazcu 1 ne bi spremenila ravni informiranosti. Če naj bi bil zapisani znesek napačen, ker naj bi bil previsok, bi bil vlagatelj za potrebe uveljavljanja pravnega varstva po ZPVPJN kvečjemu lahko zainteresiran, da se seznanji z zneskom, ki ga je izbrani ponudnik navedel v pojasnilo na naročnikov poziv. Da je naročnik izbranega ponudnika pozval na pojasnilo, je razvidno s str. 2 dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022, da je izbrani ponudnik navedel drug, in sicer nižji znesek, pa je razvidno s str. 3 tega dokumenta, saj je naročnik navedel, da je izbrani ponudnik »odštel vrednost del, ki se nanaša na čiščenje opreme in ni predmet reference«. Sicer pa je naročnik, kot bo Državna revizijska komisija pojasnila v nadaljevanju obrazložitve tega sklepa, še pred vložitvijo zahtevka za revizijo seznanil vlagatelja tudi s tem nižjim zneskom.

Vlagatelj je v zvezi z obrazcem 1 še navedel, da mu je naročnik zakril tudi podatek »o obsegu izvedbe del, iz katerega mora biti razvidno izpolnjevanje referenčnega pogoja«. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik na str. 2 dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 dobesedno navedel obseg del, kot ga je izbrani ponudnik navedel v obrazcu 1. Državna revizijska komisija ugotavlja tudi, da je iz dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 (str. 3) razvidno tudi, da je naročnik upošteval pojasnilo izbranega ponudnika, saj je ugotovil manjši obseg del, ker ni upošteval čiščenja opreme. Vlagatelj je bil torej že ob seznanitvi z dokumentom »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 in torej ob vložitvi zahtevka za revizijo seznanjen z informacijo, za katero si prizadeva z dovolitvijo vpogleda v obrazec 1. Vlagatelj torej za potrebe pravnega varstva po ZPVPJN tako ni v slabšem položaju, čeprav ni vpogledal v ta podatek v obrazcu 1. Dejstvo, da se je vlagatelj še pred vložitvijo zahtevka za revizijo seznanil z obsegom del iz referenčnega posla izbranega ponudnika, pa čeprav iz obrazložitve dokumenta »Odločitev o oddaji javnega naročila« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022, ne pa z vpogledom v obrazec

1, vlagatelju ni preprečevalo, da bi lahko navedel dejstva in predlagal dokaze v zvezi z obsegom referenčnega posla, na katerega se je skliceval izbrani ponudnik.

Ne glede na to, ali iz sklepa o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 morebiti ne bi izhajalo, da je kot poslovna skrivnost določen podatek o obsegu del, hkrati pa bi bilo treba tudi upoštevati, da tudi obrazec 1 (kot to določa točka 26.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila) ne vsebuje oznake, da je poslovna skrivnost, ostaja dejstvo, da so podatki v obrazcu 1 podatki, ki so v povezavi s pogodbo št. 4-1-2019/DH (z naslovom »*Pogodba o izvedbi storitev čiščenja prezračevalnega sistema*«) oziroma se v njej nahajajo, ta pogodba pa je označena kot poslovna skrivnost, saj je na obeh straneh pogodbe v desnem zgornjem kotu navedeno »POSLOVNA SKRIVNOST«, zraven pa sta še podpis in žig izbranega ponudnika. Če je izbrani ponudnik določil podatke v izvirnem nosilcu (torej pogodbi) za poslovno skrivnost, bi tak status imeli po naravi stvari ti isti podatki, ki se nahajajo v drugem nosilcu (torej obrazcu 1), saj je razlika le v nosilcu podatkov, ne pa v podatkih. Da se je tudi vlagatelj seznanil s tem, da je pogodba št. 4-1-2019/DH desno zgoraj označena kot poslovna skrivnost ter opremljena s podpisom in žigom izbranega ponudnika, dokazuje priloga »1 del« (pripnoka v formatu .pdf, gl. str. 59–60) k zahtevku za revizijo.

Državna revizijska komisija na podlagi navedenega zaključuje, da ji ni treba ugotavljati, ali ne bi bile izpolnjene vse zahteve iz prvega odstavka 2. člena ZPosS, da ne bi bilo treba zakritih podatkov v obrazcu 1 obravnavati kot poslovno skrivnost, saj je kot bistveno treba upoštevati, da je bil vlagatelj že ob seznanitvi z obrazložitvijo odločitve o oddaji naročila (torej dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022) seznanjen s podatki, ki jih je naročnik zakril v obrazcu 1, zato bi lahko tudi že ob vložitvi zahtevka za revizijo uveljavljal kršitve in dejstva, ki bi se nanašala na te podatke. Morebitna naročnikova kršitev tretje povedi iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 v zvezi z obrazcem 1 tako ni tista, ki bi vlagatelju onemogočala ali oteževala navajanje dejstev ali predlaganje dokazov že v zahtevku za revizijo.

Vlagatelj je v zvezi z obrazcem 4 navedel (zahtevke za revizijo, str. 4–5), da je naročnik zakril podatke o naročniku, zakril pa je tudi podatke na predloženih naročilnicah BTn28/2019 in BTn02/2021.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bil obrazec 4 namenjen dokazovanju izkušenj za delo v režimu, kjer je vstop pogojen z varnostnim preverjanjem (točka 40.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), izbrani ponudnik pa je poleg spornega obrazca 4 predložil, med drugim, še naročilnici BTn28/2019 in BTn02/2021.

Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju (zahtevke za revizijo, str. 4–5), da je bil v obrazcu 4 zakrit podatek o naročniku del, na naročilnicah BTn28/2019 in BTn02/2021 pa tudi podatek o cenah storitve. Kot je razvidno iz nezakritega obrazca 4, ki se nanaša na zakriti obrazec 4, je naročnik oseba zasebnega prava in ni ne zavezanec za izvajanje javnega naročanja ne za zagotavljanje dostopa do informacij javnega značaja po ZDIJZ. Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju (zahtevke za revizijo, str. 4–5), da noben izmed navedenih dokumentov ni bil označen kot poslovna skrivnost v smislu točke 26.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Vendar to ne spremeni tega, da je v sklepu o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 določeno, da se kot poslovna skrivnost »*štejejo podatki povezani s pogodbenimi partnerji družbe*«, pa tudi »*pogodbenimi cenami*«. Podatek o subjektu (firmi) je treba razumeti kot »*podat[ek,] povezan[...]*« »*s pogodbenimi partnerji družbe*« v smislu sklepa o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021. Ceno storitve, ki je navedena na naročilnicah BTn28/2019 in BTn02/2021, je mogoče tako s funkcionalnega vidika kot zaradi sklepanja z večjega na manjše ali analogije položajev razumeti vsaj kot »*podat[ek,] povezan[...]* s« »*pogodbenimi cenami*«. Vendar ne glede na to, ali bi bili sicer za podatke iz teh dokazil izpolnjene vse tri zahteve iz

prvega odstavka 2. člena ZPosS, da bi jih bilo mogoče šteti za poslovno skrivnost, je treba upoštevati še vsaj dvoje.

Prvič, iz točke 40.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni razvidno, da je cena storitve ali pogodbeni vrednost (v npr. nekem minimalnem znesku) zahteva, ki bi bila relevantna za izpolnitev zahtevanega v točki 40.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Niti iz obrazca 4 ni razviden prostor, v katerega bi ponudniki vpisali cenovni ali vrednostni podatek. Tako se izkaže, da podatka o ceni storitve, ki sta navedena v naročilnicah BTn28/2019 in BTn02/2021, za postopek oddaje naročila in s tem tudi za uveljavljanje pravnega varstva glede skladnosti ponudbe izbranega ponudnika s točko 40.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila po ZPVPJN nista relevantna.

Drugič, izbrani ponudnik je predložil zase dva obrazca 4, ki se nanašata na izkušnje pri dveh različnih naročnikih. Ker je iz točke 40.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila (gl. prvo alineo pri navedbi dokazil) razvidno, da je treba »navesti vsaj eno referenco«, za izpolnitev zahtev iz točke 40.5 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila zadošča, če bi izbrani ponudnik imel le »eno referenco«. Ker je iz priloge »2 del« (priloga v formatu .pdf, gl. str. 99–104) k zahtevku za revizijo razvidno, da nobeno izmed dokazil, ki jih je izbrani ponudnik predložil za dokazovanje izkušenj še pri enem naročniku (naročnik iz javnega sektorja, zavezanec za izvajanje javnega naročanja in zagotavljanje dostopa do informacij javnega značaja po ZDIJZ), ni v ničemer zakrito, v obrazcu 4 tega naročnika pa sta navedeni dve referenci, vlagatelj z opustitvijo zatrjevanja, da je karkoli napačno s tema dvema referencama, si niti z vpogledom v zakriti podatek iz obrazca 4 in/ali naročilnic BTn28/2019 in BTn02/2021 ne bi mogel v postopku pravnega varstva po ZPVPJN izboljšati položaja v postopku oddaje naročila, ker tudi morebitno neupoštevanje obrazca 4, na katerega se je skliceval vlagatelj, in/ali naročilnic BTn28/2019 in BTn02/2021 ne bi spremenilo tega, da bi ostali neizpodbiti referenci za drugega naročnika, kot je tisti, katerega podatki so bili zakriti.

Državna revizijska komisija tako ugotavlja, da morebitna naročnikova kršitev tretje povedi iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 v zvezi z obrazcem 4 ter naročilnicama BTn28/2019 in BTn02/2021 ni tista, ki bi vlagatelju onemogočala ali oteževala navajanje dejstev ali predlaganje dokazov že v zahtevku za revizijo.

Vlagatelj je v zvezi z obrazcem 7 navedel (zahtevki za revizijo, str. 4–5), da je naročnik zakril podatke o vrsti del, ki jih bo izvedel podizvajalec, predmetu, količini, vrednosti ter kraju in roku izvedbe teh del.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bil obrazec 7 namenjen predstavitvi podizvajalcev (točka 41 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila).

Državna revizijska komisija po vpogledu v prilogo »2 del« (priloga v formatu .pdf, gl. str. 127–128) k zahtevku za revizijo pritrjuje vlagatelju (zahtevki za revizijo, str. 4–5), da so bili v obrazcu 7 zakriti podatki o vrsti del, ki jih bo izvedel podizvajalec, ter podatki o predmetu, količini, vrednosti ter kraju in roku izvedbe teh del. Naročnik pa ni zakril podatkov o subjektu (firmi), saj so iz tega obrazca razvidni vsi podatki iz osmih razdelkov tabele »Podizvajalec«, s katerim je predstavljen podizvajalec izbranega ponudnika. Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju (zahtevki za revizijo, str. 4–5), da obrazec 7 ni bil označen kot poslovna skrivnost v smislu točke 26.1 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Vendar to ne spremeni tega, da je v sklepu o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 določeno, da se kot poslovna skrivnost »štejejo podatki povezani s« »pogodbenimi partnerji družbe«, pa tudi »pogodbenimi cenami«.

Državna revizijska komisija že vsaj zaradi besedila »štejejo podatki povezani s« »pogodbenimi cenami« iz sklepa o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 ni mogla ugotoviti, da naročnik ne bi smel šteti, da je izbrani ponudnik podatek o vrednosti del, ki je naveden v obrazcu 7, s sklepom o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 določil kot poslovno skrivnost. Čeprav obrazca 7 ni podpisal izbrani ponudnik po svojem predstavniku, temveč podizvajalec po svoji pooblaščenici osebi, je podatek o vrednosti del, ki je naveden v obrazcu 7, podatek, ki vpliva tudi na izbranega ponudnika in ne le podizvajalca. Izbrani ponudnik bo namreč v pogodbenem razmerju s podizvajalcem za dela, ki so navedena v obrazcu 7, ta dela pa bodo odplačna. Podizvajalec namreč ni pogodbeni stranka z naročnikom in zato od njega ne prevzema posla, temveč ga prevzema od izbranega ponudnika, saj bi bil izbrani ponudnik pogodbeni stranka z naročnikom (prim. drugo poved iz prvega odstavka 94. člena ZJN-3).

Državna revizijska komisija pa tudi ni mogla ugotoviti, da naročnik ne bi smel šteti, da je izbrani ponudnik podatke za vrsto del, ki jih bo izvedel podizvajalec, ter podatke o predmetu, količini ter kraju in roku izvedbe teh del, ki so navedeni v obrazcu 7, s sklepom o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 določil kot poslovno skrivnost, čeprav sklep o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 izrecno ne navaja pojmov vrsta del, ki jih bo izvedel podizvajalec, predmet, količina ter kraj in rok izvedbe del niti ne vsebuje besed, ki bi navedene pojme predstavile kot skupek. Kot bistveno je namreč treba upoštevati, da izbrani ponudnik kot poslovno skrivnost šteje podatke, ki so »povezani« in so torej v neki odvisnosti ali zvezi s pojmi »pogodbeni partnerji družbe« in »tehnika izvajanja pogodbenih del«. Izbranega ponudnika (vloga z dne 24. 2. 2022, str. 2–3) in naročnika (dokument »Odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo« z dne 9. 3. 2022, str. 5) je treba razumeti, da se sklicujeta ravno na to tolmačenje. Državna revizijska komisija sicer ne nasprotuje naročniku, ki se je skliceval na stališča iz zadev št. 018-278/2013, 018-110/2015 in 018-213/2016, vendar ne glede na to, ali so bili v navedenih treh zadevah sklepi o določitvi poslovne skrivnosti bolj določni, kot je sklep o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021, je treba upoštevati, da je obrazec 7 izpolnjen tudi s podatki za vrsto del, ki jih bo izvedel podizvajalec, predmet, količino ter kraj in rok izvedbe del, s čimer je predstavljena vsebina pogodbenega razmerja med dvema pravnima osebama zasebnega prava, taki podatki pa sami po sebi niso javni in tudi niso kateri izmed podatkov iz drugega odstavka 35. člena ZJN-3. Tako je treba razumeti, da izbrani ponudnik ne želi razkrivati svojega pogodbenega odnosa z drugo osebo zasebnega prava. Iz vlagateljevih navedb tudi ni konkretno razvidno, kako bi si lahko izboljšal položaj v postopku pravnega varstva po ZPVPJN, če bi bil sicer seznanjen s temi podatki. Državna revizijska komisija sicer tudi ni ugotovila, da se podatki, ki so vpisani v obrazec 7, nanašajo na že izveden posel in torej ne morejo biti niti referenca, temveč so to podatki, ki se nanašajo na del posla, za katerega si izbrani ponudnik s sodelovanjem v tem postopku oddaje naročila prizadeva pridobiti v izvedbo.

Vlagatelj je v seznamu dokumentacije naštel (zahtevke za revizijo, str. 4):

- v četrti alineji: pogodbo št. 06-02-2018-DH, pri čemer je navedel, da je bila »vsebinska« »v celoti zakrita«.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izbrani ponudnik predložil pogodbo št. 06-02-2018-DH za obrazcem 5, kar glede na podatek iz obrazca 1 (tj. št. 4-1-2019/DH) kaže, da to ni ista številka pogodbe. Pogodba št. 06-02-2018-DH se poleg tega nanaša na drugo obdobje in je v njej navedena tudi druga pogodbeni vrednost kot v pogodbi št. 4-1-2019/DH. Iz navedenega je tako mogoče razumeti, da je vlagatelj pogodbo št. 06-02-2018-DH predložil kot dokazilo za izpolnjevanje pogoja iz točke 40.3 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ki se nanaša na kadrovske pogoje. Državna revizijska komisija tudi ugotavlja, da je v pogodbi št. 06-02-2018-DH na obeh straneh v desnem zgornjem kotu navedeno »POSLOVNA SKRIVNOST«, zraven pa sta še podpis in žig izbranega ponudnika. Kot je razvidno iz pogodbe št. 06-02-2018-DH, se ta nanaša na pogodbeno razmerje med dvema subjektoma (pravnima osebama)

zasebnega prava, ki nista ne zavezanca za izvajanje javnega naročanja ne za zagotavljanje dostopa do informacij javnega značaja po ZDIJZ, zato se za pogodbo št. 06-02-2018-DH ne uporablja peti odstavek 10.a člena ZDIJZ o objavi javno dostopnih informacij javnega značaja, hkrati pa kakšen drug predpis za tako pogodbo ne zahteva, da mora biti javno objavljena, zato podatki, ki jih ta pogodba vsebuje, sami po sebi niso javni in tudi niso kateri izmed podatkov iz drugega odstavka 35. člena ZJN-3. Vsebina pogodbe med dvema subjektoma zasebnega prava, s katero sta uredila medsebojno odplačno razmerje zaradi poslovanja na trgu, tako ni splošno znana. Državna revizijska komisija dodaja, da so navedbe, s katerimi vlagatelj sicer nasprotuje naročniku, ker mu ni omogočil seznanitve z vsebino te pogodbe, dejansko le splošne.

Državna revizijska komisija je sicer ugotovila, da se podatki iz pogodbe št. 06-02-2018-DH nanašajo na že izveden posel, vendar ti niso že referenca, saj je pogodba dokazilo, da je bil pravni posel med dvema subjektoma sklenjen. Iz vlagateljevih navedb tudi ni konkretno razvidno, kako bi si lahko izboljšal položaj v postopku pravnega varstva po ZPVPJN, če bi bil sicer seznanjen s podatki iz pogodbe št. 06-02-2018-DH, saj izbrani ponudnik z njo ni dokazoval izpolnjevanja referenčnega pogoja iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

V pogodbi št. 06-02-2018-DH so navedeni tudi posamezni osebni podatki, med drugim za odgovorno osebo, ki jo je izbrani ponudnik glede na predložena dokazila v ponudbi imenoval za vodjo projekta, da bi zadostil zahtevi iz točke 40.3 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Podatek o imenu in priimku odgovorne osebe po pogodbi št. 06-02-2018-DH, ki bi bila vodja projekta za to naročilo, je osebni podatek v smislu 1. točke 6. člena ZVOP-1, zato bi bil kot tak varovan (gl. tretjo poved iz petega odstavka 35. člena ZJN-3), saj ni izjema iz drugega odstavka 35. člena ZJN-3 in tudi ni podatek, ki bi bil javen zaradi vpisov v javne registre, s katerimi upravlja AJPES. Vendar zgolj zaradi zakritja imena in priimka te osebe v pogodbi št. 06-02-2018-DH vlagatelju še ni bilo onemogočeno ali oteženo navajanje dejstev ali predlaganje dokazov v zvezi z njo že v zahtevku za revizijo, saj je naročnik sicer večinoma zakril podatke o njej v dokazilih, ki jih je izbrani ponudnik predložil v ponudbi, vendar je dvakrat ostal nezakrit podatek o imenu in priimku v izpisu Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje z dne 4. 10. 2021 [osmi in deveti razdelek na str. 1 tega dokumenta; gl. prilogo »2 del« (priponka v formatu .pdf, str. 110-112, gl. str. 110) k zahtevku za revizijo], nezakrit pa je ostal tudi rojstni datum [gl. prilogo »2 del« (priponka v formatu .pdf, str. 110–112, gl. str. 110) k zahtevku za revizijo]. Iz navedenega je tako tudi razvidno, da četudi bi bilo treba podatek o vodji projekta (ime in priimek) zaradi uporabe merila »delovne razmere pri ponudniku« tolmačiti tako, da bi bil to lahko javni podatek v smislu drugega odstavka 35. člena ZJN-3, ker bi to bil eden izmed podatkov, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril, ni mogoče spregledati, da vlagatelj ni uveljavljal, da bi bil upravičen do seznanitve do tega podatka na tej osnovi, kot že navedeno, pa se je kljub zakrivanju tega podatka lahko vseeno seznanil z njim še pred vložitvijo zahtevka za revizijo.

Državna revizijska komisija tudi ugotavlja, da se podatki oziroma dokumentacija, ki jih je vlagatelj naštel v peti do osmi alineji, tako kot obrazec 1, nanašajo na izpolnjevanje referenčnega pogoja (točka 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila), zato je obravnavala vlagateljeve navedbe v zvezi z dostopom do vseh teh delov ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika (torej do tistih delov ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika iz pete, šeste, sedme in osme alineje seznama dokumentacije) skupaj.

Vlagatelj je seznamu dokumentacije naštel (zahtevke za revizijo, str. 4):

- v peti alineji: dokument »*Načrt prezračevalnega sistema*«, pri čemer je navedel, da je bila »vsebina« »v celoti zakrita«,

- v šesti alinei: dokument »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*«, pri čemer je navedel, da so bili zakriti podatki o prejemniku predloga in podatki med opombami,
- v sedmi alinei: pogodbo št. 4-1-2019/DH, pri čemer je navedel, da je bila »vsebinska« »v celoti zakrita«,
- v osmi alinei: dokument »*Dopolnitev ponudbe za JN471/21 Redni pregled ter čiščenje in dezinfekcija ventilacije v letih 2022, 2023, 2024*« z dne 2. 12. 2021, pri čemer ni navedel konkretno, v katerem delu je bil zakrit, vpogled v prilogo »3 del« (priponka v formatu .pdf, str. 79–80) k zahtevku za revizijo pa pokaže, da je bil zakrit le podatek o naslovu lokacije objekta iz referenčnega posla.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je tudi »*Načrt prezračevalnega sistema*« označen kot poslovna skrivnost, saj je v njem to izrecno navedeno v levem zgornjem kotu, zraven pa sta še datum in podpis. Vlagatelj je sicer nasprotoval naročniku, ker mu ni omogočil seznanitve s tem načrtom, ker da ga ne bi smel upoštevati kot poslovno skrivnost, vendar so vlagateljeve navedbe (tudi v delu zahtevka za revizijo, v katerem je vlagatelj izpodbijal samo vsebino referenčnega posla, str. 7–8 zahtevka za revizijo) le splošne in ne konkretno usmerjene v to, zakaj konkretno naročnik ne bi smel šteti, da tak načrt ne bi smel predstavljati poslovne skrivnosti.

Državna revizijska komisija pritruje vlagatelju (zahtevke za revizijo, 5), da dokument »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*« ne vsebuje oznake »ZAUPNO« ali »POSLOVNA SKRIVNOST«, pritruje pa mu tudi, da so zakriti podatki o naročniku in podatki med opombami. Vendar vpogled v nezakriti dokument »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*« pokaže, da zakriti podatki enako razkrivajo, kdo je nasprotna stranka. To pa je subjekt zasebnega prava in ni zavezanec ne za izvajanje javnega naročanja ne za zagotavljanje dostopa do informacij javnega značaja po ZDIJZ, podatek o nasprotni stranki pa sicer sam po sebi ni javen podatek. Podatek o subjektu (firma) je mogoče šteti za »podat[ek,] povezan[...] s pogodbenimi partnerji družbe« v smislu sklepa o določitvi poslovne skrivnosti z dne 1. 9. 2021 in je bil torej ta podatek po volji izbranega ponudnika označen za poslovno skrivnost. Vendar neodvisno od tega, ali so izpolnjene vse tri zahteve iz prvega odstavka 2. člena ZPosS, da bi bil podatek o nasprotni stranki lahko označen za poslovno skrivnost, ostaja dejstvo, da neseznanitev s firmo nasprotne stranke z vpogledom v dokument »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*« vlagatelju ne zmanjšuje obsega informacij, s katerimi je bil seznanjen še pred vpogledom v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika. Vlagatelj je bil, kot že ugotovljeno, že ob seznanitvi z odločitvijo o oddaji naročila seznanjen s tem, kdo je nasprotna stranka in torej pogodbeni partner izbranega ponudnika pri referenčnem poslu (torej referenčni naročnik), zato bi lahko tudi že ob vložitvi zahtevka za revizijo uveljavljal kršitve in dejstva, ki bi se nanašala vsaj na subjekt referenčnega naročnika (npr. da ta subjekt ne obstaja), in v zvezi s tem predlagal dokaze. Da vlagatelju ni bilo ne onemogočeno ne oteženo navajanje dejstev in dokazov zaradi neseznanitve s firmo nasprotne stranke z vpogledom v dokument »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*«, potrjuje že vlagatelj sam (zahtevke za revizijo, str. 6, tretji odstavek), saj je vlagatelj med drugim navedel, da »[v] dokaz je izbrani ponudnik predložil tudi *Predlog za medsebojno kompenzacijo*, ki je sicer delno zakrit, vendar je mogoče iz vseh navedb v postopku razbrati, da gre za *Predlog za medsebojno kompenzacijo med izbranim ponudnikom in družbo B[...] d.o.o.*, ki je bila naslovljena na izbranega ponudnika«. Državna revizijska komisija dodaja, da tudi sicer ne more biti ključno, iz katerega dokumenta se je vlagatelj seznanil s podatkom o nasprotni stranki (vlagatelj se je s tem podatkom namreč seznanil že iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022), saj je ključno, da se je s tem podatkom seznanil, pri tem pa ga je z njim seznanil naročnik, še preden je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je tudi v pogodbi št. 4-1-2019/DH na obeh straneh v desnem zgornjem kotu navedeno »POSLOVNA SKRIVNOST«, zraven pa sta še podpis in žig

izbranega ponudnika. Kot je razvidno iz pogodbe št. 4-1-2019/DH, se ta nanaša na pogodbeno razmerje med dvema subjektoma (pravnima osebamama) zasebnega prava, ki nista ne zavezanca za izvajanje javnega naročanja ne za zagotavljanje dostopa do informacij javnega značaja po ZDIJZ, zato se za pogodbo št. 4-1-2019/DH ne uporablja peti odstavek 10.a člena ZDIJZ o objavi javno dostopnih informacij javnega značaja, hkrati pa kakšen drug predpis za tako pogodbo ne zahteva, da mora biti javno objavljena, zato podatki, ki jih ta pogodba vsebuje, sami po sebi niso javni in tudi niso kateri izmed podatkov iz drugega odstavka 35. člena ZJN-3. Vsebina pogodbe med dvema subjektoma zasebnega prava, s katero sta uredila medsebojno odplačno razmerje zaradi poslovanja na trgu, tako ni splošno znana. Kot pa je Državna revizijska komisija že navedla v obrazložitvi tega sklepa, je bil vlagatelj kljub neseznantitvi z vsebino pogodbe št. 4-1-2019/DH z vpogledom vanjo seznanjen z vsebino te pogodbe glede izpolnjevanja referenčnega pogoja, saj je naročnik v dokumentu »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 citiral njeno vsebino (in sicer podatek o referenčnem naročniku, vsebini referenčnega posla iz 1. člena pogodbe, ki po obsegu odstopa od obsega iz obrazca 1, ter lokaciji, obdobju izvedbe in vrednosti referenčnega posla).

Državna revizijska komisija neodvisno od ugotovitve, ali je naročnik imel podlago, da v dokumentu »*Dopolnitev ponudbe za JN471/21 Redni pregled ter čiščenje in dezinfekcija ventilacije v letih 2022, 2023, 2024*« z dne 2. 12. 2021 zakrije podatek o lokaciji objekta iz referenčnega posla, vlagatelju zaradi tega ni ne onemogočil ne otežil navajanja dejstev in predlaganja dokazov, ki bi bili v povezavi z lokacijo objekta iz referenčnega posla. Naročnik je namreč že v dokumentu »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 (str. 2) navedel kraj, v katerem se nahaja referenčni objekt, tega podatka pa naročnik ni zakril niti v obrazcu 1. Naročnik je torej vlagatelja seznanil s tem podatkom, še preden je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo. Da je naročnik vlagatelja očitno seznanil s potrebnimi podatki, dokazuje že vlagatelj sam, saj je v zahtevku za revizijo na str. 7, in sicer v 12. vrstici v drugem odstavku, navedel natančen naslov objekta referenčnega naročnika, na str. 8 zahtevka za revizijo pa je v prvi vrstici predlagal izvedbo dokaza, ki naj se ga izvede na lokaciji objekta referenčnega naročnika.

Državna revizijska komisija v zvezi z dokumentom »*Dopolnitev ponudbe za JN471/21 Redni pregled ter čiščenje in dezinfekcija ventilacije v letih 2022, 2023, 2024*« z dne 2. 12. 2021, kot je to predhodno napovedala v obrazložitvi tega sklepa, tudi ugotavlja, da se v odgovoru na prvo vprašanje nahaja tudi podatek o vrednosti referenčnega posla, potem ko je izbrani ponudnik »*odštel vrednost del, ki se nanaša na čiščenje opreme in ni predmet reference*« (gl. naročnikov citat iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022, str. 3), ta vrednost pa je enaka tisti, ki jo je naročnik navedel v dokumentu »*Odločitev o zavrnitvi zahtevka za revizijo*« z dne 9. 3. 2022, str. 8. Naročnik je torej vlagatelja še pred vložitvijo zahtevka za revizijo seznanil tudi s tem, katero vrednost referenčnega posla je upošteval pri ugotavljanju izpolnjevanja referenčnega pogoja iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Državna revizijska komisija na podlagi vsega do sedaj predstavljenega ni mogla zaključiti, da bi naročnik vlagatelju onemogočil ali otežil uveljavljanje učinkovitega pravnega varstva, saj tudi če bi bilo morebiti treba šteti, da bi moral naročnik vlagatelju omogočiti vpogled v katerega izmed podatkov v katerem izmed dokumentov, ki jih je vlagatelj konkretiziral, ni mogoče spregledati dejstva, da vlagatelj v nekaterih primerih niti z možnostjo vpogleda v dokumentacijo ne bi mogel doseči uspeha v postopku pravnega varstva zaradi razlogov, ki jih je Državna revizijska komisija predstavila pri obravnavi posameznih podatkov, ni pa mogoče spregledati niti dejstva, da je naročnik vlagatelja v posameznih primerih seznanil z istimi podatki v drugih dokumentih, še preden je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo. Vlagateljeva informiranost tako ni manjša od tiste, kot naj bi mu jo omogočal ZJN-3. Tako tudi ni mogoče ugotoviti, da bi zaradi tega naročnik do

vlagatelja kršil načelo transparentnosti javnega naročanja (6. člen ZJN-3), kot je navedel vlagatelj (zahtevek za revizijo, str. 5). Naročnik je sicer tudi moral upoštevati varstvo poslovne skrivnosti. Dejstvo, da je naročnik kljub dolžnosti varstva poslovne skrivnosti razkril določene podatke v dokumentu »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« št. 472/21 z dne 9. 2. 2022 ali katerem izmed dokumentov, ki jih je posredoval 15. 2. 2022 po elektronski pošti na pooblaščenčev elektronski naslov, tudi ne more pomeniti, da bi morala Državna revizijska komisija šteti, da ti podatki kot taki ne bi bili poslovna skrivnost, če bi sicer izpolnjevali vse tri zahteve iz prvega odstavka 2. člena ZPosS za poslovno skrivnost, temveč bi se prej odprlo vprašanje o kršitvi varstva poslovne skrivnosti in posledic, ki iz takega ravnanja izvirajo, in sicer v razmerju med naročnikom in izbranim ponudnikom. Vendar z vidika vlagatelja je v tej zadevi relevantno to, da je vlagatelj s seznanitvijo s posameznimi podatki še pred vložitvijo zahtevka za revizijo imel možnost navajati dejstva in predlagati dokaze že v zahtevku za revizijo ter s tem izpodbijati odločitev o oddaji naročila izbranemu ponudniku. Pogoji, ki je določen v drugi povedi iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN, tako ni izpolnjen, zato Državna revizijska komisija ni mogla odločiti, da se vlagatelju dovoli vpogled v dokumentacijo in da v petih delovnih dneh od dneva vpogleda, dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki bi jih pridobil pri vpogledu v dokumentacijo. Državna revizijska komisija pri tem tudi ponavlja, da vlagatelj izrecnih navedb, da mu je naročnik kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, ker mu ni razkril osebnih podatkov, ni podal, saj se izrecne navedbe nanašajo le na poslovne skrivnosti.

Državna revizijska komisija je v nadaljevanju obravnavala navedbe, s katerimi je vlagatelj po vsebini uveljavljal, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna v smislu 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 in zato niso izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 89. člena ZJN-3, da odda naročilo izbranemu ponudniku.

Dopustna ponudba je skladno z 29. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3 ponudba, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je prispela pravočasno, pri njej ni dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija, naročnik je ni ocenil za neobičajno nizko in cena ne presega zagotovljenih sredstev naročnika

Državna revizijska komisija je najprej obravnavala tiste vlagateljeve navedbe, ki se nanašajo na to, da je naročnik neupravičeno zaključil, da izbrani ponudnik izpolnjuje referenčni pogoj.

Naročnik lahko skladno s točko c prvega odstavka 76. člena ZJN-3 določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo na tehnično in strokovno sposobnost. Glede tehnične in strokovne sposobnosti lahko naročnik skladno s prvo povedjo iz desetega odstavka 76. člena ZJN-3 določi zahteve, s katerimi zagotovi, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila v skladu z ustreznim standardom kakovosti, pri čemer naročnik lahko skladno z drugo povedjo iz desetega odstavka 76. člena ZJN-3 zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkažejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih naročil. Naročnik skladno z dvanajstim odstavkom 76. člena ZJN-3 v, med drugim, obvestilu o javnem naročilu navede zahtevane pogoje za sodelovanje, ki so lahko izraženi kot najnižja stopnja usposobljenosti, vključno z ustreznimi dokazili. Naročnik skladno s prvo povedjo iz drugega odstavka 77. člena ZJN-3 lahko zahteva le dokazila, določena v 77. in 78. členu ZJN-3. V točki b osmega odstavka 77. člena ZJN-3 je določeno, da tehnične sposobnosti gospodarskega subjekta, ki jih naročnik preverja v skladu s 77. členom ZJN-3, lahko gospodarski subjekt glede na vrsto, količino ali pomen ter uporabo, med drugim, storitev izkaže s seznamom najpomembnejših opravljenih storitev v zadnjih treh letih skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov, zaradi zagotovitve

ustrezne ravni konkurence pa lahko naročnik po potrebi navede, da bo upošteval dokazila o ustreznih opravljenih storitvah izpred več kot treh let.

Ob predložitvi prijav za sodelovanje ali ponudb naročnik skladno s točko b prvega odstavka 79. člena ZJN-3 namesto potrdil, ki jih izdajajo javni organi ali tretje osebe, sprejme enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila (ESPD), ki vključuje posodobljeno lastno izjavo, kot predhodni dokaz, da določen gospodarski subjekt izpolnjuje ustrezne pogoje za sodelovanje, določene v skladu s 76. členom ZJN-3. Naročnik pred oddajo javnega naročila od ponudnika, kateremu se je odločil oddati javno naročilo, skladno s prvo povedjo iz sedmega odstavka 79. člena ZJN-3 zahteva, da predloži najnovejša dokazila v skladu s 77. členom ZJN-3, skladno z drugo povedjo iz sedmega odstavka 79. člena ZJN-3 pa lahko naročnik pozove gospodarske subjekte, da dopolnijo ali pojasnijo tudi potrdila, predložena v skladu s 77. členom ZJN-3.

Naročnik pred oddajo javnega naročila skladno z drugim odstavkom 89. člena ZJN-3 preveri obstoj in vsebino podatkov oziroma drugih navedb iz ponudbe ponudnika, kateremu se je odločil oddati javno naročilo.

Če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjeki, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, lahko naročnik skladno s prvo povedjo iz petega odstavka 89. člena ZJN-3 zahteva, da gospodarski subjeki v ustreznem roku predložijo manjkajoče dokumente ali dopolnijo, popravijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave in transparentnosti. Predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije se skladno s tretjo povedjo iz petega odstavka 89. člena ZJN-3 lahko nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, je mogoče objektivno preveriti.

Naročnik je referenčni pogoj (točka 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila) določil tako, da ga sestavljajo elementi, ki se nanašajo na:

- količino referenčnih poslov (tj. najmanj en referenčni posel),
 - vsebino referenčnega posla (tj. istovrstna oziroma podobna storitev, kot je predmet javnega naročila, pri čemer se istovrstnost oziroma podobnost nanaša na storitve na energetskih ali industrijskih objektih),
 - obdobje izvedbe referenčnega posla (tj. od 1.1. 2017 do 31. 12. 2020)
- in
- vrednost referenčnega posla (tj. preseganje vrednosti 100.000 eurov brez DDV v enem koledarskem letu).

Naročnik je kot dokazilo za izpolnjevanje pogoja iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila zahteval predložitev obrazca 1, pa tudi obrazca ESPD. Izbrani ponudnik je oba obrazca tudi predložil v ponudbo.

Kot že ugotovljeno pri obravnavi kršitve pravice do vpogleda v zvezi z obrazcem 1, obrazec 1 vsebuje posamezne razdelke za vpis podatkov o referenčnem poslu.

Obrazec ESPD je glede na uvodno poved iz prvega odstavka 79. člena ZJN-3 predhodni dokaz, ki olajša gospodarskim subjektom sodelovanje pri oddaji naročila, da ne prilagajo že vseh dokazil v ponudbo. ESPD namreč skladno s tretjim odstavkom 79. člena ZJN-3 predstavlja uradno izjavo gospodarskega subjekta, da, med drugim, izpolnjuje pogoje za sodelovanje, hkrati pa zagotavlja ustrezne informacije, ki jih zahteva naročnik, poleg tega je v ESPD naveden uradni organ ali tretja oseba, odgovorna za izdajo dokazil, vključuje pa tudi uradno izjavo o tem, da bo gospodarski subjekt na zahtevo in brez odlašanja sposoben predložiti ta dokazila.

Državna revizijska komisija je vpogledala v obrazec ESPD in ugotovila, da je naročnik v delu IV uporabil oddelek *a* (*Skupna navedba za vse pogoje za sodelovanje*), ne pa oddelka *C* (*Tehnična in strokovna sposobnost*), zato je omogočil gospodarskim subjektom, da se izjavijo le z »Da« ali »Ne« o trditvi »Izpolnjuje vse zahtevane pogoje za sodelovanje, navedene v ustreznem obvestilu ali dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, na katero se sklicuje obvestilo«.

Iz obrazca ESPD, ki ga je izbrani ponudnik predložil v ponudbo, je razvidno, da je odgovoril z »Da« na trditev »Izpolnjuje vse zahtevane pogoje za sodelovanje, navedene v ustreznem obvestilu ali dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, na katero se sklicuje obvestilo«, zato je vlagatelj s tem, ko je uveljavljal, da izbrani ponudnik nima zahtevane reference, po vsebini izpodbijal tudi izpostavljeno izjavo v obrazcu ESPD, ki jo je podal izbrani ponudnik, kolikor se nanaša na izpolnjevanje referenčnega pogoja, čeprav vlagatelj ni omenjal tudi obrazca ESPD.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da je naročnik smel ugotoviti, da je izbrani ponudnik predložil zahtevana obrazca 1 in ESPD, saj je samo njiju zahteval v točki 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila kot dokazili. Čeprav je naročnik v točki 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila zapisal, da »si pridržuje pravico, da zahteva dodatna dokazila (na primer: pogodbo z naročnikom oz. investitorjem ali delodajalcem, obračun, končno situacijo, potrdilo o izplačilu, ...) za navedene reference oziroma reference preveri neposredno pri naročniku oz. investitorju ali delodajalcu«, je »dodatna dokazila« treba obravnavati bodisi kot preveritev ponudbe v smislu drugega odstavka 89. člena ZJN-3 bodisi kot pojasnila, in sicer neodvisno od tega, ali bi to bila pojasnila v smislu druge povedi iz sedmega odstavka 79. člena ZJN-3 ali petega odstavka 89. člena ZJN-3. S temi »dodatnimi dokazili« naročnik bodisi ugotavlja, ali lahko upošteva podatke, ki so navedeni v obrazcu 1, in izjavo iz obrazca ESPD, kolikor se nanaša na izpolnjevanje referenčnega pogoja, bodisi odpravlja nejasnosti pri tolmačenju podatkov, ki so navedeni v obrazcu 1. Vlagatelj je sicer navedel (zahtevek za revizijo, str. 7–8), da bi moral naročnik zahtevati od izbranega ponudnika, da predloži še druga dokazila (npr. vse dejansko izstavljene račune po predlogu za medsebojno kompenzacijo in projektno dokumentacijo), vendar ne določb ZJN-3 o preveritvi ponudb ne določb ZJN-3 o pojasnilih ponudb ni mogoče tolmačiti tako široko, kot je to uveljavljal vlagatelj. Naročnik mora namreč imeti določeno svobodo, do katere točke bo še preverjal ponudbo ali zahteval pojasnila o njej, pri čemer morajo biti njegova ravnanja tudi skladna z načelom sorazmernosti (8. člen ZJN-3). Pretiranosti zahtev za predložitev še nadaljnjih dokazil, kot je predlagal vlagatelj, nasprotujejo tudi siceršnja izhodišča iz prve povedi iz drugega odstavka 77. člena ZJN-3 in točke b osmega odstavka 77. člena ZJN-3, ki naročnika pri pripravi zahtev, ki jih vključi v obvestilo o naročilu – gospodarske javne službe in dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila, omejujejo pri določanju dokazil glede referenčnega pogoja. Kot je razvidno iz točke b osmega odstavka 77. člena ZJN-3, je kot primerno dokazilo določen že seznam najpomembnejših opravljenih storitev v zadnjih treh letih skupaj z zneski, datumi in navedbo javnih ali zasebnih naročnikov. Naročnik je v primeru tega naročila zahteval predložitev obrazca 1, ki je izjava tretje osebe (referenčnega naročnika) o vsebini referenčnega posla, in izbrani ponudnik je tako izjavo tudi predložil.

Državna revizijska komisija je vpogledala v pogodbo št. 4-1-2019/DH in dodatna dokazila, ki jih je izbrani ponudnik predložil na naročnikova poziva iz novembra 2021 (natančen datum ni znan, saj ni naveden v posredovanem dokumentu) in z dne 13. 12. 2021 k dopisoma z dne 2. 12. 2021 in 15. 12. 2021, pri tem pa je ugotovila, da sta se referenčni naročnik in izbrani ponudnik dogovorila za izvedbo storitev, za katere ni mogla zaključiti, da naročnik ne bi smel razumeti, da niso istovrstne ali podobne, kot je predmet javnega naročila. Kot je razvidno iz 1. člena pogodbe št. 4-1-2019/DH ter prvega odstavka 3. člena in četrtega odstavka 4. člena pogodbe št. 4-1-

2019/DH, sta se referenčni naročnik in izbrani ponudnik dogovorila za izvedbo 24 periodičnih čiščenj prezračevalnega sistema v objektu referenčnega naročnika v letu 2019 v vrednosti, ki presega 100.000 eurov brez DDV. Čeprav se je s pojasnili z dne 2. 12. 2021 izkazalo, da vrednost, ki je navedena v obrazcu 1, zajema tudi storitve, ki se ne upoštevajo po referenčnem pogoju iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in je bila vrednost, ki je bila navedena v obrazcu 1, vrednost celotne pogodbe, vrednost, ki jo je pojasnil izbrani ponudnik z dopisom z dne 2. 12. 2021, še vedno presega minimalno vrednost 100.000 eurov brez DDV. Državna revizijska komisija pri tem poudarja, da ni le izbrani ponudnik tisti, ki je v postopku oddaje naročila uveljavljal, da je izvedel referenčna dela (npr. izjava v obrazcu ESPD, del IV, oddelek a; prim. z rešitvijo iz točke b osmega odstavka 77. člena ZJN-3), to je izjavil tudi referenčni naročnik (obrazec 1). Državna revizijska komisija poleg tega ugotavlja, da iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ne izhaja, da se priznajo samo izvedena referenčna dela, ki bodo plačana, temveč je razvidno, da se upošteva, ali izvedena referenčna dela presegajo določeno minimalno vrednost. Ne v pogodbi št. 4-1-2019/DH ne v ponudbi št. 27-12-2018/DH-1, na kateri temelji pogodba št. 4-1-2019/DH, ni omenjen podizvajalec Leks, d. o. o., Ljubljana, sicer pa niti iz predloženih dodatnih dokazil ne izhaja, da ni bil izbrani ponudnik tisti, ki je izvajal referenčna dela.

Vlagateljeve navedbe, da ni ne logično ne življenjsko, da je izbrani ponudnik opravil storitve pri referenčnem naročniku mesečno (zahtevek za revizijo, str. 7), ne podpirajo 1. člen pogodbe št. 4-1-2019/DH ter prvi odstavek 3. člena in četrti odstavek 4. člena pogodbe št. 4-1-2019/DH v povezavi z izjavo referenčnega naročnika, kot jo je podal v obrazcu 1. Niti vlagateljevo sklicevanje (zahtevek za revizijo, str. 7) na PPKS ni utemeljeno, saj je stvar svobodne odločitve pogodbenih strank, ali se zagotovi pogostejše čiščenje prezračevalnega sistema pri referenčnem naročniku, kot naj bi zahteval PPKS. Da se je vlagatelj seznanil s tem, da je izbrani ponudnik za referenčnega naročnika dvakrat mesečno čistil prezračevalni sistem, je razvidno iz dopisa z dne 2. 12. 2021, saj pojasnil o tem naročnik ni zakril, ko je ta dopis posredoval 15. 2. 2022 po elektronski pošti na pooblaščenčev elektronski naslov. Izbrani ponudnik je k dopisu z dne 2. 12. 2021 predložil tudi 12 delovnih nalogov, ki ju je sopodpisal referenčni naročnik, iz njih pa je razvidno, da sta za vsak mesec v letu 2019 navedena dva datuma. Vlagatelj se je z deloma zakritimi delovnimi nalogi seznanil [gl. prilogo »3 del« (priponka v formatu .pdf, gl. str. 91–102) k zahtevku za revizijo], pri čemer so v vseh navedena po dva datuma, ki vlagatelju niso bili zakriti.

Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju (zahtevek za revizijo, str. 6–7), da so v dokumentu »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*« z dne 24. 2. 2020 številke računov, po katerih referenčni naročnik dolguje izbranemu ponudniku enake zneske, navedene v zaporedju, pri čemer se račun št. 000007/19 z dne 30. 4. 2019 po številki sicer nahaja za računom št. 000006/19, vendar je bil slednji izdan 30. 6. 2019, kar je kasneje, kot je bil izdan račun št. 000007/19, vendar Državna revizijska komisija ni ugotavljala, ali so bile morebiti storjene napake pri izdaji računov ali pa morebiti le napake pri vpisu podatkov v dokument »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*« z dne 24. 2. 2020, saj sta referenčni naročnik in izbrani ponudnik podpisala ta dokument, referenčni naročnik pa je z izjavo v obrazcu 1 uveljavljal, da je prejel protivrednost, kot je navedena v dokumentu »*Predlog za medsebojno kompenzacijo*« z dne 24. 2. 2020, v storitvah čiščenja prezračevalnega sistema v svojem objektu.

Četudi Državna revizijska komisija zanemari vlagateljevo kontradiktorno stališče, saj če »*zelo dobro pozna objekte, ki imajo podobne prezračevalne sisteme, predvsem na območju, na katerem deluje*« (zahtevek za revizijo, str. 8), potem bi lahko neodvisno od poznavanja načrta, ki ga je izbrani ponudnik predložil kot dodatno dokazilo, že v zahtevku za revizijo konkretno navedel, zakaj objekt referenčnega naročnika nima podobnega prezračevalnega sistema, ne pa, da v njem o tem le dvomi, hkrati opozarja, da vlagatelj niti konkretno ne oporeka opisu

dejanskega stanja v objektu referenčnega naročnika, s katerim se je seznanil, ko je naročnik 15. 2. 2022 po elektronski pošti na pooblaščenčev elektronski naslov posredoval, sicer deloma zakrit, dokument »Izjava o dograditvi prezračevalnega sistema« z dne 15. 12. 2021 [gl. prilogo »3 del« (priponka v formatu .pdf, gl. str. 105) k zahtevku za revizijo]. Iz slednjega dokumenta namreč izhaja opis elementov prezračevalnega sistema, vlagatelj pa ni uveljavljal, da taki elementi ne zadoščajo za izpolnitev referenčnega pogoja iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Kakšen je prezračevalni sistem v objektu referenčnega naročnika (npr. vrsta, sestavni elementi), je dejansko in ne pravno vprašanje, zato vlagatelj ne more uspeti z uveljavljanjem argumentov, ki se nanašajo na pravna vprašanja ali pravne kvalifikacije, pa tudi ne z argumenti, ki se sploh ne nanašajo na vsebino referenčnega pogoja iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Tako z vidika referenčnega pogoja iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni relevantno tisto, kar je mogoče pri vlagatelju povzeti kot problematiziranje s projektiranjem prezračevalnih sistemov (saj se referenčni pogoj niti ne nanaša na projektiranje prezračevalnih sistemov), prav tako vlagatelj ne more uspeti z utemeljitvami, da prezračevalni sistem ni primerljiv, če bi bili načrti neskladni s predpisi, ali da prezračevalni sistem v objektu referenčnega naročnika ne bi bil pravilno projektiran. Vlagatelj namreč s temi utemeljitvami bodisi ne problematizira dejanskega stanja bodisi ne problematizira dejanskega stanja, ki je relevantno za referenčni pogoj iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila. Za izpolnjevanje referenčnega pogoja iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je relevantno, ali se v objektu referenčnega naročnika nahaja prezračevalni sistem, ki je primerljiv prezračevalnemu sistemu, ki se nahaja pri naročniku, in torej, ali se tudi v objektu referenčnega naročnika nahaja »klasič[en] prezračevaln[i] sistem[...] za dovod/odvod zraka (klimati, kanali, distribucijski elementi, zaporne lopute), ne pa npr. za drugo čiščenje], kot je npr. industrijsko odsesovanje z zbiralniki odpada« (gl. naročnikov poziv iz novembra 2021; natančen datum ni znan, saj ni naveden v posredovanem dokumentu). Državna revizijska komisija ni mogla šteti, da naročnik ne bi smel upoštevati, da se v objektu referenčnega naročnika nahaja prezračevalni sistem, kot je določen v točki 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, saj je že vsaj iz načrta, ki ga je predložil izbrani ponudnik, razvidno, da se v njem nahajajo posamezni elementi, kot jih je naročnik opredelil za klasičen prezračevalni sistem, to pa potrjujejo tudi podatki iz še vsaj npr. dokumenta »Izjava o dograditvi prezračevalnega sistema« z dne 15. 12. 2021.

Državna revizijska komisija tako ni mogla zaključiti, da naročnik ne bi smel priznati izbranemu ponudniku, da izpolnjuje referenčni pogoj iz točke 40.2 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Državna revizijska komisija je nato obravnavala še tiste vlagateljeve navedbe, ki se nanašajo na pomanjkljivo izpolnjen obrazec ESPD »glede zastopnikov, saj manjkajo podatki o poštnih številkah in elektronskem naslovu«.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izbrani ponudnik predložil dva obrazca ESPD, in sicer enega zase in enega za podizvajalca Leks, d. o. o., Ljubljana.

V obrazcu ESPD, ki se nanaša na izbranega ponudnika, so v delu II, oddelek B navedeni trije zastopniki, pri čemer:

- je pri vseh treh zastopnikih navedena poštna številka, in sicer pri dveh za poljem »Poštna številka«, pri enem pa za poljem »Kraj«, kar pomeni, da se že v obrazcu ESPD tudi za tega tretjega zastopnika nahaja domnevno manjkajoči podatek, pri čemer tudi odsotnost tega podatka ne bi spremenila tega, da je poštna številka, ki se nanaša na zastopnikovo bivališče, v obrazcu ESPD navedena še dvakrat (enkrat pri izbranem ponudniku v delu II,

oddelek A in enkrat pri enem izmed zastopnikov v delu II, oddelek B), zato je naročnik lahko že sam na podlagi podatkov, ki se nahajajo v obrazcu ESPD, preveril poštno številko (prim. drugo poved iz petega odstavka 89. člena ZJN-3),

- pri nobenem izmed teh zastopnikov ni naveden elektronski naslov za poljem »*E-naslov*«, saj je pri dveh za tem poljem naveden internetni naslov izbranega ponudnika (tj. www.venteh.si), pri enem pa ni podatka, vendar sta hkrati iz dela II, oddelek A, ki se nanaša na pravno osebo (izbranega ponudnika), za poljem »*E-naslov*« navedena dva elektronska naslova, in sicer en splošen (tj. info@venteh.si), en pa se nanaša na enega izmed zastopnikov, zato za tega zastopnika ne manjka neposredni elektronski naslov, vendar hkrati dejstvo, da za druga dva zastopnika nista navedena neposredna elektronska naslova, ne spremeni tega, da ima naročnik zanj že v delu II, oddelek B kontaktne podatke (fizični naslov), v delu II, oddelek A pa tudi splošni elektronski naslov izbranega ponudnika, zato sta tudi ta zastopnika naročniku dostopna, sicer pa je naročnik lahko na podlagi splošnega elektronskega naslova v delu II, oddelek A štel, da obrazec ESPD v delu II, oddelek B nima pomanjkljivosti, čeprav pri teh dveh zastopnikih ni bil izrecno zapisan elektronski naslov za poljem »*E-naslov*«.

V obrazcu ESPD, ki se nanaša na podizvajalca, sta v delu II, oddelek B navedena dva zastopnika, pri čemer:

- je pri obeh zastopnikih navedena poštna številka za poljem »*Poštna številka*«,
- pri nobenem izmed teh zastopnikov ni naveden elektronski naslov ne za poljem »*E-naslov*« ne za katerim drugim poljem, vendar je hkrati iz dela II, oddelek A, ki se nanaša na pravno osebo (podizvajalca), razvidno, da je za poljem »*E-naslov*« naveden splošen elektronski naslov (tj. info@leks.si), zato neodvisno od tega, da naročnik ni v pogodbenem razmerju s podizvajalcem (gl. drugo poved iz prvega odstavka 94. člena ZJN-3) in bi bila zastopnika dostopna naročniku po izbranem ponudniku, navedeno ne spremeni tega da ima naročnik zanj že v delu II, oddelek B kontaktne podatke (fizični naslov), v delu II, oddelek A pa tudi splošni elektronski naslov podizvajalca, zato sta tudi ta zastopnika naročniku dostopna, sicer pa je naročnik lahko na podlagi splošnega elektronskega naslova v delu II, oddelek A štel, da obrazec ESPD v delu II, oddelek B nima pomanjkljivosti, čeprav pri zastopnikih ni bil izrecno zapisan elektronski naslov za poljem »*E-naslov*«.

Državna revizijska komisija tako ugotavlja, da niso utemeljene niti vlagateljeve navedbe, ki se nanašajo na izpolnitev obrazca ESPD.

Državna revizijska komisija tako zaključuje, da vlagatelj ni uspel utemeljiti kršitev, zaradi katerih bi bilo treba ugoditi zahtevku za revizijo in razveljaviti odločitev o oddaji naročila, zato je zahtevek za revizijo skladno s prvo alineo prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zavrnila.

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

Vlagatelj ni uspel z zahtevkom za revizijo, zato je Državna revizijska komisija zavrnila njegovo zahtevo za povrnitev stroškov (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN).

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

Pravni pouk:

Zoper odločitev o zahtevku za revizijo je dovoljen upravni spor. Tožba se vložijo neposredno pisno pri Upravnem sodišču Republike Slovenije, Fajfarjeva 33, 1000 Ljubljana, ali pa se mu pošlje po pošti. Rok za vložitev tožbe je 30 dni od vročitve odločitve Državne revizijske komisije.

Predsednica senata:
Nina Velkavrh, univ. dipl. prav.
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.