

Številka: 018-141/2022-9

Datum: 10. 1. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi petega odstavka 31. ter 39. in 75. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/11 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Červeka kot predsednika senata ter Andraža Žvana in Aleksandra Petrovčiča kot članov senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradnja po pogodbenih določilih FIDIC (rumena knjiga) za zmanjšanje poplavne ogroženosti na porečju Bele*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj GODINA, gradbeništvo in druge storitve, d.o.o., Hrpelje, Obrtno industrijska cona Hrpelje 22, 6240 Kozina (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika Ministrstvo za okolje in prostor, Direkcija Republike Slovenije za vode, Mariborska cesta 88, 3000 Celje (v nadaljevanju: naročnik), 10. 1. 2023

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se glede kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo ugotovi tako, da se vlagatelju dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, in sicer:

- v podatke o referencah izbranega ponudnika in kadra (navedene v predloženih dokumentih »Obrazec 9 – Referenčni projekti« in »Obrazec 11 – Ključno osebje« ter v naročnikovem dokumentu »Poziv za predložitve dokazil«, št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022),
- v potrdila referenčnih naročnikov, ki se nanašajo na reference (navedene v predloženih dokumentih »Referenca gospodarskega subjekta«, »Podatki o referenčnem delu za gradnjo« in »Obrazec 10 – Reference gospodarskega subjekta«) ter
- v dopolnitvi ponudbe predložene načrte (ki se nahajajo v dokumentu »DOC057«), izvzemši pri tem osebne in tajne podatke.

Vlagatelj lahko v petih delovnih dneh od dneva vpogleda dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih bo pridobil pri vpogledu v ponudbo izbranega ponudnika. O dopolnitvi ali spremembi zahtevka za revizijo mora vlagatelj obvestiti Državno revizijsko komisijo in naročnika, ki se lahko o tem izjasni v treh delovnih dneh od prejema vlagateljeve dopolnitve ali spremembe zahtevka za revizijo.

Zahtevek za revizijo glede kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo se zavrne nad obsegom vpogleda, kot se vlagatelju dovoli na podlagi tega sklepa Državne revizijske komisije.

2. Odločitev o stroških postopka pravnega varstva se pridrži do končne odločitve o zahtevku za revizijo.

Obrazložitev:

Naročnik je zaradi neuspešnega predhodno izvedenega odprtega postopka (objavljenega na Portalu javnih naročil pod št. objave JN004304/2022-B01) v postopku s pogajanjem brez predhodne objave dne 7. 11. 2022 na Portalu javnih naročil objavil prostovoljno obvestilo za predhodno transparentnost pod št. objave JN007496/2022-L01 in obenem pod št. objave JN007496/2022-ODL01 tudi »*Odločitev o oddaji javnega naročila*«, št. 43030-11/2022-15, z dne 25. 10. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o oddaji javnega naročila). Iz slednje izhaja, da je javno naročilo oddal ponudniku RASPET, d.o.o., Bukovo 67, 5282 Cerklje ob noči (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), katerega ponudba je ekonomsko najugodnejša ter po naročnikovi presoji dopustna. Iz odločitve o oddaji javnega naročila še izhaja, da naročnik vlagateljeve ponudbe, ki je bila manj ugodna, ni preverjal.

Zoper odločitev o oddaji javnega naročila je vlagatelj 11. 11. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem zatrjuje naslednje kršitve:

- da je naročnik kršil pravico do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika, ker vlagatelju ni omogočil vpogleda v celotno ponudbeno dokumentacijo;
- da izbrani ponudnik ni registriran za geološko geomehanske raziskave, naknadna nominacija podizvajalcev pa ni dopustna;
- da je izbrani ponudnik nepravilno in nepopolno izpolnil obrazca ESPD, nepopolno pa ga je izpolnil tudi eden izmed podizvajalcev izbranega ponudnika;
- da izbrani ponudnik ni predložil podpisanega obrazca ESPD;
- da naročnik ni preveril nekaznovanosti za gospodarske subjekte in za vse odgovorne osebe izbranega ponudnika na dan poteka roka za predložitev ponudb;
- da podizvajalec izbranega ponudnika v ponudbi ni predložil pooblastila za pridobitev podatkov iz kazenske evidence, zato naročnik ni imel podlage za preveritev nekaznovanosti tega podizvajalca;
- da v dokumentaciji izbranega ponudnika, ki jo je vlagatelju posredoval naročnik, ni najti Obrazca 2, zato je ponudba izbranega ponudnika tudi iz tega razloga nedopustna.

Vlagatelj zahteva tudi povrnitev specifikiranih stroškov revizijskega postopka.

V zvezi z očitano kršitvijo pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika vlagatelj zatrjuje, da mu naročnik nezakonito ni omogočil vpogleda v reference in referenčna potrdila izbranega ponudnika in priglašenihih kadrov, v analize cen ter v naročnikov poziv in odgovor izbranega ponudnika, ki ga je podal v fazi dopolnitve ponudbe.

Naročnik je v skladu s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN izbranemu ponudniku posredoval kopijo zahtevka za revizijo in prejel njegovo izjasnitev z dne 18. 11. 2022, v kateri nasprotuje vsem vlagateljevim očitkom, tudi glede kršitve pravice do vpogleda (njegovim argumentom je v večjem delu sledil naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo), pri čemer izpostavlja, da je naročnika že v ponudbi seznanil s Pravilnikom o poslovni skrivnosti z dne 1.10. 2022 (v nadaljevanju: Pravilnik o poslovni skrivnosti), s čimer je izpolnjena domneva iz drugega odstavka 2. člena Zakona o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/19; v nadaljevanju: ZPosS), zakrite informacije pa vsebinsko ustrezajo tudi preostalim kriterijem, zahtevanim za določitev poslovne skrivnosti.

Naročnik je s Sklepom, št. 43030-11/2022-34 z dne 25. 11. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo) vlagateljev zahtevek za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi njegovo

zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik zavrača tudi vlagateljeve očitke o kršitvi pravice do vpogleda in izpostavlja:

- da je posamezne dele ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika varoval kot poslovno skrivnost izključno na podlagi in skladno z določbami Pravilnika o poslovni skrivnosti, ki je bil priložen ponudbi;
- da se referenčni posel, ki po obsegu ni nujno enak celotnemu investicijskemu projektu, šteje za referenco izbranega ponudnika, potrjeno s strani njegovega naročnika, ki je v tem primeru gospodarski subjekt iz zasebnega sektorja;
- da analiza cen, skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3, ne predstavlja javnega podatka,
- da je vlagatelju omogočil vpogled v poziv naročnika št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022, in pripadajoče dopolnitve izbranega ponudnika, vendar so bili posamezni podatki na zahtevani dokumentaciji prikriti iz naslova dolžnosti varovanja poslovne skrivnosti.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 29. 11. 2022 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo ni opredelil.

Državna revizijska komisija je na podlagi prvega odstavka 33. člena ZPVPJN izbranega ponudnika z dopisom z dne 14. 12. 2022 pozvala na predložitev pojasnil o tem, (1) kaj predstavljajo informacije na dokumentu »DOC057«, (2) zakaj naj bi informacije na zadevnem dokumentu predstavljale skrivnost, ki ni splošno znana ali lahko dosegljiva osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij, ter (3) zakaj naj bi informacije na tem dokumentu imele tržno vrednost; s tem pozivom je seznanila tudi vlagatelja in naročnika. Izbrani ponudnik je Državni revizijski komisiji pojasnilo posredoval z dopisom z dne 19. 12. 2022. Državna revizijska komisija je to pojasnilo skladno s tretjim odstavkom 32. člena ZPVPJN posredovala vlagatelju in naročniku, pri čemer se naročnik do njega ni opredelil, vlagatelj pa se je opredelil z dopisom z dne 28. 11. 2022, v katerem je navedel, da izbrani ponudnik v pojasnilu priznava številne kršitve (tudi v zvezi z vpogledom), vse navedeno pa je vlagatelj že podrobno utemeljil v svojem zahtevku za revizijo, pri katerem v celoti vztraja.

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

Državna revizijska komisija je pred meritorno obravnavo zahtevka za revizijo preverila, ali je vložen pravočasno in pri naročniku; ali vsebuje vse obvezne sestavine iz 15. člena ZPVPJN; ali ga je vložila aktivno legitimirana oseba iz 14. člena ZPVPJN; ali obstajajo omejitve iz 16. člena ZPVPJN in ali je dopusten. Ker je ugotovila, da so izpolnjeni vsi pogoji iz prvega odstavka 31. člena ZPVPJN, je zahtevek za revizijo na podlagi drugega odstavka 31. člena ZPVPJN sprejela v obravnavo.

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku (poleg drugih kršitev) očita kršitve pri vpogledu v dokumentacijo izbranega ponudnika. Med strankama ni sporno, da je vlagatelj vpogledal v ponudbo izbranega ponudnika, vendar vlagatelj po vsebini uveljavlja, da mu je naročnik s sklicevanjem na poslovno skrivnost omogočil vpogled v manjšem obsegu, kot bi mu ga moral zagotoviti.

Vlagateljeve revizijske navedbe v zvezi z vpogledom v ponudbo izbranega ponudnika je treba presoјati z vidika načela transparentnosti (6. člena ZJN-3) in pravice do vpogleda (35. člena ZJN-3). Iz določbe 6. člena ZJN-3 izhaja, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami obvestil glede javnih naročil

na Portalu javnih naročil in v Uradnem listu Evropske unije. Poleg javnih objav se med drugim transparentnost postopka javnega naročanja zagotavlja tudi s postopkom javnega odpiranja ponudb ter z vpogledom v tiste dele ponudbe in spisovne dokumentacije, ki so skladno z določili ZJN-3 ter pravno prakso Državne revizijske komisije, javni. Medtem, ko se načelo transparentnosti nanaša na postopek oddaje javnega naročila kot celoto in znotraj tega zlasti na objave javnih naročil, dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in postopek odpiranja ponudb, pa za vpogled v ponudbeno dokumentacijo ponudnikov veljajo določene omejitve, povezane z vprašanjem varovanja poslovnih skrivnosti in drugih podatkov (npr. osebnih), ki so varovani v skladu z zakonom.

Namen pravice do vpogleda, ki se opravi v postopku oddaje javnega naročila, je razviden iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN. Ta določa, da mora vlagatelj v primeru, če dejstev in dokazov, s katerimi se kršitve dokazujejo, v zahtevku za revizijo ne more navesti ali predlagati, ker meni, da mu je naročnik kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, v zahtevku za revizijo navesti dejstva in dokaze v zvezi z zatrjevano kršitvijo pravice do vpogleda v dokumentacijo. Vpogled je torej namenjen zagotavljanju učinkovitega pravega varstva oziroma temu, da lahko vlagatelj zahtevek za revizijo pripravi z dejstvi in dokazi o kršitvah, ki se nanašajo na zakonitost naročnikove odločitve in ki vplivajo na njegov položaj v postopku oddaje javnega naročila (prim. 14. člen ZPVPJN). Že na tem mestu pa gre poudariti, da možnosti vpogleda v dokumentacijo ni mogoče razumeti kot abstraktne in neomejene pravice vlagatelja revizijskega zahtevka v smislu preverjanja pravilnosti naročnikove odločitve, ampak je namen vpogleda v pridobitvi dodatnih informacij, ki jih vlagatelj potrebuje za učinkovito uveljavljanje pravega varstva.

Državna revizijska komisija pri tem opozarja, da ugotovitev kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo ne bi bila podlaga za razveljavitev odločitve o oddaji javnega naročila, saj se je ta kršitev lahko najprej zgodila šele po tem, ko je naročnik že sprejel odločitev o oddaji javnega naročila in zato ugotovitev nezakonitosti kasnejšega ravnanja ne bi pomenila, da je nezakonito tudi predhodno ravnanje (tj. sprejem odločitve o oddaji javnega naročila). Vpogled v ponudbo izbranega ponudnika v smislu petega odstavka 35. člena ZJN-3 je namreč ravnanje v postopku oddaje javnega naročila, ki časovno sledi sprejemu odločitve o oddaji javnega naročila izbranemu ponudniku. Vpogled v ponudbo izbranega ponudnika je torej kasnejše ravnanje v postopku oddaje javnega naročila, kot je sprejem odločitve o oddaji javnega naročila, zato kršitve, ki se nanašajo na vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, ne morejo predstavljati utemeljitve, da je odločitev o oddaji javnega naročila izbranemu ponudniku nezakonita.

Na podlagi prvega odstavka 35. člena ZJN-3 naročnik ne sme razkriti informacij, ki mu jih gospodarski subjekt predloži in označi kot poslovno skrivnost, kot to določa zakon, ki ureja gospodarske družbe, če ZJN-3 ali drug zakon ne določa drugače. Naročnik mora zagotoviti tudi varovanje podatkov, ki se glede na določbe zakona, ki ureja varstvo osebnih podatkov in varstvo tajnih podatkov, štejejo za osebne ali tajne podatke. Peti odstavek 35. člena ZJN-3 dalje določa, da mora naročnik v primeru, če je izvedel popoln pregled vseh ponudb, 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, mora omogočiti vpogled vsem ponudnikom. Naročnik ponudniku, ki je v roku treh delovnih dni po objavi odločitve zahteval vpogled, 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.

Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/06 s sprem., v nadaljevanju: ZGD-1) v 39. členu določa, da se za poslovno skrivnost štejejo informacije, ki izpolnjujejo zahteve za

poslovno skrivnost v skladu z zakonom, ki ureja poslovne skrivnosti. Zakon o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/19; v nadaljevanju: ZPosS) tako v prvem odstavku 2. člena določa, da poslovna skrivnost zajema nerazkrito 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.

Domneva se, da je zahteva iz navedene tretje alineje 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, kar izhaja iz drugega odstavka 2. člena ZPosS. Skladno s tretjim odstavkom istega člena pa se za poslovno skrivnost ne morejo določiti informacije, ki so po zakonu javne, ali informacije o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev.

Po samem zakonu so, ne glede na morebitno drugačno označbo s strani ponudnika, skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3, javni tisti podatki, ki predstavljajo specifikacije ponujenega blaga, storitve ali gradnje in količino 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. Če gospodarski subjekt kot poslovno skrivnost določi podatke, ki so po zakonu javni, mora naročnik oznako o poslovni skrivnosti v tem delu spregledati in vpogled v (javne) podatke omogočiti (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-048/2017, 018-117/2019, 018-085/2020). Glede na navedeno naročnik ne more zgolj slediti oznaki »poslovna skrivnost« oz. predloženim sklepom o določitvi poslovne skrivnosti, ampak mora presojati tudi, ali je gospodarski subjekt posamezne podatke upravičeno označil za poslovno skrivnost, saj določenih podatkov (tj. javnih podatkov, podatkov o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev) ni mogoče označiti za poslovno skrivnost.

Splošno pravilo, povezano z vprašanjem zaupnosti dokumentacije ter posledično z vpogledom, je torej, da je mogoče vpogled dovoliti le v tiste dele dokumentacije, ki ne vsebujejo osebnih, tajnih ali zaupnih podatkov oziroma poslovnih skrivnosti. Kot že navedeno, pa so v postopkih javnega naročanja podatki, ki so po zakonu javni in jih gospodarski subjekt ne more označiti kot poslovno skrivnost, določeni v drugem odstavku 35. člena ZJN-3.

Iz odstopljene dokumentacije izhaja, da je vlagatelj z dopisom z dne 25. 10. 2022 zahteval vpogled v celotno ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, dne 9. 11. 2022 pa naročniku posredoval še dva poziva glede dodatnih informacij o posredovani dokumentaciji. Naročnik je vlagatelju posredoval 478 strani ponudbene dokumentacije, pri čemer je določene podatke prikril, ter odgovoril tudi na oba dodatna vlagateljeva poziva. Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik vlagatelju sicer omogočil vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, vendar ne v celotno, saj mu je, skladno s Pravilnikom o poslovni skrivnosti (ki ga je izbrani ponudnik priložil ponudbi), na dokumentih prikril določene podatke.

I. Glede vpogleda v reference izbranega ponudnika in kadrov ter v dopolnitev ponudbe

Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik v predmetnem postopku javnega naročanja kršil načelo transparentnosti in vlagateljevo pravico do vpogleda s tem, ko mu ni omogočil vpogleda v reference izbranega ponudnika in priglašenihih kadrov s sklicevanjem, da gre za »referenco zasebnega sektorja«, prav tako pa so bila vlagatelju v celoti (tj. celotne strani) prikrita referenčna potrdila izbranega ponudnika in kadrov. V nadaljevanju vlagatelj navaja, da reference, kakršne so bile zahtevane, nikakor ne morejo biti reference zasebnega sektorja, saj se v zasebnem

sektorju takšna dela ne naročajo. Posledično, sklicujoč se na prakso Državne revizijske komisije, zatrjuje, da poslovne skrivnosti ne morejo predstavljati reference oz. referenčna potrdila, katerih investitorji so subjekti javnega sektorja. Vlagatelj prav tako zatrjuje, da dokumenti v izbrani ponudbi, ki se nanašajo na reference (torej tudi referenčna potrdila) niso bili označeni kot poslovna skrivnost, v zvezi s slednjim pa, da se z uveljavitvijo ZPosS pravila o ti. objektivni poslovni skrivnosti ne uporabljajo več. Posledično vlagatelju s sklicevanjem na navedeni institut ni dopustno onemogočiti vpogleda v ta del ponudbene dokumentacije, v kolikor pa bi se naročnik nanj skliceval, bi moral naročnik zakritje teh podatkov posebej utemeljiti, zato »splošna navedba« po mnenju vlagatelja ne zadostuje. Pri tem vlagatelj opozarja tudi na določbe gradbene zakonodaje, ki v zvezi z gradbiščno tablo določa pravilo, da so informacije na gradbiščni tabli javni podatek, v posledici česar so javni tudi podatki o referenci, kot izhajajo iz gradbiščne table. Prav tako vlagatelj opozarja na prakso Informacijskega pooblaščenca Republike Slovenije, iz katere izhaja, da za poslovno skrivnost v postopkih javnega naročanja ni mogoče določiti tistih podatkov iz predložene ponudbe, ki odražajo izpolnjevanje pogojev. Nenazadnje še dodaja, da poslovne skrivnosti ne morejo predstavljati reference oz. referenčna potrdila, saj pri referencah ne gre za konkurenčno prednost gospodarskega subjekta pred tretjimi, pač pa gre prav nasprotno za podatke, s katerimi se gospodarski subjekti pohvalijo, zato navedeno nesporno predstavlja poslovni običaj, ki se po ZPosS ne more določiti za poslovno skrivnost, kar potrjuje celo sam izbrani ponudnik, ki ima na svoji spletni strani celotno stran namenjeno navedbam referenc.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo naročniku očita kršitev pravice do vpogleda tudi v delu, ki se nanaša na poziv naročnika k dopolnitvi ponudbe, št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022, in na odgovor, ki ga je izbrani ponudnik podal v okviru dopolnitve. V zvezi s tem vlagatelj očita, da se je šele na podlagi dodatnega poziva z dne 9. 11. 2022 lahko seznanil s tem, da je bil izbrani ponudnik v fazi pregleda in ocenjevanja ponudbe pozvan na dopolnitev ponudbe. Pri tem pa je naročnik na zadevnem pozivu na dopolnitev prikril posamezne informacije in s tem onemogočil vpogled v celotno besedilo poziva ter mu podal popolnoma prekrit odgovor izbranega ponudnika, ki ga je ta predložil v fazi dopolnitve ponudbe. V zvezi s tem se vlagatelj sklicuje na prakso Državne revizijske komisije, iz katere izhaja obveznost naročnika, da omogoči vpogled tudi v vso korespondenco med naročnikom in izbranim ponudnikom v fazi pregleda in ocenjevanja ponudb, saj le-ta šteje kot del ponudbene dokumentacije oz. od nje neločljivo dokumentacijo.

Naročnik se strinja z vlagateljem v delu, da mu vpogled v posamezne dele ponudbene dokumentacije ni bil omogočen, med drugim tudi ne v določena referenčna potrdila gospodarskega subjekta in nominiranih kadrov, kar je bilo ustrezno označeno z opombo naročnika »Opomba DRSV: referenca zasebnega sektorja«. Navaja, da je podlaga za takšno ravnanje Pravilnik o poslovni skrivnosti, ki ga je izbrani ponudnik priložil ponudbeni dokumentaciji do roka za oddajo ponudb. Na podlagi navedenega je naročnik kot poslovno skrivnost v izogib lastni odškodninski odgovornosti pred neupravičenim razkritjem varoval zasebne reference in to kljub dejstvu, da zadevni obrazci niso bili pravilno označeni kot poslovna skrivnost. V zvezi s slednjim naročnik pojasnjuje, da neustrezna oznaka ali odsotnost oznake še ne pomeni, da informacija ne šteje za poslovno skrivnost, pač pa navedena kršitev Pravilnika o poslovni skrivnosti lahko predstavlja zgolj možen razlog za ugotavljanje disciplinske odgovornosti osebe, ki je opustila takšno ravnanje (tj. označevanje poslovne skrivnosti), skladno s 13. členom Pravilnika o poslovni skrivnosti, kar pa presega obseg tega postopka. Posledično so nerelevantne navedbe vlagatelja, da naročnik ni obrazložil ali utemeljil sklicevanja na poslovno skrivnost, saj pravna podlaga za varovanje slednje niso pravila ti. »objektivne poslovne skrivnosti«, pač pa aktivno ravnanje gospodarskega subjekta in izrecna določitev informacij kot poslovne skrivnosti, kot to izhaja iz Pravilnika o poslovni skrivnosti.

V zvezi z zatrjevano kršitvijo, da reference, kot so bile zahtevane, nikakor ne morejo biti reference zasebnega sektorja in da se skladno z določbami gradbene zakonodaje in prakso Državne

revizijske komisije, podatki iz referenc, ki so vsebovane na gradbiščni tabli, ne morejo šteti za poslovno skrivnost, naročnik pojasnjuje, da pri izvedbi gradnje sodelujejo različni subjekti (investitor, projektant, izvajalec, nadzornik in revidenti), informacije v zvezi s slednjimi pa so vsebovane na gradbiščni tabli investicijskega projekta in se kot takšne štejejo za javne podatke, skladno z vso zakonodajo, kot jo je citiral vlagatelj. Vendar pa lahko skladno z gradbeno zakonodajo na strani izvajalca sodelujejo tudi njegovi kooperanti, poslovni partnerji, dobavitelji, podizvajalci in drugi gospodarski subjekti, ki z vidika posameznega investicijskega projekta ne predstavljajo (glavnega) izvajalca, pač pa zanj, na podlagi ustreznih pogodbenih razmerij, opravljajo naročene storitve. Glavni izvajalec se prosto odloča s kom, v kakšni obliki in na kakšen način bo investicijski projekt izvedel in poslovna razmerja med temi gospodarskimi subjekti lahko predstavljajo konkurenčno prednost posameznega gospodarskega subjekta. Podatki o podizvajalcih niso vsebovani na gradbiščni tabli in kot takšni ne štejejo za javni podatek. V danem primeru, kot je jasno iz predloženih referenčnih potrdil, v katere vpogled vlagatelju ni bil omogočen, izbrani ponudnik ni nastopal v vlogi glavnega izvajalca investicijskega projekta, ampak so v tej vlogi nastopali gospodarski subjekti iz zasebnega sektorja, ki so referenčna potrdila tudi potrdili. Posledično se referenčni posel, ki po obsegu ni nujno enak celotnemu investicijskemu projektu, šteje za referenco izbranega ponudnika, potrjeno s strani njegovega naročnika, ki je v tem primeru gospodarski subjekt iz zasebnega sektorja. Pri tem se naročnik sklicuje na stališče Državne revizijske komisije, da je treba vsak primer obravnavati ločeno in presojeti, ali so podatki glede referenc javni. V zvezi s tem je po naročnikovem mnenju nepomembno tudi dejstvo, katere reference oz. projekte ima posamezni gospodarski subjekt navedene na svoji spletni strani, saj slednja glede na določbe razpisne dokumentacije ne šteje kot ustrezno dokazilo za presojo dopustnosti ponudbe.

Ne glede na navedeno naročnik dalje ugotavlja, da vlagatelj v svojem zahtevku za revizijo ni niti zatrjeval niti izkazal, da ponudba izbranega ponudnika v delu, ki se nanaša na izkazovanje izpolnjevanja referenčnega pogoja, bodisi gospodarskega subjekta bodisi nominiranih kadrov, ni dopustna. Je pa naročnik kljub temu ponovno pregledal izpolnjevanje referenčnih pogojev pri izbranem ponudniku in tako za gospodarski subjekt kot tudi za imenovane kadre ugotovil, da pri izboru ni prišlo do kršitev zakonodaje.

Na očitke vlagatelja glede kršitve pravice do vpogleda v dopolnitev ponudbe izbranega ponudnika naročnik odgovarja, da je vlagatelju omogočil vpogled v vso zahtevano dokumentacijo, med drugim tudi v poziv naročnika, št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022, in pripadajoče dopolnitve izbranega ponudnika, kar je razvidno iz elektronskih sporočil med vlagateljem in naročnikom, posredovanih 9. 11. 2022. So pa bili posamezni podatki na zahtevani dokumentaciji prikriti, in sicer iz naslova dolžnosti varovanja poslovne skrivnosti, pri čemer se naročnik pri obrazložitvi razlogov za to sklicuje na obrazložitev, podano pri očitku glede vpogleda v reference izbranega ponudnika in kadrov. Tudi na tem mestu naročnik dodatno izpostavlja, da vlagatelj v zvezi s pozivanjem k dopolnitvi ni zatrjeval niti izkazal nobene postopkovne kršitve niti kršitve v zvezi s presojo ponudbe kot dopustne. Kljub temu je naročnik ponovno pregledal postopkovna ravnanja tudi v zvezi s pozivanjem k dopolnitvi in dopolnitvijo ponudbene dokumentacije ter v zvezi s tem ponudbo pregledal z vidika izkazovanja izpolnjevanja pogojev za sodelovanje, in pri tem ugotovil, da je bil postopek voden skladno z določbami ZJN-3, ponudnik pa izpolnjuje zahtevane referenčne pogoje.

Uvodoma gre v zvezi z vlagateljevim očitkom, da referenčna potrdila niso bila označena kot poslovna skrivnost, na podlagi vpogleda v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika ugotoviti, da drži naročnikova navedba, da je izbrani ponudnik v ponudbi predložil Pravilnik o poslovni skrivnosti, iz katerega izhaja, da *»kot poslovna skrivnost štejejo: osebni podatki zaposlenih, podatki o sedanjih in bodočih poslovnih partnerjih, podatki o strankah, podatkih o poslovnem načrtu ter strokovno znanje in izkušnje, pridobljene na podlagi usposabljanja v*

gospodarski družbi; za poslovno skrivnost štejejo tudi vsi podatki, za katere je očitno, da bi nastala znatna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseba«. S tem je izbrani ponudnik o določitvi poslovne skrivnosti seznanil vse osebe, ki prihajajo v stik ali se seznanijo s to informacijo (v smislu drugega odstavka 2. člena ZPosS). Državna revizijska komisija nadalje pritruje izbranemu ponudniku, da oznaka »poslovna skrivnost« na posameznem dokumentu v ponudbi sicer na viden in preprost način naročnika opozori na dejstvo, da gre za podatke, ki so poslovna skrivnost, vendar ta označba ni pogoj za veljavno opredelitev posameznih informacij kot poslovno skrivnost. Kot je poudarila Državna revizijska komisija tudi v odločitvi št. 018-059/2021-8, na katero se sklicuje izbrani ponudnik, je namreč ključno, ali je podatke, v katere vlagatelju vpogled ni bil omogočen, izbrani ponudnik pisno (bodisi v sklepu o določitvi poslovne skrivnosti bodisi na drug pisen način) označil za poslovno skrivnost. Sam način, kako je imetnik poslovne skrivnosti pisno sporočil naročniku, kateri deli dokumentacije so poslovna skrivnost, ni pomemben. Primerna pisna označba dokumenta pa je tudi sicer namenjena naročniku (in ne vlagatelju), saj je naročnik tisti subjekt, ki se je seznanil s podatki, ki jih je izbrani ponudnik določil kot poslovno skrivnost, in ki jih je posledično dolžan varovati (prim. odločitev Državne revizijske komisije št. 018-085/2020-18 in 018-192/2021-10). Prav tako se gre strinjati z izbranim ponudnikom in naročnikom, da vlagateljevo sklicevanje, da so zadevne informacije, skladno z Zakonom o dostopu do informacij javnega značaja (Uradni list RS, št. 51/06, s sprem.; v nadaljevanju: ZDIJZ), prakso Informacijskega pooblaščenca Republike Slovenije in Upravnega sodišča Republike Slovenije, informacije javnega značaja, ni utemeljeno, saj se določbe ZDIJZ, na podlagi četrtega odstavka 35. člena ZJN-3, do pravnomočnosti odločitve v zvezi z oddajo javnega naročila ne uporabljajo.

Ker je izbrani ponudnik predložil Pravilnik o poslovni skrivnosti, mora naročnik, na podlagi petega odstavka 35. člena ZJN-3, pred razkritjem podatkov presoditi, ali je izbrani ponudnik kot poslovno skrivnost določil podatke, ki jih ni mogoče določiti kot poslovno skrivnost zaradi tretjega odstavka 2. člena ZPosS (informacije, ki so po zakonu javne, ali informacije o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev).

V postopku javnega naročanja lahko naročnik postavi pogoje za sodelovanje z namenom ugotavljanja sposobnosti ponudnikov za izvedbo javnega naročila. Pogoj za sodelovanje je element, ki mora biti v ponudbi v celoti izpolnjen na način, kot je predviden v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila in je izključne narave. V skladu s prvim odstavkom 76. člena ZJN-3 ima naročnik možnost, da določi objektivna pravila in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo na: a) ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, b) ekonomski in finančni položaj ter c) tehnično in strokovno sposobnost.

Naročnik je v obravnavanem primeru v poglavju »14. Pogoji za sodelovanje« dokumenta »Navodila ponudnikom za izdelavo ponudbe« (v nadaljevanju: dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila ali razpisna dokumentacija) poleg ostalih pogojev za sodelovanje določil tudi pogoje v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo (glede referenc ponudnika v točkah 14.4 in 14.5 ter glede referenc kadra v točkah 14.6 in 14.7). Med strankama ni spora o tem, da naročnik ni zahteval, da bi moral ponudnik v referenčnih poslih sodelovati kot glavni izvajalec, oz. da je dopustil, da je lahko ponudnik sodeloval tudi kot podizvajalec, pri čemer je v tem primeru ponudniku lahko referenčno potrdilo izdal (tudi) njegov naročnik (npr. glavni izvajalec), ki je subjekt zasebnega sektorja (in torej ne nujno investitor posla). Prav tako med strankama ni spora o tem, da je v konkretnem primeru investitor lahko le subjekt javnega sektorja – navedeno namreč zatrjuje vlagatelj, izbrani ponudnik in naročnik temu ne oporekata, prav tako pa je tudi Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika ugotovila, da je izbrani ponudnik v ponudbi priglasil referenčne projekte, pri katerih je (pri vseh) investitor subjekt javnega sektorja in torej naročnik v smislu 9. člena ZJN-3. Je pa med strankama spor o tem, ali se takšna referenca šteje kot referenca subjekta zasebnega sektorja ali kot referenca subjekta javnega sektorja.

Državna revizijska komisija je že večkrat zavzela stališče (npr. odločitve, št. 018-213/2016, 018-048/2017, 018-268/2017 in druge), da se načelo transparentnosti javnega naročanja med drugim udejanja tudi z obveznostjo naročnika, da pošlje v objavo obvestilo o (javnem) naročilu in obvestilo o oddaji (javnega) naročila. Zlasti objava obvestila o oddaji (javnega) naročila je namenjena najširši javnosti, ki se lahko na ta način seznanijo, s katerimi subjekti in v kakšni vsebini javni sektor vstopa v posamezna pogodbeno razmerja. Informacija o tem, kateremu zasebnemu subjektu je subjekt javnega sektorja oz. javni naročnik oddal neko javno naročilo, je tako (po ustaljeni praksi Državne revizijske komisije) javna, posledično pa je javen podatek o referenčnem poslu zasebnega subjekta, ki izhaja iz takšnega javnega naročila, saj gre pri tem zgolj za vnovično podajo v preteklosti že javno objavljene informacije. Tej je sicer dodana še vrednostna sodba naročnika o uspešnosti izvedbe javnega naročila, ki pa po oceni Državne revizijske komisije ne predstavlja elementa, ki bi lahko kakorkoli vplival na javnost takšnega podatka – že iz dejstva sklicevanja na referenco v ponudbi namreč izhaja, da je naročnikova ocena referenčnega dela pozitivna, saj negativne reference ponudnik v svojo ponudbo seveda nima interesa predložiti.

Ob tem je treba izpostaviti tudi prakso Sodišča EU, ki je v sodbi z dne 17. 11. 2022, C-54/21 (EU:C:2022:888, Antea Polska) poudarilo, da je treba načelo varstva zaupnih informacij uskladiti z zahtevami po učinkovitem sodnem varstvu in da je pri presoji treba zlasti upoštevati dejstvo, da neizbrani ponudnik v primeru neobstoja zadostnih informacij, na podlagi katerih bi lahko preveril, ali odločitev naročnika v zvezi z oddajo naročila vsebuje morebitne napake ali nezakonitosti, v praksi ne bo mogel uveljavljati pravice do učinkovitega pravnega sredstva ter da naročnik ne more biti vezan zgolj na trditev gospodarskega subjekta, da so posredovane informacije zaupne, ampak mora od tega subjekta zahtevati, da dokaže resnično zaupnost informacij, katerih razkritje nasprotuje (točki 50 in 65 te sodbe). Dalje je tudi izpostavilo, da gospodarski subjekt, ki sodeluje v postopku oddaje javnega naročila, ne more upravičeno zahtevati, da se seznam sklenjenih pogodb ali izvedenih projektov, na podlagi katerih je pridobil ustrezne izkušnje za zadevno javno naročilo, in reference, ki omogočajo potrditev teh izkušenj, v celoti ali pretežno obravnavajo kot zaupne in ker izkušnje ponudnika na splošno niso tajne, njegovim konkurentom načeloma ni mogoče odvzeti informacij o teh izkušnjah na podlagi pojma »poslovna skrivnost«, zato je treba ponudnikom zaradi preglednosti in zagotavljanja učinkovitega sodnega varstva omogočiti dostop vsaj do bistvene vsebine informacij, ki jih vsak od njih pošlje naročniku v zvezi s svojimi izkušnjami, upoštevni za zadevno javno naročilo, in referencami, ki omogočajo potrditev teh izkušenj (točke 74, 75 in 76 te sodbe).

Ob zapisanem Državna revizijska komisija ugotavlja, da ne gre slediti naročniku in izbranemu ponudniku, da predložene reference izbranega ponudnika v konkretnem primeru ne predstavljajo javnih podatkov, saj je z vpogledom v ponudbo izbranega ponudnika mogoče ugotoviti, da se vse predložene reference (in referenčna potrdila) nanašajo na referenčne posle, izvedene za subjekte (torej investitorje), ki so naročniki v smislu 9. člena ZJN-3, in gre torej v takšnem primeru za posle, pri katerih je informacija o tem, kateremu zasebnemu subjektu je investitor (tj. subjekt javnega sektorja oz. javni naročnik) oddal neko javno naročilo, javna. Kljub temu, da je izbranemu ponudniku sporne reference potrdil subjekt zasebnega sektorja, slednje, upoštevajoč navedeno, pri presoji ni relevantno. Vsak subjekt, ki prevzame javno naročilo oz. njen del, bodisi v ponudbeni fazi bodisi v fazi izvedbe (torej tudi morebitni podizvajalec), mora namreč to storiti ob upoštevanju pravil ZJN-3. Pri presoji je tako ključna narava samega referenčnega posla (in ne subjekt, ki je potrdil referenco) in ker gre v konkretnem primeru za reference, ki izvirajo iz javnih naročil – pri katerih je bil (glavni) naročnik oz. investitor subjekt javnega sektorja – podatek o javnem naročilu, ki je bilo v preteklosti javno objavljeno, pa je, kot že navedeno, skladno s prakso Državne revizijske komisije javen, je posledično treba takšno referenco, kljub temu da jo je potrdil subjekt zasebnega sektorja, obravnavati kot javno.

Glede na vlagateljeve navedbe je Državna revizijska komisija vpogledala tudi na spletno stran izbranega ponudnika (<http://www.raspet.si/>), pri čemer je ugotovila, da ima slednji na njej res objavljeno tudi rubriko »Reference«. Iz objavljenih podatkov na spletni strani izbranega ponudnika je mogoče ugotoviti, da je najmanj en uporabljeni podatek enak podatkom, kot izhajajo iz referenčnega potrdila, in čeprav ti podatki ne predstavljajo izjave referenčnih naročnikov – kar zatrjuje tudi naročnik – je razvidno, da je izbrani ponudnik nekatere podatke (za katere zatrjuje, da predstavljajo poslovno skrivnost) objavil na spletu in jih naredil dostopne javnosti. Tudi upoštevajoč navedeno Državna revizijska komisija ne more spregledati, da okoliščine primera kažejo, da vsaj eno referenčno potrdilo potrjuje že objavljene podatke o poslu, ki ga je izbrani ponudnik priglasil kot referenčni posel, vendar naročnik vlagatelju ni dal možnosti, da se seznaní s tem, kateri projekt je izbrani ponudnik priglasil kot referenčni posel (prim. odločitev Državne revizijske komisije št. 018-102/2011).

V zvezi z očitano kršitvijo pravice do vpogleda v dopolnitev ponudbe izbranega ponudnika (predloženo na poziv naročnika št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022) gre najprej ugotoviti, da je izbrani ponudnik v okviru dopolnitve posredoval referenčna potrdila (»Obrazec 10 – Reference gospodarskega subjekta«), za katera veljajo enake ugotovitve, kot jih je Državna revizijska komisija že podala, torej da gre reference, ki izvirajo iz javnih naročil, šteti kot javne (ne glede na to, da jih je potrdil subjekt zasebnega sektorja), in bi naročnik moral v te informacije kot takšne vlagatelju omogočiti vpogled. Iz enakega razloga bi moral naročnik vlagatelju omogočiti vpogled v navedbe (javnih) referenc v naročnikovem dokumentu »Poziv za predložitev dokazil«, št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022, pri čemer je Državna revizijska komisija, kot pravilno opozarja vlagatelj, že zavzela stališče (gl. odločitev 018-213/2016-9), da ZJN-3 v 35. členu sicer ne vsebuje izrecne določbe, po kateri bi moral naročnik po sprejemu odločitve o oddaji naročila ponudniku na njegovo zahtevo dovoliti vpogled tudi v ostalo dokumentacijo (v zvezi z oddajo javnega naročila), vendar pa gre ta člen, upoštevaje načelo transparentnosti javnega naročanja (iz prvega odstavka 6. člena ZJN-3), razlagati na način, da bi naročnik vlagatelju moral omogočiti vpogled tudi v izpostavljeni poziv naročnika k dopolnitvi ponudbe, saj je neločljivo vezan na vsebino ponudbe izbranega ponudnika, katere sestavni del so tudi njena pojasnila, dopolnitve oz. spremembe, poleg tega pa je prav ta poziv naročnika ključen za pravilno razumevanje vsebine in pomena dokumentacije oz. pojasnil, ki jih je naročnik na njegovi osnovi prejel od izbranega ponudnika.

Izbrani ponudnik je naročniku na njegov poziv k dopolnitvi ponudbe poleg referenčnih potrdil posredoval tudi načrte (dokument »DOC057«), za katere ni bilo označeno, kaj predstavljajo (kdo jih je izdelal in za kakšen namen). Ob upoštevanju, da je iz odstopljene dokumentacije (tj. iz navedb naročnika ter iz Pravilnika o poslovni skrivnosti v ponudbi) bilo mogoče razbrati le to, da je za informacije v dokumentu »DOC057« izpolnjena domneva iz tretje alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS (da je s predložitvijo sklepa o določitvi poslovne skrivnosti imetnik poslovne skrivnosti v danih okoliščinah razumno ukrepal, da jo ohrani kot skrivnost), ni pa bilo mogoče iz nobenega dela dokumentacije – niti iz Pravilnika o poslovni skrivnosti niti iz drugih navedb v dopolnitvi (izbrani ponudnik je naročniku posredoval zgolj dokumente, brez spremnega dopisa) oz. v postopku pravnega varstva – razbrati nikakršnih navedb, na podlagi katerih bi bilo mogoče ugotoviti izvor informacij v dokumentu »DOC057« ter da imajo informacije na zadevnem dokumentu tudi značilnosti iz prve in druge alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS, je Državna revizijska komisija izbranega ponudnika pozvala k pojasnitvi navedenega in prejela njegovo pojasnilo z dne 19. 12. 2022.

Izbrani ponudnik je pojasnil, da se dokument »DOC057« nanaša na referenčni objekt »Rekonstrukcija glavne ceste G-102/1037 Dolenja Trebuša - Želin (1. odsek)«, tj. na enega izmed referenčnih poslov, ki jih je v postopku oddaje javnega naročila predložil kot dokaz za izpolnjevanje referenčnega pogoja, ter da gre za načrt, ki je del projektantske dokumentacije. V načrt je izbrani

ponudnik (že v fazi izvajanja referenčnega posla) vrisal potek podpornega zidu. Ta načrt kot del Projekta za izvedbo (v nadaljevanju: PZI) je bil nadalje podlaga za izdelavo Projekta izvedenih del (v nadaljevanju: PID) in predstavlja njegov sestavni del. Izbrani ponudnik pojasnjuje še, da sama vsebina predmetnega dokumenta zanj nima posebne tržne vrednosti, saj je vsa projektna dokumentacija (med drugim tudi PZI in PID, del katerega je tudi vsebina dokumenta »DOC057«) last (referenčnega) naročnika, tj. Direkcije Republike Slovenije za infrastrukturo, bi pa z nepooblaščenim razkrivanjem vsebine teh informacij lahko temu naročniku nastala poslovna škoda (za nepooblaščen razkritje pa bi lahko odgovarjal tudi izbrani ponudnik), zato je v okviru dopolnitve svoje ponudbe vsebino posredovanih dokumentov varoval kot poslovno skrivnost skladno s Pravilnikom o poslovni skrivnosti, ki ga je predložil v ponudbi.

Državna revizijska komisija upoštevač navedeno ugotavlja, da je tudi dokument »DOC057« del dokumentacije v zvezi z oddajo (referenčnega) javnega naročila in je informacije na njem, iz razlogov, navedenih že v okviru vpogleda v reference javnih naročnikov (investitorjev), treba obravnavati kot javne, zato bi naročnik tudi v tem delu vlagatelju moral omogočiti vpogled v (javne) podatke, navedene v dokumentu »DOC057«.

V posledici vsega navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik kršil določbe 35. člena ZJN-3, v povezavi s 6. členom ZJN-3, s tem, ko vlagatelju ni omogočil vpogleda v podatke o referencah izbranega ponudnika in njegovega kadra (ter pripadajoča referenčna potrdila), navedene v ponudbi, v pozivu naročnika k dopolnitvi ponudbe ter v dopolnitvi ponudbe izbranega ponudnika, ter v načrte, ki jih je izbrani ponudnik posredoval v dopolnitvi ponudbe v dokumentu »DOC057«.

II. Glede vpogleda v dokument »Analiza cene«

Vlagatelj naročniku očita, da mu je bila kršena pravica do vpogleda tudi v delu, ki se nanaša na obrazec »Analiza cene«, saj so bili vsi trije listi v celoti prekriti. Posledično vlagatelj ni mogel preveriti, ali je izbrani ponudnik predložil zahtevane analize cene. Pri tem vlagatelj navaja, da gre v danem primeru za specifikacije ponujenega blaga, storitev ali gradnje ter cene na enoto, kar se skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3 šteje za javni podatek. Glede na to, da mora biti skladno z določbami razpisne dokumentacije projektantski predračun skladen s kalkulativnimi elementi ter režijskimi ceniki in cenami del prikazanimi v ponudbenem predračunu ali njegovih delih, se po vlagateljevem mnenju tudi navedene informacije štejejo za javne, saj za javni podatek štejejo vse informacije o plačilih subjekta javnega prava. Posledično vlagatelj ni mogel preveriti, ali analiza cene v izbrani ponudbi vsebuje cene iz režijskega cenika in ne vsebuje popustov.

Naročnik nasprotno zatrjuje, da navedene informacije (tj. analiza cene) skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3 ne predstavljajo javnega podatka, pri čemer se sklicuje tudi na prakso Državne revizijske komisije (odločitvi št. 018-100/2005 in 018-180/2020). Čeprav, kot pravilno navaja vlagatelj, so ti podatki osnova in pomoč za oblikovanje cen na enoto v ponudbenem predračunu, teh podatkov ni mogoče postaviti na isti nivo kot cene na enoto ali vrednost (predračunske) postavke. Analiza cene (tako kot režijski cenik) glede na določbe razpisne dokumentacije v konkretnem primeru predstavlja tiste elemente ponudbe, ki so osnova za izračun cene po enoti mere oz. cene na enoto posamezne postavke v ponudbenem predračunu – analiza cene je tako priloga ponudbenega predračuna in ne ponudbeni predračun, ki bo podlaga za obračun storitev v fazi izvajanja pogodbe o izvedbi javnega naročila. Dodatno v zvezi z navedenim naročnik izpostavlja, da je izbrani ponudnik navedene dokumente izrecno označil kot poslovna skrivnost, zaradi česar naročnik vlagatelju primarno ni omogočil vpogleda. Pri tem naročnik izpostavlja prakso Državne revizijske komisije (odločitev št. 018-274/2007), iz katere je po mnenju naročnika nesporno razvidno, da navedeni podatki predstavljajo konkurenčno prednost gospodarskega subjekta in s tem štejejo za poslovno skrivnost. Naročnik je vseeno

ponovno pregledal ponudbo v delu, ki se nanaša na ponudbeni predračun, analizo cene ter režijski cenik in ugotovil, da je ponudba v tem delu pripravljena skladno z zahtevami razpisne dokumentacije in dopustna.

Uvodoma gre na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ugotoviti, da je naročnik »Obrazec 2 – Ponudbeni predračun« strukturiral tako, da so morali ponudniki pod točko »1. Ponudbeni predračun« vpisati ponudbeni ceni za postavki »Bela v naselju Vrhpolje« in »Bela v naselju Vipava« ter skupno ponudbeno ceno za oba odseka skupaj (z DDV in brez DDV ter znesek DDV), pod točko »2. Analiza cene« pa je naročnik zapisal:

»Za spodaj navedene postavke mora ponudnik izdelati podrobno ANALIZO CENE. Analiza cene mora vsebovati cene iz režijskega cenika in ne smejo vsebovati popustov. Analiza cene za vse spodnje postavke je obvezna priloga ponudbenega predračuna.«

ter dodal tabelo, v katero so morali ponudniki vpisati zneske za vsako posamezno postavko (glede na opis vrste dela oz. materiala ter količino), kot jo je navedel naročnik.

Nadalje ja naročnik v tem dokumentu predvidel še točko »3. Režijski cenik« s priloženimi tabelami, v katere so ponudniki prav tako morali vpisati cene za posamezne postavke (za posamezno delovno silo, material in opremo).

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da analiza cene in režijski cenik nista predstavljala sestavnega dela ponudbene dokumentacije, ki je bil predmet javnega odpiranja ponudb, prav tako pa posamezne postavke analize cene (in režijskega cenika) v tem postopku niso predmet ocenjevanja po razpisnih merilih. Glede na to, da je v obravnavanem primeru naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določil, da ponudniki podajo ponudbe po načelu »skupaj dogovorjena cena«, Državna revizijska komisija ugotavlja, da ti podatki v danem primeru ne predstavljajo cen na enoto (niti ne specifikacij ponujenega blaga, storitev ali gradnje), kar bi se skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3 štelo za javni podatek, kot to zatrjuje vlagatelj. Ne glede na to, da so morali ponudniki v okviru predložitve ponudbenega predračuna izdelati podrobno analizo cene (ki vsebuje cene iz režijskega cenika), in da ta predstavlja obvezno prilogo ponudbenega predračuna, ti podatki predstavljajo osnovo za sestavo ponudbe, s čimer se strinjata tudi vlagatelj in naročnik, pri čemer Državna revizijska komisija ugotavlja (in kot to pravilno izpostavlja tudi naročnik), da teh podatkov, upoštevajoč navedeno, ni mogoče šteti za cene na enoto, še manj pa za specifikacije ponujenega blaga, storitev ali gradnje, kot so določene v drugem odstavku 35. člena ZJN-3. Slednje je namreč razumeti kot specificiranje oz. enoznačno oznako predmeta ponudbe (ki nujno ne predstavlja tudi tehničnih specifikacij ponujenega blaga), pri čemer v konkretnem primeru ni mogoče zaključiti, da so ponudniki z vnosom cen v analizo cene in v režijski cenik tudi specificirali predmet ponudbe, saj ga je specificiral že sam naročnik, in sicer poleg dokumenta »Specifikacija naročila« tudi z navedbo oz. specifikacijo posameznih postavk v dokumentih »Analiza cene« in »Režijski cenik«, v katera so ponudniki, kot že navedeno, zgolj vpisali posamezne cene.

Izbrani ponudnik je v izjasnitvi pojasnil, da ti podatki zanj predstavljajo tržno vrednost, saj bi bilo njihovo morebitno razkritje (predvsem) v nadaljnjih postopkih oddaje javnih naročil (pa tudi v tem postopku v primeru morebitne ponovitve postopka oddaje javnega naročila, če bi bilo vlagateljevemu zahtevku ugodeno) moč (s strani vlagatelja) uporabiti za izkrivljanje konkurence. Tako vlagatelj kot tudi izbrani ponudnik delujeta v istem sektorju in oddajata ponudbe v podobnih (ali celo istih) postopkih javnega naročanja, zato bi razkritje omenjenih podatkov za vlagatelja lahko pomenilo pomembno tržno prednost nasproti izbranemu ponudniku.

Glede na to, da v obravnavanem primeru teh podatkov, tj. zneskov, ki jih je izbrani ponudnik vpisal v analizo cene in režijski cenik, upoštevajoč ugotovljeno, skladno s 35. členom ZJN-3 ni mogoče šteti za javne ter glede na to, da jih je izbrani ponudnik označil z oznako »poslovna skrivnost« in ponudbi predložil tudi Pravilnik o poslovni skrivnosti (s čimer je izpolnjena domneva iz tretje alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS), ob tem pa je po presoji Državne revizijske komisije ustrezno pojasnil tudi izpolnjevanje zahtev iz prve in druge alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS (da gre za podatke, ki niso splošno znani ali lahko dosegljivi osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij, ter da imajo tržno vrednost), Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku ni mogoče očitati kršitve določb 35. člena ZJN-3, v povezavi s 6. členom ZJN-3, s tem, ko oznake o poslovni skrivnosti v tem delu ni spregledal in vlagatelju ni omogočil vpogleda v podatke glede analize cene (in režijskega cenika), ki jih je izbrani ponudnik predložil v ponudbo.

III. Sklepno

Ker je Državna revizijska komisija ugotovila, da je naročnik kršil določbe 35. člena ZJN-3, v povezavi s 6. členom ZJN-3, je vlagateljevemu predlogu za dovolitev vpogleda ugodila ter na podlagi petega odstavka 31. člena ZPVPJN ter druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN v izpostavljenem delu zahtevku za revizijo ugodila tako, da je naročniku naložila odpravo kršitve na način, da vlagatelju dovoli vpogled:

- v podatke o referencah izbranega ponudnika in kadra (navedene v predloženih dokumentih »Obrazec 9 – Referenčni projekti« in »Obrazec 11 – Ključno osebje« ter v naročnikovem dokumentu »Poziv za predložitev dokazil«, št. 43030-111/2022-11 z dne 17. 10. 2022),
- v potrdila referenčnih naročnikov, ki se nanašajo na reference (navedene v predloženih dokumentih »Referenca gospodarskega subjekta«, »Podatki o referenčnem delu za gradnjo« in »Obrazec 10 – Reference gospodarskega subjekta«) ter
- v dopolnitvi ponudbe predložene načrte (ki se nahajajo v dokumentu »DOC057«), izvzemši pri tem osebne in tajne podatke.

Ker je vlagatelj uspel izkazati kršitev pravice do vpogleda, je Državna revizijska komisija kršitev tretje povedi iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 ugotovila le v navedenem obsegu in je skladno z drugo povedjo iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN o zahtevku za revizijo odločila, kot izhaja iz 1. točke izreka tega sklepa. V preostalem delu je Državna revizijska komisija zahtevke za revizijo glede kršitve pravice do vpogleda zavrnila.

Vlagatelju se dovoli, da v petih delovnih dneh od dneva vpogleda dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih bo v tem delu pridobil pri vpogledu v ponudbo izbranega ponudnika. O dopolnitvi ali spremembi zahtevka za revizijo mora vlagatelj obvestiti Državno revizijsko komisijo in naročnika, ki se lahko o tem izjasni v treh delovnih dneh od prejema vlagateljeve dopolnitve ali spremembe zahtevka za revizijo (peti odstavek 31. člena ZPVPJN). Predstavljeni način odprave kršitve obenem predstavlja tudi napotek Državne revizijske komisije naročniku za pravilno izvedbo postopka v delu, v katerem je bila ugotovljena kršitev naročnika (primerjaj drugo poved tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN).

Ker so že zgoraj zapisani razlogi narekovali odločitev, kot izhaja iz izreka tega sklepa, se Državna revizijska komisija v tej fazi ni izrekala o zahtevku za revizijo v preostali vsebini oziroma o njej ni meritorno odločala.

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

Državna revizijska komisija je na podlagi 75. člena ZPVPJN in ob uporabi tretjega in četrtega odstavka 165. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.), v

povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN, odločila, da se odločitev o stroških, nastalih z revizijo, pridrži do končne odločitve o zahtevku za revizijo.

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

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednik senata:
Samo Červek, univ. dipl. prav.,
predsednik Državne revizijske komisije

Vročiti (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.