

Številka: 018-113/2022-9
Datum: 1. 12. 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 Andraža Žvana, kot predsednika senata, ter Tadeje Pušnar in dr. Mateje Škabar, kot članic senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Nakup opreme za zaznavo anomalij mrežnega prometa SAD (SCADA Anomaly Detection)*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja MI – line, d.o.o., Poljanska cesta 71B, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika ELES, d.o.o., Hajdrihova ulica 2, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 1. 12. 2022

odločila:

1. Zahtevku za revizijo se ugotovi in se razveljavi odločitev naročnika, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila po postopku s pogajanjem z objavo*« št. /894/ML/ML/2021/0379 z dne 2. 9. 2022.
2. Naročnik je dolžan vlagatelju povrniti stroške postopka pravnega varstva v višini 4.832,09 EUR v roku 15 dni od prejema tega sklepa, v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po poteku roka za prostovoljno izpolnitev do plačila. Višja stroškovna zahteva vlagatelja se zavrne.

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o naročilu, ki ga oddaja po postopku s pogajanjem z objavo, na portalu javnih naročil objavil dne 16. 8. 2021, pod številko objave JN005608/2021-E01, v Uradnem listu EU pa dne 17. 8. 2021, pod številko objave 2021/S 158-419114. Dne 2. 9. 2022 je naročnik na portalu javnih naročil objavil dokument »*Odločitev o oddaji javnega naročila po postopku s pogajanjem z objavo*« št. /894/ML/ML/2021/0379 z istega dne, iz katerega je razvidno, da je javno naročilo

oddal ponudniku SMART COM d.o.o., Brnčičeva ulica 45, Ljubljana - Črnuče (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), čigar ponudba se je po merilih uvrstila na prvo mesto.

Zoper naročnikovo odločitev o oddaji javnega naročila je vlagatelj, drugouvrščeni ponudnik, z vlogo z dne 14. 9. 2022 vložil zahtevek za revizijo. V zahtevku navaja, da je z dopisom z dne 5. 9. 2022 zahteval, da mu naročnik omogoči vpogled v ponudbo izbranega ponudnika ter v morebitne dopolnitve slednje, kakor tudi, da mu omogoči vpogled v točkovanje, na podlagi katerega je naročnik ponudbe razvrstil. Iz odločitve, tako vlagatelj, namreč ni razvidno, kako in zakaj je naročnik izbranemu ponudniku in vlagatelju namenjal določene »bonus opcije«, katere »bonus opcije« je naročnik priznal in katerih ne, saj pod rubriko »obrazložitev ocene bonus opcije« dejanske ocene in razlage ni podal, temveč se je zgolj alinejsko referiral na določene strani ponudbene dokumentacije. Vlagatelj zato ne more vedeti, zakaj je pridobil takšno število točk in kaj so razlogi za pridobitev točk izbranega ponudnika. Izpodbijana odločitev je torej neobrazložena in pavšalna. Vlagatelj niti sam ne more razbrati, katere točke in zakaj naj bi mu naročnik priznal in katerih ne, še toliko manj pa lahko to ugotovi za izbranega ponudnika, saj mu je naročnik zavrnil vpogled v vse dokumente, ki se nanašajo nanj, tj. tako v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika kot v dokumentacijo naročnika (spisovno dokumentacijo). Naročnik je vlagatelju vpogled omogočil šele šesti delovni dan, tj. 12. 9. 2022, čeprav je zahtevo za vpogled prejel že 5. 9. 2022. Na vpogledu je naročnik kot poslovno skrivnost zakril praktično vse in vlagatelju nobenega podatka, razen nebistvenih, ni razkril. Vlagatelj opozarja, da bi moral naročnik v konkretnem primeru ravnati drugače, saj je zavezan k transparentnemu delovanju in mu razkritje podatkov, ki so predmet točkovanja, nalaga že 35. člen Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3). Ta v drugem odstavku jasno določa, da se ponudniki in naročniki ne morejo sklicevati na zaupnost (med drugim) v zvezi z vsemi tistimi podatki, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril, posledično pa so ti podatki javni. Glede na navedeno si vlagatelj pridržuje pravico, da zahtevek za revizijo dopolni po tem, ko mu bo Državna revizijska komisija omogočila vpogled, kot mu pripada po veljavni zakonodaji. V nadaljevanju vlagatelj navaja, da je naročnik ponudbe vrednotil po merilu »cena« in po merilu »bonus opcije«. Merilo »cena« je naročnik vrednotil po postavljeni formuli, pri čemer je iz »Preglednice znižanih ponudb – prvi krog« razvidno, da je naročnik izbranemu ponudniku po merilu »cena« priznal 98 točk, čeprav bi mu moral po tem merilu, kot ga je določil, priznati zgolj 97,97 točk. Ob tem vlagatelj opozarja, da naročnik ni določil pravil zaokroževanja, ob dodatnem merilu »bonus opcije« pa je vsako takšno ravnanje lahko problematično. Pri točkovanju po bonus točkah pa niti iz odločitve niti iz ostalih ravnanj naročnika, vključno z vpogledom, ni razvidno, kako je naročnik točkoval oziroma priznaval bonus točke ter na podlagi česa. Vlagatelj je na vpogledu naročniku predlagal oziroma je zahteval, da ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika in dokumente, iz katerih izhaja način vrednotenja ponudb, poslika oziroma kako drugače pride do kopij, vendar je naročnik to zavrnil. Tako je naročnik vlagatelju dopustil le prepis tabele, ki se nanaša na nepriznanje »bonus opcij« v zvezi z njegovo ponudbo in ponudbo izbranega ponudnika, na podlagi tega prepisa pa je vlagatelj izdelal svojo tabelo, ki jo prilaga kot dokaz. Gre za excel tabelo, iz nje pa je razvidno, katerih »bonus opcij« naročnik vlagatelju in izbranemu ponudniku ni priznal, kar je označeno zgolj s suhoparno navedbo »priznano/nepriznano«, brez vsakršne obrazložitve. Iz priložene excel tabele je tudi razvidno, da naročnik vlagatelju ni priznal »bonus opcije« pod točko 8.2, ki jo je najprej določil kot pogoj, kasneje pa jo je – na podlagi vprašanj in odgovorov – spremenil v »bonus opcijo«. Naročnikov izračun je zato napačen, saj bi vlagatelj ob upoštevanju navedene »bonus opcije« dosegel skupno 21 točk oziroma »bonus opcij«, kar v odstotkih točkovanja, kot ga je določil naročnik (ena »bonus opcija« prinese 0,3 % točke), skupaj predstavlja 6,3 točke po »bonus opcijah«. Tako bi skupno število točk vlagatelja moralo znašati 106,3, posledično pa bi vlagatelj moral biti izbran kot najugodnejši ponudnik. Vlagatelj nadalje izpostavlja naročnikovo zahtevo po permanentnih (trajnih) licencah, kar je bil izločitveni pogoj. Vlagatelj je na vpogledu zahteval, naj mu naročnik predloži dokazila, da izbrani ponudnik takšne licence ponuja. Vendar mu naročnik teh dokazil ni želel pokazati, pač pa je

njegovo zahtevo zavrnil v smislu varovanja poslovne skrivnosti, kot je zavrnil vse vlagateljeve zahteve. Da so ravnanja naročnika netransparentna ter pravno in strokovno vprašljiva, nenazadnje izkazuje že vlagateljeva ponudba. Vlagatelj je v njej korektno označil, katere opcije izpolnjuje in katerih ne, pri čemer je popolnoma nerazumljivo, da mu naročnik vrste »bonus opcij«, npr. »bonus opcij« pod točkama 5.4 in 6.9, ni priznal. Glede na navedeno vlagatelj predlaga, da Državna revizijska komisija zahtevku za revizijo ugotovi in naročnikovo odločitev o oddaji javnega naročila razveljavi, zahteva pa tudi povrnitev stroškov postopka pravnega varstva.

Izbrani ponudnik se je z vlogo z dne 19. 9. 2022 izjasnil o navedbah vlagatelja iz zahtevka za revizijo. Zatrjuje, da je celotno ponudbeno dokumentacijo označil kot poslovno skrivnost, vendar je v skladu z ZJN-3 naročniku dovolil, da vlagatelju razkrije tiste dele njegove ponudbe, ki ne razkrivajo informacij, ki sicer predstavljajo konkurenčno prednost izbranega ponudnika na trgu. Vlagatelj je namreč nameraval vpogledati v dokumente tehničnega dela njegove ponudbe (dokumenti »*Tabela tehničnih podatkov – TTP*«, podrobna tehnična navodila ponujenega proizvajalca, podrobni opis tehnične rešitve), v katerih se nahajajo vsebinski odgovori in podrobni tehnični opisi funkcionalnosti ter zahtev sistema SAD ponujenega proizvajalca. To bi nepopravljivo škodovalo konkurenčnemu položaju izbranega ponudnika, saj bi s takim vpogledom vlagatelj, konkurent izbranega ponudnika, ki sisteme SAD na trgu ponuja istim tržnim segmentom kot izbrani ponudnik, prišel do podatkov, ki pomenijo konkurenčno prednost izbranega ponudnika v tehnološkem pogledu. V nadaljevanju izbrani ponudnik navaja, da vlagatelj v konkretnem primeru zahteva razkritje specifičnih lastnosti blaga izbranega ponudnika, pri katerem ne gre za generično blago, ampak za tehnično rešitev, ki je opredeljena z individualno določenimi značilnostmi ter lastnostmi in ki jo izbrani ponudnik lahko označi kot poslovno skrivnost. Navedbe vlagatelja, da ni mogel vedeti, zakaj je pridobil takšno število točk, so zavajajoče in netočne, saj bi lahko z zahtevo po dodatni podrobnejši obrazložitvi ocene tehničnega merila ali ugovorom, kar je tekom postopka omogočil naročnik, vlagatelj pridobil vse informacije glede dodeljenih bonus točk. Prav tako so bile vlagatelju na vpogledu podane jasne informacije o priznanih in nepriznanih bonus točkah izbranega ponudnika, kar je razvidno iz zapisnika o vpogledu v dokumentacijo z dne 12. 9. 2022, nenazadnje pa to vlagatelj tudi sam priznava s tabelo, ki jo prilaga zahtevku za revizijo. Glede točke 8.2 izbrani ponudnik navaja, da jo je naročnik – verjetno zaradi napake – v končni razpisni dokumentaciji ohranil kot zahtevano, čeprav jo je predhodno spremenil v »bonus opcijo«. To posledično pomeni, da so zahtevo pod točko 8.2 izpolnjevali vsi trije ponudniki, saj bi bili sicer izločeni. Če pa bi naročnik točko 8.2 upošteval kot »bonus opcijo«, bi vsak izmed ponudnikov pridobil še eno bonus točko. Iz navedenega tako izhaja, da status točke 8.2 v nobenem primeru ne vpliva na končni vrstni red ponudnikov. Na koncu izbrani ponudnik zatrjuje še, da so licence, ki jih ponuja, skladne z zahtevami iz razpisne dokumentacije. Ker pa je bil v tej zvezi zahtevan podroben opis načina licenciranja ponujene opreme, sistem licenciranja ponujene opreme ponujenega proizvajalca pa predstavlja konkurenčno prednost izbranega ponudnika, izbrani ponudnik vlagatelju ni dovolil vpogleda v vsebinske zapise, ki natančno razložijo sistem licenciranja ponujene opreme.

Naročnik je s sklepom št. /896/ls z dne 30. 9. 2022 zahtevek za revizijo zavrnil kot neutemeljen, posledično pa je zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov postopka pravnega varstva. V sklepu naročnik najprej opisuje svoj položaj naslovnika številnih zakonov, ki mu nalagajo raznovrstne obveznosti, med drugim kot upravljavcu kritične infrastrukture v dveh sektorjih kritične infrastrukture, nosilcu aktivnosti zaščite in reševanja, družbi posebnega pomena za obrambo Republike Slovenije itd. Dalje naročnik navaja, da je celotni tehnični del razpisne dokumentacije, vključno z zahtevami v okviru merila »bonus opcije«, označil s stopnjo tajnosti »INTERNO« v skladu z Zakonom o tajnih podatkih (Uradni list RS, št. 87/01 s sprem.; v nadaljevanju: ZTP). Vsebina dokumentacije namreč utemeljuje način, tehniko, metode in sredstva vzpostavitve ter delovanja mehanizmov za obvladovanje informacijskih (kibernetičnih tveganj), ki so ključni za neprekinjeno delovanje elektroenergetskega sistema Republike

Slovenije. Predmetno javno naročilo, tako naročnik, omogoča vzpostavitev programske opreme za zaznavanje anomalij v mrežnem prometu procesnih sistemov, ki podpirajo nadzor nad obratovanjem prenosnega sistema električne energije RS. Vsebina dokumentacije tako predstavlja podatke, katerih razkritje bi lahko ogrozilo delovanje sistema vodenja, s tem pa delovanje procesnih sistemov, samega prenosnega omrežja električne energije in posledično varnosti RS. Skladno z ZTP je naročnik tudi od potencialnih kandidatov zahteval, da se izkažejo z ustreznimi potrdili, na podlagi katerih imajo dovoljenje za dostop in obravnavo tajnih podatkov. Glede na to, da je že sam tehnični del razpisne dokumentacije predstavljal občutljive podatke, so posledično enako občutljivo vsebino predstavljale tudi ponudbe v tem delu. Ko je na koncu naročnik izdal odločitev o oddaji javnega naročila, ki mora biti skladno z 90. členom ZJN-3 objavljena na portalu javnih naročil, pa je oceno merila »bonus opcije« lahko obrazložil le na način, da s tem ni izdal tajnih podatkov oziroma poslovnih skrivnosti posameznih ponudnikov, kar je v sami obrazložitvi odločitve tudi navedel. V zvezi s trditvami vlagatelja glede neobrazloženosti odločitve o oddaji javnega naročila naročnik citira določbe razpisne dokumentacije, ki se nanašajo na ocenjevanje ponudb glede na merili »cena« in »bonus opcije«. Navaja, da so »bonus opcije« obsegale 36 zahtev, te zahteve pa so enako kot vse tiste, ki so predstavljale pogoj za tehnično ustreznost ponudbe, pomenile podatke, označene s stopnjo tajnosti »INTERNO«, saj so predstavljale občutljivo vsebino o delovanju sistema in bi njihovo razkritje nepooblaščenim osebam lahko škodovalo naročniku pri njegovem delovanju. Ker ne gre za generično blago ali storitve, ki so na trgu uveljavljene dlje časa, temveč za tehnološko noviteto in je rešitev prilagojena naročniku, predstavljajo rešitve »bonus opcij« pri posameznem ponudniku njegovo poslovno skrivnost. Naročnik je o številu priznanih »bonus opcij« ponudnike obvestil v povabilu k cenovnim pogajanjem z dne 5. 7. 2022. Vsak ponudnik je glede na predpisano formulo tako lahko sam izračunal, koliko točk bo dobil po tem merilu, prav tako je to lahko izračunal tudi za ostale ponudnike. Naročnik je v nadaljevanju povabila zapisal še, da naj posamezni ponudnik, v kolikor želi podrobnejšo obrazložitev ocene tehničnega merila oziroma mu ugovarja, svojo prošnjo poda naročniku v roku treh delovnih dni od prejema povabila. Ker nobeden izmed ponudnikov (vključno z vlagateljem) ni podal niti prošnje za podrobnejšo obrazložitev niti ugovora, so bila v nadaljevanju izvršena pogajanja in nato izdana odločitev o oddaji javnega naročila s ponovno obrazložitvijo ocene meril, ki jo je naročnik podal v največjem možnem obsegu, v katerem je to še lahko storil, da ni razkril občutljivih podatkov (niti poslovnih skrivnosti ponudnikov niti svojih tajnih podatkov). Da pa bi vsak ponudnik zase vseeno lahko vedel, katerih »bonus opcij« mu naročnik ni priznal, je naročnik v obrazložitvi vsakemu ponudniku podal natančen enoznačen opis posamezne nepriznane »bonus opcije«, in sicer s sklicevanjem na svojo »*Tabelo tehničnih podatkov*« in hkrati na tiste strani v ponudbeni dokumentaciji posameznega ponudnika, na katerih ponudnik dokazuje in opisuje rešitev, s katero posamezno »bonus opcijo« izpolnjuje. Glede razloga za priznanje oziroma nepriznanje posamezne opcije je naročnik za vse ponudnike v odločitvi zapisal, da »*navedenih bonus opcij naročnik ponudnikom ni priznal, ker iz ponudb ne izhaja, da izpolnjujejo zahteve iz tehničnega dela razpisne dokumentacije*«. Če se vlagatelj ni strinjal z oceno merila oziroma je želel podrobnejšo obrazložitev, bi naročnika za to lahko zaprosil, vendar se mu v tisti fazi očitno to ni zdelo sporno. Glede tega je treba opozoriti tudi na določbo tretjega odstavka 25. člena ZPVPJN; ker so ponudniki pred oddajo cenovnih ponudb imeli možnost preveriti naročnikovo oceno ter ji ugovarjati, je vlagatelj glede očitkov v zvezi z oceno merila »bonus opcij« po mnenju naročnika prepozen. Glede vpogleda naročnik navaja, da ga je organiziral v zakonsko določenem roku, tj. 9. 9. 2022, vendar je pri vnosu elektronskega naslova vlagatelja prišlo do napake, zato vlagatelj povabila na vpogled ni prejel. Naročnik je še istega dne, ko je napako odkril (tj. 9. 9. 2022), vlagatelja povabil na vpogled, ki je bil organiziran takoj naslednji delovni dan, tj. 12. 9. 2022. V nadaljevanju naročnik navaja, v katere dokumente je vlagatelj zahteval vpogled in v katere dokumente oziroma podatke mu je naročnik vpogled omogočil in v katere ne ter zakaj. Dalje so po mnenju naročnika neutemeljene vlagateljeve navedbe glede domnevnih kršitev naročnika pri točkovanju merila »cena«. Pomembno je namreč končno število točk, za katerega pa vlagatelj ne zatrjuje, da bi bilo napačno (ker tudi ni), zato ni jasno, kakšna škoda naj bi

vlagatelju s to kršitvijo nastala. Pri ocenjevanju ponudb je naročnik res spregledal, da je zahtevo pod točko 8.2 spremenil v »bonus opcijo« in jo je še naprej obravnaval kot pogoj. Vendar pa vlagatelj zaradi tega v ničemer ni bil oškodovan, saj se v primeru, da bi naročnik navedeno zahtevo pravilno obravnaval kot »bonus opcijo«, vrstni red ponudnikov ne bi spremenil. Glede vlagateljevih navedb o tem, da mu ni jasno, zakaj mu naročnik ni priznal vrste »bonus opcij«, zlasti tistih pod točkama 5.4 in 6.9, je naročnik mnenja, da so nejasne in neobrazložene. Na podlagi vsega navedenega naročnik ocenjuje, da je zahtevka za revizijo neutemeljena, zato ga je treba zavrniti.

Vlagatelj se do navedb naročnika iz sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo, ki mu ga je naročnik posredoval skupaj s pravnim poukom, ni opredelil.

Naročnik je Državni revizijski komisiji dne 3. 10. 2022 odstopil dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila, ki ni bila označena s stopnjo tajnosti »INTERNO«, in dokumentacijo iz predrevizijskega postopka, dne 4. 10. 2022 pa je Državni revizijski komisiji osebno (v fizični obliki) odstopil še dokumentacijo iz postopka oddaje javnega naročila, označeno s stopnjo tajnosti »INTERNO«.

Državna revizijska komisija je dne 10. 10. 2022 vlagatelju v seznanitev posredovala vlogo izbranega ponudnika z dne 19. 9. 2022.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 12. 10. 2022 opredelil do navedb izbranega ponudnika iz vloge z dne 19. 9. 2022.

Državna revizijska komisija je v predmetni zadevi dne 4. 11. 2022 skladno s prvim odstavkom 37. člena ZPVPJN podaljšala rok za sprejem odločitve.

Po pregledu dokumentacije o javnem naročilu, preučitvi navedb vlagatelja, izbranega ponudnika in naročnika ter po pregledu predloženih dokaznih listin je Državna revizijska komisija odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Med vlagateljem in naročnikom je primarno spor o tem, ali je naročnik odločitev o oddaji javnega naročila v delu, ki se nanaša na ocenjevanje ponudb po merilu »bonus opcije«, ustrezno obrazložil in ali je po sprejemu te odločitve vlagatelju kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, v nadaljevanju pa je med njima spor tudi o tem, ali je naročnik ponudbi izbranega ponudnika in vlagatelja pravilno ocenil glede na merila, ki jih je določil v razpisni dokumentaciji.

1. Glede (ne)obrazloženosti odločitve o oddaji javnega naročila

Ker je vlagatelj v zvezi z izpostavljenimi spornimi vprašanji v zahtevku za revizijo kot prve podal navedbe glede neobrazloženosti izpodbijane odločitve, je Državna revizijska komisija te navedbe tudi najprej obravnavala. Preden se Državna revizijska komisija vsebinsko opredeli do teh navedb, pa je treba odgovoriti na naročnikove pomisleke v zvezi z njihovo pravočasnostjo. Naročnik namreč zatrjuje, da je vlagatelj med postopkom oddaje javnega naročila (po prejemu povabila k cenovnim pogajanjem) že imel možnost zaprositi za podrobnejšo obrazložitev ocene po merilu »bonus opcije« oziroma tej oceni ugovarjati. Ker tega v roku, ki ga je v povabilu k cenovnim pogajanjem določil naročnik, ni storil, je vlagatelj z navedbami glede ocenjevanja po merilu »bonus opcije«, vključno z navedbami o neobrazloženosti odločitve o oddaji naročila v tem delu, po mnenju naročnika prepozen.

Med strankama ni sporno, da je naročnik v povabilu k cenovnim pogajanjem z dne 5. 7. 2022 (gl. naročnikov dokument »*Povabilo k drugi fazi postopka s pogajanjem z objavo za nakup opreme za zaznavo anomalij mrežnega prometa SAD (SCADA Anomaly Detection) – cenovni del*«) ponudnike seznanil s številom priznanih »bonus opcij«, o tem pa se je s preučitvijo omenjenega povabila prepričala tudi Državna revizijska komisija. Pregled povabila nadalje potrjuje navedbo naročnika, da je bilo v povabilu pod podatkom o številu priznanih »bonus opcij« zapisano: »*Kolikor posamezen ponudnik želi dodatno podrobnejšo obrazložitev ocene tehničnega merila oz. mu ugovarja, naj svojo prošnjo poda v roku treh delovnih dni od prejema tega povabila na elektronski naslov sad@eles.si.*«.

Res je torej naročnik določil rok, v katerem so lahko ponudniki med postopkom oddaje javnega naročila zaprosili za podrobnejšo obrazložitev ocene po tehničnem merilu (tj. ocene po merilu »bonus opcije«) oziroma so lahko tej oceni ugovarjali. Na podlagi pregleda spisovne dokumentacije se gre z naročnikom strinjati tudi o tem, da vlagatelj možnosti podaja prošnje za podrobnejšo obrazložitev oziroma možnosti uveljavljanja ugovora zoper oceno po merilu »bonus opcije« ni izkoristil. Po drugi strani pa se Državna revizijska komisija z naročnikom ne more strinjati o tem, da je vlagatelj zgolj zato, ker opisane možnosti ni izkoristil, prepozen z navedbami, ki jih v zahtevku za revizijo podaja glede ocenjevanja po merilu »bonus opcije«, vključno z navedbami o neobrazloženosti odločitve o oddaji naročila v tem delu.

V tej zvezi je treba najprej pojasniti, da naročnik predmetno javno naročilo oddaja po postopku s pogajanjem z objavo, ki je v 45. členu ZJN-3 urejen kot dvofazni postopek. V prvi fazi postopka gospodarski subjekti na podlagi objavljenega povabila k sodelovanju oddajo prijavo za sodelovanje, ki mora vsebovati vse informacije za ugotavljanje sposobnosti, ki jih je zahteval naročnik. Na podlagi prijav za sodelovanje naročnik v skladu z vnaprej določenimi zahtevami iz povabila k sodelovanju in na podlagi informacij, ki so jih predložili zainteresirani gospodarski subjekti v svojih prijavah, med prijavitelji izbere usposobljene ponudnike, ki bodo povabljeni k pogajanjem. V drugi (»pogajalski«) fazi naročnik hkrati in v pisni obliki povabi usposobljene ponudnike (kandidate) k predložitvi ponudb. Zakon poteka pogajanj ne ureja, kar pomeni, da sta sestava pogajalskega protokola in izvedba pogajanj prepuščena naročniku, pri čemer pa naročnika zavezuje (najmanj) načeli enakopravne obravnave vseh sodelujočih ponudnikov in transparentnosti javnega naročanja.

V obravnavanem primeru je naročnik s predstavljenim potekom postopka zainteresirane gospodarske subjekte tudi izrecno seznanil. Naročnik je namreč v razpisni dokumentaciji (gl. dokument »*Razpisna dokumentacija št. MAP2021/0379*«) pod poglavjem »*Navodilo prijavitelju za izdelavo prijave*« v točki 3. zapisal, da bo postopek s pogajanjem z objavo izvedel v dveh fazah, pri čemer bo v prvi fazi ugotavljal sposobnost prijaviteljev, usposobljeni prijavitelji pa se bodo uvrstili v drugo fazo, v kateri bo ponudnikom izročil potrebno dokumentacijo, jih pozval k oddaji ponudb ter se z njimi pogajal o višini ponudbene cene. Drugo fazo postopka je naročnik v nadaljevanju razpisne dokumentacije uredil še bolj podrobno. V prilogi razpisne dokumentacije (gl. dokument »*PRILOGA 2. faza*«) je tako določil, da bo v drugi fazi povabljenim ponudnikom (kandidatom) izročil tehnično razpisno dokumentacijo za nakup zahtevane opreme, na podlagi prejete dokumentacije pa bodo morali ponudniki (kandidati) oddati izhodiščne ponudbe, pri čemer bo naročnik ponudbe, ki ne bodo izpolnjevale vseh tehničnih zahtev, izločil iz nadaljnje obravnave. Po izvedeni evaluaciji oziroma tehničnem vrednotenju ponudb (po merilu »bonus opcije«) bo naročnik ponudnike povabil k pogajanjem o ceni.

Iz 45. člena ZJN-3 ter predstavljenih določb razpisne dokumentacije o poteku postopka s pogajanjem z objavo je razvidno, da zakon morebitne tretje faze, torej faze, ki bi obstajala poleg opisanih dveh faz in v kateri bi lahko ponudniki zahtevali obrazložitev ocenjevanja ponudb po merilih oziroma mu ugovarjali, ne predvideva, take (tretje) faze pa v razpisni dokumentaciji ni

predvidel niti naročnik. Še več, iz zakona (enako pa tudi iz določb razpisne dokumentacije) izhaja, da morebitna podrobnejša obrazložitev ocene po merilih oziroma ugovor zoper takšno oceno nista določena niti znotraj katere od dveh predvidenih faz postopka. Ker torej zakon – in razpisna dokumentacija – prošnje za podrobnejšo obrazložitev ocene po merilih oziroma ugovora zoper takšno oceno ne poznata, je logično, da za vlagatelja, ki takšne prošnje oziroma ugovora ni podal, pravne posledice iz tega naslova ne morejo nastati. Že iz tega razloga je zato treba ugotoviti, da dejstvo, da vlagatelj po prejemu povabila k cenovnim pogajanjem ni podal prošnje za podrobnejšo obrazložitev ocene po merilu »bonus opcije« oziroma tej oceni ni ugovarjal, za presojo pravočasnosti navajanja kršitev v zvezi z ocenjevanjem po merilu »bonus opcije« ne more biti relevantno. Še manj je lahko to dejstvo relevantno za presojo pravočasnosti očitka v zvezi z neobrazloženostjo odločitve o oddaji naročila v delu, ki se nanaša na ocenjevanje po izpostavljenem merilu. Navedena odločitev je bila namreč sprejeta šele po tem – in je zato tudi do kršitve v zvezi z neobrazloženostjo te odločitve lahko prišlo šele po tem –, ko se je v povabilu določeni rok za podajo prošnje za podrobnejšo obrazložitev ocene tehničnega merila že iztekel.

Dejstvo, da je naročnik v povabilu k cenovnim pogajanjem določil rok, v katerem so lahko ponudniki zaprosili za podrobnejšo obrazložitev ocene po merilu »bonus opcije« oziroma zoper to oceno ugovarjali, je torej – glede na pojasnjeno – treba razumeti zgolj kot (nezavezujočo) možnost, ki jo je naročnik v konkretnem primeru po lastni presoji omogočil ponudnikom, ne da bi opustitev te možnosti za ponudnike lahko imela škodljive posledice. To še toliko bolj velja ob ugotovitvi, da naročnik ponudnikov na škodljive posledice opustitve podaje prošnje oziroma ugovora v povabilu k cenovnim pogajanjem, kjer je takšno možnost določil, ni opozoril.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da so vlagateljeve navedbe v zvezi z ocenjevanjem po merilu »bonus opcije«, vključno z navedbami o neobrazloženosti odločitve o oddaji naročila v tem delu, pravočasne.

Takšnega zaključka ne morejo spremeniti naročnikove trditve o tem, da so ponudniki pred oddajo cenovnih ponudb imeli možnost preveriti naročnikovo oceno in ji ugovarjati, kar bi po prejemu povabila k cenovnim pogajanjem lahko storil tudi vlagatelj, pa ni. V povezavi s temi trditvami se naročnik sklicuje na tretji odstavek 25. člena ZPVPJN, ki določa, da vlagatelj po preteku roka za predložitev ponudb ne more navajati kršitev, ki so mu bile ali bi mu morale biti znane pred potekom tega roka, razen če to dopušča ZPVPJN in v primerih, ko dokaže, da zatrjevanih kršitev objektivno ni bilo mogoče ugotoviti pred tem rokom.

Državna revizijska komisija pojasnjuje, da je v tretjem odstavku 25. člena ZPVPJN sicer res vsebovano splošno pravilo glede pravočasnosti revizijskih navedb, vendar pa je treba v tej zvezi kot bistveno izpostaviti, da je vlagatelj za zatrjevane kršitve (tj. nepravilnosti pri ocenjevanju ponudb po merilu »bonus opcije« in neobrazloženost odločitve o oddaji naročila v tem delu) že po naravi stvari lahko izvedel šele po poteku roka za predložitev ponudb, zato pri navajanju teh kršitev v zahtevku za revizijo zoper odločitev o oddaji naročila skladno s tretjim odstavkom 25. člena ZPVPJN ne more biti prepozen. V tej zvezi ne gre spregledati, da uveljavljanje pravnega varstva glede na določbe ZPVPJN neposredno po prejemu povabila k cenovnim pogajanjem ni predvideno. Zahtevek za revizijo je skladno z zakonom v tej fazi dopustno vložiti šele zoper odločitev o oddaji javnega naročila, kar pa je vlagatelj v konkretnem primeru tudi storil. Ker torej vlagatelj vse od prejema povabila k cenovnim pogajanjem pa do prejema (oziroma objave) odločitve o oddaji javnega naročila možnosti uveljavljanja pravnega varstva glede na določbe 25. člena ZPVPJN v konkretnem primeru sploh ni imel, se ni mogoče strinjati z naročnikom, da je vlagatelj z obravnavanimi navedbami prepozen, ker jih ni podal že takoj po prejemu povabila k cenovnim pogajanjem.

Zaključka o pravočasnosti izpostavljenih revizijskih navedb ne morejo spremeniti niti naročnikove navedbe o tem, da vlagatelj zoper povabilo k cenovnim pogajanjem ni podal nobenega očitka v smislu nestrinjanja s takšnim načinom obveščanja, zaradi česar bi bilo mogoče po mnenju naročnika povleči analogijo z očitki zoper razpisno dokumentacijo, na katere mora biti predhodno opozorjeno na portalu javnih naročil, sicer njihova obravnava skladno s tretjim odstavkom 16. člena ZPVPJN ni dopustna. Kakor namreč izhaja že iz navedb naročnika samega, ZPVPJN v tretjem odstavku 16. člena kot pogoj za vsebinsko obravnavo očitkov zoper razpisno dokumentacijo izrecno določa predhodno opozorilo na portalu javnih naročil, medtem ko ga za oceno ponudb po merilih v postopku s pogajanjem z objavo ne. Nobenega dvoma torej ni, da naročnikovim navedbam v tej zvezi ni mogoče pritrditi.

Ker je Državna revizijska komisija zaključila, da so vlagateljeve navedbe v zvezi z ocenjevanjem po merilu »bonus opcije«, vključno z navedbami o neobrazloženosti odločitve o oddaji naročila v tem delu, pravočasne, je v nadaljevanju najprej po vsebini obravnavala navedbe o neobrazloženosti izpodbijane odločitve.

Splošno pravilo o tem, kaj mora vsebovati odločitev o oddaji javnega naročila, da jo je mogoče šteti za obrazloženo, je vsebovano v 90. členu ZJN-3. Ta v tretjem odstavku določa, da sprejme naročnik odločitev o oddaji javnega naročila najpozneje v roku 90 dni od roka za oddajo ponudb, pri čemer mora ta odločitev vsebovati:

- razloge za zavrnitev ponudbe vsakega neuspešnega ponudnika, ki ni bil izbran, in v primeru iz sedmega, osmega in devetega odstavka 68. člena tega zakona tudi razloge za odločitev o neenakovrednosti oziroma da gradnje, blago ali storitve ne izpolnjujejo zahtev v zvezi z delovanjem ali funkcionalnostjo;
- značilnosti in prednosti izbrane ponudbe ter ime uspešnega ponudnika ali podpisnikov okvirnega sporazuma;
- razloge za zavrnitev prijave vsakega neuspešnega kandidata k sodelovanju;
- v primeru izvedbe pogajanj ali dialoga, kratek opis poteka pogajanj in dialoga s ponudniki.

Pri tem se lahko naročnik na podlagi četrtega odstavka 90. člena ZJN-3 odloči, da nekaterih informacij o oddaji naročila iz drugega in tretjega odstavka tega člena ne objavi, če bi njihovo razkritje oviralo izvajanje zakona ali bi bilo sicer v nasprotju z javnim interesom, če bi škodilo upravičenim poslovnim interesom posameznega javnega ali zasebnega gospodarskega subjekta ali če bi lahko vplivalo na pošteno konkurenco med gospodarskimi subjekti. Naročnik pa ne sme zavrniti zahteve Državne revizijske komisije glede izročitve vseh podatkov o postopku javnega naročanja.

Navedena določba tretjega odstavka 90. člena ZJN-3, ki naročniku nalaga, da obrazloži odločitev o oddaji javnega naročila, je bistvena za zagotavljanje pravice do učinkovitega pravnega sredstva ponudnikov. Šele izpolnjena dolžnost naročnika, da obrazloži odločitev o oddaji javnega naročila, zagotovi ponudnikom možnost uresničitve pravice do učinkovitega pravnega sredstva, saj jim omogoči, da se seznanijo s pglavitnimi razlogi naročnikove odločitve, preverijo njihovo logično in pravno vzdržnost ter se po lastni presoji odločijo, ali jo bodo izpodbijali v postopku pravnega varstva. Da pa bi mogli ponudniki sprejeti odločitev o (ne)uveljavljanju pravnega varstva, morajo biti v zadostni meri seznanjeni s konkretnimi in jasnimi razlogi, ki so naročnika vodili pri sprejemu odločitve o oddaji naročila.

Četudi zakon ne določa kriterijev za ugotavljanje zadostnosti oziroma ustreznosti vsakokratne obrazložitve odločitve o oddaji javnega naročila, pa je slednje skozi svojo prakso izoblikovala Državna revizijska komisija. V skladu z ustaljeno prakso Državne revizijske komisije (prim. npr. odločitvi v zadevah št. 018-163/2016, 018-135/2017) mora odločitev naročnika vsebovati jasne ter nedvoumne razloge do te mere, da se lahko ponudniki seznanijo z utemeljitvijo odločitve,

preverijo njeno pravilnost oziroma zakonitost ter po potrebi zaščitijo svoje pravice. Čeprav ni nujno, da bi bila obrazložitev odločitve vseobsežna, torej takšna, da bi zajemala prav vse podrobnosti posameznih razlogov, na podlagi katerih je naročnik sprejel odločitev o oddaji naročila, pa mora obsegati jasno ter konkretno navedbo odločilnih (pravnih in dejanskih) dejstev, ki utemeljujejo naročnikovo odločitev.

Določba tretjega odstavka 90. člena ZJN-3, ki naročniku nalaga, da obrazloži odločitev o oddaji javnega naročila, (med drugim) odraža tudi načelo transparentnosti javnega naročanja. Slednje je določeno v 6. členu ZJN-3, ki zahteva, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku. Postopki javnega naročanja po ZJN-3 so javni, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami obvestil glede javnih naročil na portalu javnih naročil ali na portalu javnih naročil in v Uradnem listu Evropske unije.

Medtem ko se torej načelo transparentnosti nanaša na postopek oddaje javnega naročila kot celoto in znotraj tega zlasti na objave javnih naročil, razpisno dokumentacijo in postopek odpiranja ponudb, pa ima ponudbena dokumentacija posameznih ponudnikov drugačen status. Za ponudbeno dokumentacijo veljajo številne omejitve, povezane z vprašanjem varovanja poslovnih skrivnosti in drugih podatkov (npr. osebnih ali tajnih), ki so varovani v skladu z zakonom. ZJN-3 namreč naročnika na več mestih zavezuje k varovanju poslovnih skrivnosti ponudnikov in drugih zaupnih podatkov. V skladu s prvim odstavkom 35. člena ZJN-3 naročnik tako ne sme razkriti informacij, ki mu jih gospodarski subjekt predloži in označi kot poslovno skrivnost, kot to določa zakon, ki ureja gospodarske družbe, če ta ali drug zakon ne določa drugače. Naročnik mora zagotoviti tudi varovanje podatkov, ki se glede na določbe zakona, ki ureja varstvo osebnih, in glede na določbe zakona, ki ureja varstvo tajnih podatkov, štejejo za osebne ali tajne podatke. Prav tako četrti odstavek 35. člena ZJN-3 določa, da so vsi dokumenti v zvezi z oddajo javnega naročila po pravnomočnosti odločitve o oddaji javnega naročila javni, če ne vsebujejo poslovnih skrivnosti, osebnih ali tajnih podatkov, pred tem datumom pa se določbe zakona, ki ureja dostop do informacij javnega značaja, ne uporabljajo. Poslovne skrivnosti je naročnik zavezan varovati tudi v primeru uveljavljanja pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika (prim. peti odstavek 35. člena ZJN-3).

Za poslovno skrivnost se skladno z Zakonom o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/2006 s sprem., v nadaljevanju: ZGD-1) štejejo informacije, ki izpolnjujejo zahteve za poslovno skrivnost v skladu z zakonom, ki ureja poslovne skrivnosti. Iz prvega odstavka 2. člena Zakona o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/2019; v nadaljevanju: ZPosS) izhaja, 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 citirane tretje alineje 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 (drugi odstavek 2. člena ZPosS). Skladno s tretjim odstavkom istega člena se za poslovno skrivnost ne morejo določiti informacije, ki so po zakonu javne, ali informacije o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev.

Vendar Državna revizijska komisija na tem mestu posebej izpostavlja, da je varstvo zaupnosti, ki je urejeno v 35. členu ZJN-3, širše od varstva, ki se nanaša le na poslovne skrivnosti (prim. v tem smislu sodbo Sodišča EU z dne 17. novembra 2022 v zadevi C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888, točka 55). Namen pravil Unije, posledično pa tudi nacionalne javnonaročniške zakonodaje je zlasti v tem, da se zagotovi obstoj neizkrivljene konkurence, kar pa je mogoče doseči le, če naročniki ne razkrivajo informacij o postopkih oddaje javnih naročil, katerih vsebino bi se v tekočih ali nadaljnjih postopkih lahko uporabilo za izkrivljanje konkurence. Postopki oddaje javnih naročil namreč temeljijo na zaupanju med naročniki in gospodarskimi subjekti, kar pomeni, da morajo gospodarski subjekti imeti možnost naročnikom posredovati vse koristne informacije v okviru postopka oddaje naročila, ne da bi se bali, da bi naročniki tretjim osebam posredovali elemente informacij, katerih razkritje bi lahko navedenim subjektom škodilo (prim. sodbo Sodišča EU z dne 14. februarja 2008 v zadevi C-450/06, EU:C:2008:91, točke od 34 do 36, sodbo z dne 7. septembra 2021 v zadevi C-927/19, EU:C:2021:700, točka 115, in sodbo z dne 17. novembra 2022 v zadevi C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888, točka 49).

V tem smislu je treba pravila o varstvu zaupnih informacij in v tem okviru poslovnih skrivnosti izvajati tako, da so usklajena s pravico do učinkovitega pravnega sredstva. Že na tem mestu pa velja v zvezi s pravico do učinkovitega pravnega sredstva opozoriti na stališče Sodišča EU, da obveznost obrazložitve odločitve o zavrnitvi ponudbe ponudnika v okviru postopka oddaje javnega naročila ne pomeni, da bi moral ta ponudnik imeti na voljo popolne informacije o značilnostih ponudbe, ki jo je izbral naročnik (prim. v tem smislu sodbo Sodišča EU z dne 7. septembra 2021 v zadevi C-927/19, EU:C:2021:700, točka 115).

V obravnavanem primeru vlagatelj zatrjuje, da je odločitev o oddaji javnega naročila v delu, ki se nanaša na ocenjevanje po merilu »bonus opcije«, neobrazložena. Iz odločitve po mnenju vlagatelja namreč ni razvidno, koliko in katere »bonus opcije« ter zakaj je naročnik priznal oziroma jih ni priznal vlagatelju in koliko ter katere »bonus opcije« in zakaj je naročnik priznal oziroma jih ni priznal izbranemu ponudniku.

Naročnik je, kot pojasnjuje že sam, v razpisni dokumentaciji (v okviru prve faze postopka) določil, da bo prejete ponudbe v drugi fazi postopka ocenjeval na podlagi dveh meril, tj. cene in »bonus opcij«. V prilogi razpisne dokumentacije (gl. dokument »PRIOLOGA 2. faza«) je tako navedel:

»Vrednotenje pravilno izpolnjenih ponudb se bo določalo po najvišjih skupnih odstotnih točkah. Pri čemur se bo upoštevalo:

a. Vse zahteve označeno z »Zahtevano« so nujne in so pogoj za nadaljnje ocenjevanje.

b. Vsaka zahteva označena z »Bonus opcija« lahko prinese 0,25 odstotne točke.

c. Prvo se izračuna osnovne odstotne točke (OOT) po formuli:

$$OOTx = (\min(\text{cena}) / \text{cenax}) \times 100$$

d. nato se izračuna bonus odstotne točke po formuli:

$$BOTx = BOx \times 0,3$$

e. skupno število točk po formuli:

$$SOTx = OOTx + BOTx.$$

Merilo »bonus opcije« je naročnik natančneje določil v tehničnem delu razpisne dokumentacije (gl. dokument »Tehnični razpisni pogoji«), ki ga je – s sklicevanjem na občutljivost podatkov v zvezi s predmetom javnega naročila – skladno z ZTP označil s stopnjo tajnosti INTERNO. Tehnični del razpisne dokumentacije je (med drugim) obsegal tako zahteve, ki so se nanašale na predmet javnega naročila in so bile določene kot obvezne (ponudniki so jih torej za dopustnost ponudbe morali izpolniti), kakor tudi zahteve, ki jih je naročnik poimenoval »bonus opcije« in so bile določene kot neobvezne oziroma opcijske, ponudnikom pa so v primeru izpolnitve prinesle točke v okviru merila »bonus opcije«. Kot je razvidno iz odgovorov, ki jih je naročnik dne 25. 3.

2022 po pošti posredoval ponudnikom v zvezi z njihovimi vprašanji z dne 22. 3. in 23. 3. 2022, je vsaka izpolnjena »bonus opcija« - pri ocenjevanju po merilu »bonus opcije« - ponudnikom prinesla 0,3 odstotne točke (in ne 0,25 odstotne točke, kot je naročnik v razpisni dokumentaciji zmotno navedel pod točko b. citirane določbe o ocenjevanju ponudb).

V zvezi z ocenjevanjem po merilu »bonus opcije« je naročnik v odločitvi o oddaji javnega naročila št. /894/ML/ML/2021/0379 z dne 2. 9. 2022 najprej navedel število »bonus opcij«, ki jih je priznal vsakemu od ponudnikov, v nadaljevanju odločitve pa je zapisal:

»Naročnik ponudnikom ni priznal sledečih ponujenih »Bonus opcij«:

/.../

SMART COM d.o.o. Ljubljana - Črnuče

- prve bonus opcije iz naročnikove tabele zahtev, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 62 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- bonus opcije, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 142 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi in*
- obeh bonus opcij, ki ju ponudnik izkazuje z referenco na strani 96 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi.*

Mi-line d.o.o. Ljubljana

- bonus opcije, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 22 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- bonus opcije, ki jo ponudnik izkazuje z referenco v prilogi 4 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- prve bonus opcije iz naročnikove tabele zahtev, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 37 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- bonus opcije, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 14 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- obeh bonus opcij, ki ju ponudnik izkazuje z referenco na strani 44 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- tretje bonus opcije iz naročnikove tabele zahtev, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 52 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- bonus opcije, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 100 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi,*
- bonus opcije, ki jo ponudnik izkazuje z referenco na strani 19 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi in*
- bonus opcije, ki jo ponudnik izkazuje z referenco v prilogi 11 referenčnega dokumenta v svoji ponudbi.*

Navedenih bonus opcij naročnik ponudnikom ni priznal, ker iz ponudb ne izhaja, da izpolnjujejo zahteve iz tehničnega dela razpisne dokumentacije.

Zaradi varovanja tajnih podatkov in poslovnih skrivnosti ponudnikov naročnik skladno s četrtrim odstavkom 90. čl. ZJN-3 oceno merila »Bonus opcije« predstavlja na način, kot je razvidno zgoraj./.../«

Na podlagi preučitve izpodbijane odločitve se Državna revizijska komisija ne more strinjati z vlagateljem o tem, da iz odločitve ni razvidno, koliko »bonus opcij« je naročnik priznal in koliko jih ni priznal vlagatelju ter koliko »bonus opcij« je naročnik priznal in koliko jih ni priznal izbranemu

ponudniku. Nasprotno, Državna revizijska komisija na podlagi preučitve izpodbijane odločitve ugotavlja, da iz slednje jasno izhaja tako število »bonus opcij«, ki jih je naročnik vlagatelju in izbranemu ponudniku priznal, kot tudi število »bonus opcij«, ki jih naročnik vlagatelju in izbranemu ponudniku ni priznal. Iz tabele, ki jo je v izpodbijani odločitvi predstavil naročnik, je namreč razvidno, da je vlagatelju priznal 20, izbranemu ponudniku pa 27 »bonus opcij«, kar v zahtevku za revizijo nenazadnje navaja tudi vlagatelj sam. Prav tako je iz zgoraj citiranega dela izpodbijane odločitve, v katerem naročnik pojasnjuje, katerih »bonus opcij« ni priznal vlagatelju in katerih ne izbranemu ponudniku, mogoče (že zgolj na podlagi štetja alinejsko navedenih »bonus opcij«) nedvoumno ugotoviti ne le število nepriznanih »bonus opcij« vlagatelja, pač pa tudi število nepriznanih »bonus opcij« izbranega ponudnika.

Državna revizijska komisija se tudi ne more strinjati z navedbo vlagatelja, da iz odločitve o oddaji naročila ni razvidno, kako je naročnik »bonus opcije« točkoval oziroma kako je priznaval bonus točke. Naročnik je namreč v izpodbijani odločitvi pojasnil, da lahko vsaka zahteva, označena kot »bonus opcija«, ponudniku prinese 0,3 odstotne točke. Ker je naročnik, kot že obrazloženo, v izpodbijani odločitvi poleg podatka o vrednosti ene »bonus opcije« navedel tudi podatek o tem, koliko »bonus opcij« je priznal vsakemu od ponudnikov, je treba pritrditi naročniku, da je lahko vsak ponudnik že na podlagi preprostega izračuna (formula za izračun je bila sicer objavljena tudi v razpisni dokumentaciji) ugotovil, koliko odstotnih točk je sam prejel po merilu »bonus opcije«, prav tako pa je to lahko ugotovil za ostale ponudnike.

Poleg obravnavanih revizijskih navedb vlagatelj v zvezi z neobrazloženostjo odločitve o oddaji naročila zatrjuje tudi, da iz odločitve ni mogoče razbrati, katere »bonus opcije« je naročnik priznal vlagatelju in katerih ne ter zakaj, prav tako pa tudi ne, katere »bonus opcije« je naročnik priznal izbranemu ponudniku in katerih ne ter zakaj.

V povezavi s predstavljenim zatrjevanjem vlagatelja Državna revizijska komisija na podlagi pregleda zgoraj citiranega dela izpodbijane odločitve ugotavlja, da je naročnik v zvezi z ocenjevanjem po merilu »bonus opcije« v odločitvi navedel, katerih »bonus opcij« ponudnikom ni priznal. Podatek o tem, za katere »bonus opcije« gre, je naročnik podal opisno. Iz citiranega dela izpodbijane odločitve je tako razvidno, da je naročnik nepriznane »bonus opcije« opredelil na način, da se je skliceval na svojo »*Tabelo tehničnih podatkov*«, ki je bila vsebovana v tehničnem delu razpisne dokumentacije in v kateri je določil »bonus opcije«, v povezavi s stranmi v ponudbeni dokumentaciji posameznega ponudnika, na katerih ponudnik dokazuje oziroma opisuje rešitev v zvezi z določeno »bonus opcijo«. Strinjati se gre zato z naročnikom, da je na podlagi take obrazložitve vsak ponudnik, tudi vlagatelj, ob pregledu svoje ponudbe lahko zase ugotovil, katerih »bonus opcij« mu naročnik ni priznal. Ker je vsak ponudnik tudi vedel, katere »bonus opcije« je sam ponudil, je na podlagi podatka o tem, katerih »bonus opcij« mu naročnik ni priznal, hkrati lahko zase nedvoumno ugotovil tudi, katere »bonus opcije« mu je naročnik priznal. V zvezi z navedbo vlagatelja, da iz izpodbijane odločitve ne izhajajo razlogi za priznanje »bonus opcij«, gre pojasniti, da že samo dejstvo, da je naročnik vlagatelju in izbranemu ponudniku priznal v odločitvi navedene »bonus opcije«, pomeni, da je naročnik ocenil, da so te »bonus opcije« skladne z vsemi zahtevami naročnika. Navajanje razlogov za priznanje »bonus opcij« zato že po naravi stvari ni potrebno, takšne obveznosti pa naročniku ne nalaga niti tretji odstavek 90. člena ZJN-3, ki določa vsebino odločitve o oddaji javnega naročila.

Medtem ko je torej posamezni ponudnik zase lahko ugotovil, katere »bonus opcije« mu je naročnik priznal in katerih ne, pa na podlagi predstavljene obrazložitve ni mogel ugotoviti, katere »bonus opcije« je naročnik priznal ostalim ponudnikom in katerih ter zakaj ne. Vlagatelj, ki je torej zase lahko ugotovil, katere »bonus opcije« mu je naročnik priznal in katerih ne, ima zato prav, ko navaja, da na podlagi odločitve o oddaji naročila ni mogel ugotoviti, katere »bonus opcije« je naročnik priznal izbranemu ponudniku in katerih ter zakaj ne. Vprašanje pa je, ali je naročnik

ravnal v nasprotju z zakonom, ko vlagatelja s temi podatki ni seznanil, kot to po vsebini smiselno zatrjuje vlagatelj.

Da navedeni podatki iz izpodbijane odločitve niso razvidni, naročnik ne zanika. Nasprotno, naročnik sam navaja, da ni želel razkriti, katere »bonus opcije« je priznal izbranemu ponudniku, saj bi s tem razkril ne samo poslovne skrivnosti izbranega ponudnika, pač pa tudi, kakšen bo naročnikov sistem v primeru uspešne sklenitve pogodbe. V odločitvi o oddaji javnega naročila je naročnik tako pojasnil, da je oceno po merilu »bonus opcije« na predstavljeni način obrazložil zaradi varovanja tajnih podatkov in poslovnih skrivnosti ponudnikov.

Podatke v zvezi z »bonus opcijami« so namreč, kakor pokaže pregled ponudb, kot poslovno skrivnost določili vsi ponudniki, vključno z vlagateljem in izbranim ponudnikom, ki je to storil s »Sklepom o določitvi dela ponudbene dokumentacije za poslovno skrivnost« z dne 20. 10. 2021. Vlagatelj ne nasprotuje navedbam naročnika ter izbranega ponudnika (o katerih se je s preučitvijo vsebine »bonus opcij« sicer prepričala tudi Državna revizijska komisija), da se »bonus opcije« nanašajo na specifične lastnosti ponujenega predmeta oziroma na tehnične rešitve sistema SAD, ki so prilagojene izključno naročniku, pri čemer posamezna rešitev, ki jo je ponudnik razvil sam oziroma kakršno ponuja njegov proizvajalec, predstavlja v razmerju do ostalih ponudnikov njegovo konkurenčno prednost. Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da »bonus opcije«, tj. tehnične rešitve, ki predstavljajo specifične individualno določene lastnosti ponujenega sistema SAD, prilagojene izključno naročniku, brez dvoma predstavljajo strokovno znanje, hkrati pa skrivnost, ki ni splošno znana ali lahko dosegljiva osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij, poleg tega pa gre za individualno določene lastnosti in s tem za tehnične novosti, ki nedvomno imajo tržno vrednost. Glede na to, da je izbrani ponudnik podatke, ki se nanašajo na »bonus opcije«, kot poslovno skrivnost določil v pisni obliki, tj. s sklepom z dne 20. 10. 2021, s katerim se je tudi zavezal o tem seznaniti vse zaposlene, ne more biti dvoma, da podatki v zvezi s ponujenimi »bonus opcijami« izbranega ponudnika skladno s prvim odstavkom 2. člena ZPosS predstavljajo njegovo poslovno skrivnost.

Vlagatelj sicer niti na splošni ravni ne zatrjuje, da podatki v zvezi z »bonus opcijami« iz ponudbe izbranega ponudnika skladno z ZPosS ne predstavljajo poslovne skrivnosti, še manj pa v tej zvezi navaja konkretna dejstva. Vlagatelj, ki je tudi sam podatke v zvezi z »bonus opcijami« označil za poslovno skrivnost, tega pa ne oporeka niti izbranemu ponudniku, po drugi strani zatrjuje, da so podatki v zvezi z »bonus opcijami« iz ponudbe izbranega ponudnika javni na podlagi drugega odstavka 35. člena ZJN-3. Posledično bi moral naročnik po mnenju vlagatelja v izpodbijani odločitvi navesti, katere »bonus opcije« je priznal izbranemu ponudniku in katerih ne ter zakaj, saj v nasprotnem primeru vlagatelj svojega pravnega interesa ne more zaščititi. To pomeni, da bi moral naročnik po mnenju vlagatelja oznako poslovne skrivnosti v zvezi s ponujenimi »bonus opcijami« izbranega ponudnika pri obrazložitvi izpodbijane odločitve spregledati, saj vlagatelju sicer ni zagotovljena pravica do učinkovitega pravnega sredstva.

V konkretnem primeru, ko je torej na eni strani izbrani ponudnik podatke v zvezi z »bonus opcijami« upravičeno določil kot poslovno skrivnost, na drugi strani pa vlagatelj zahteva razkritje teh podatkov zaradi zagotovitve pravice do učinkovitega pravnega sredstva, je ključnega pomena ugotoviti zlasti, kaj je predmet javnega naročila. Ta je namreč v konkretnem primeru tisti, čigar lastnosti bi z razkritjem ponujenih rešitev izbranega ponudnika, opredeljenih kot »bonus opcije«, postale znane ne le vlagatelju kot konkurentu izbranega ponudnika, temveč bi postale splošno znane in dostopne.

Kot izhaja iz razpisne dokumentacije, navaja pa tudi naročnik, je predmet konkretnega javnega naročila oprema za zaznavo anomalij mrežnega prometa SAD (SCADA Anomaly Detection). Med strankama ni sporno, da ima naročnik kot sistemski operater elektroenergetskega omrežja na

območju celotne države, ki je hkrati tudi upravljalec kritične infrastrukture v dveh sektorjih kritične infrastrukture in nosilec določenih dejavnosti ob nastopu raznovrstnih izrednih razmer v državi (kot so naravne nesreče, vojna ipd.), v RS specifičen položaj, ki je ključnega pomena za nemoteno delovanje elektroenergetskega sistema celotne države, s tem pa tudi za (energetsko) varnost RS (gl. v tej zvezi npr. Zakon o kritični infrastrukturi, Uradni list RS, št. 75/17 s sprem., Zakon o obrambi, Uradni list RS, št. 82/84 s sprem., ter Pravilnik o opredelitvi in izvajanju dodatnih nalog v izrednem stanju, vojni ali krizah ter ob večjih naravnih ali drugih nesrečah na področju elektrogospodarstva, Uradni list RS, št. 97/21). Med strankama dalje ni sporno, da predmetno javno naročilo naročniku omogoča vzpostavitev programske opreme za zaznavo anomalij v mrežnem prometu procesnih sistemov, ki podpirajo nadzor nad obratovanjem prenosnega sistema električne energije RS. Vlagatelj tudi ne zanika naročnikove navedbe, da je sistem vodenja – kot skupno ime za sisteme, ki so namenjeni nadzoru in krmiljenju tehnoloških procesov pri vodenju elektroenergetskega omrežja – ključnega pomena za varno, zanesljivo in učinkovito obratovanje prenosnega sistema. Ker vsebina tehničnega dela razpisne dokumentacije, ki vključuje tudi »bonus opcije«, določa način, tehniko, metode in sredstva vzpostavitve ter delovanja mehanizmov za obvladovanje informacijskih (kibernetskih) tveganj, ki so bistveni za neprekinjeno delovanje elektroenergetskega sistema celotne države, je naročnik, kot že pojasnjeno, ta del razpisne dokumentacije skladno z ZTP označil s stopnjo tajnosti INTERNO.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je oprema za zaznavo anomalij mrežnega prometa SAD, ki jo v konkretnem primeru nabavlja naročnik in je naročniku tudi prilagojena, povezana z delovanjem elektroenergetskega sistema države, s tem pa tudi z (energetsko) varnostjo države, zato je določena stopnja zaupnosti ne le v interesu posameznih ponudnikov, temveč tudi v javnem interesu. V tem smislu je posledično treba v tem konkretnem primeru razumeti tudi določbo drugega odstavka 35. člena ZJN-3, na katero opozarja vlagatelj in ki (med drugim) določa, da so podatki, ki so vplivali na razvrstitev ponudb v okviru drugih meril, javni. Ob upoštevanju konkretnega predmeta javnega naročila in vsebine tehničnih informacij, ki so jih ponudniki v okviru ponujenih »bonus opcij« podali v ponudbah, ki na eni strani naročniku nalagajo varovanje zaupnosti podatkov o ponujenih »bonus opcijah« izbranega ponudnika, in ob upoštevanju predstavljene določbe ZJN-3, ki na drugi strani narekuje razkritje teh podatkov in s tem zagotovitev učinkovitega pravnega varstva vlagatelju, je treba zato pravico do varovanja zaupnosti in pravico do učinkovitega pravnega sredstva med seboj uravnotežiti. To pomeni, da je treba – zaradi zagotovitve učinkovitega pravnega varstva – vlagatelja seznaniti s posameznimi podatki o »bonus opcijah« izbranega ponudnika, vendar na način, da se pri tem ne razkriva bistvene vsebine zaupnih informacij (v tej zvezi smiselno prim. sodbo Sodišča EU z dne 7. septembra 2021 v zadevi C-927/19, EU:C:2021:700, točke 121, 123, 124). S katerimi podatki je torej vlagatelja potrebno seznaniti, je po eni strani odvisno od vsebine informacij o »bonus opcijah«, po drugi strani pa je odvisno od vsebine navedb, ki jih mora vlagatelj podati v postopku pravnega varstva, da bi v njem lahko uspel.

Ob upoštevanju navedenega se Državna revizijska komisija strinja z vlagateljem, da bi moral naročnik v odločitvi o oddaji naročila pojasniti, katere »bonus opcije« je priznal izbranemu ponudniku. Ravnotežje med varovanjem zaupnih informacij in pravico do učinkovitega pravnega varstva bi bilo v tej zvezi po presoji Državne revizijske komisije zagotovljeno že s tem, da bi naročnik v odločitvi o oddaji naročila podatek o priznanih »bonus opcijah« izbranega ponudnika podal z navedbo točk, s katerimi je naročnik v »*Tabeli tehničnih podatkov*« posamezne »bonus opcije« oštevilčil (npr. »bonus opcija« pod točko 5.2 tabele). Pri tem pa je treba izpostaviti, da okoliščine konkretnega primera naročniku po oceni Državne revizijske komisije ne nalagajo, da v odločitvi o oddaji naročila za zagotovitev pravice do učinkovitega pravnega varstva navede tehnične rešitve, ki jih je izbrani ponudnik v zvezi s posameznimi priznanimi »bonus opcijami« ponudil in jih označil za poslovno skrivnost. To pomeni, da je po presoji Državne revizijske

komisije pravica do učinkovitega pravnega sredstva vlagatelju v zadostni meri zagotovljena že, če je s priznanimi »bonus opcijami« izbranega ponudnika seznanjen na način, da so te v odločitvi opredeljene z navedbo točk, s katerimi je naročnik »bonus opcije« označil v »*Tabeli tehničnih podatkov*« (naročnik s tem ne bi razkril niti tajnih podatkov glede vsebine zahtev niti poslovnih skrivnosti glede ponujenih rešitev izbranega ponudnika). Vlagatelj, ki razpolaga s »*Tabelo tehničnih podatkov*«, bi namreč tako lahko ugotovil, katere »bonus opcije« je naročnik izbranemu ponudniku priznal, in ker pozna tudi naročnikove (vsebinske) zahteve v zvezi z »bonus opcijami« (te izhajajo iz »*Tabele tehničnih podatkov*«), bi mu to omogočilo, da bi lahko v zahtevku za revizijo konkretizirano zatrjeval, da izbrani ponudnik zahtev v zvezi z določeno »bonus opcijo«, ki mu je bila priznana, po njegovem mnenju ne izpolnjuje, za tovrstne navedbe pa bi lahko predlagal tudi izvedbo dokazov, ki jih predvideva ZPVPJN. Takšen način zagotavljanja pravnega varstva je skladen ne le s prakso Državne revizijske komisije (gl. odločitev v zadevi št. 018-111/2016), temveč tudi s prakso Sodišča EU (gl. sodbo z dne 14. februarja 2008 v zadevi C-450/06, EU:C:2008:91), ki dopušča, da v zaupne dele dokumentacije vpogleda organ pravnega varstva, da bi se tako zagotovilo ravnotežje med pravico do učinkovitega pravnega varstva in pravico do varovanja zaupnosti podatkov.

Vlagatelj, ki ima zaradi zagotovitve pravice do učinkovitega pravnega varstva interes, da je seznanjen s podatkom o tem, katere »bonus opcije« so izbranemu ponudniku bile priznane (da lahko takšno oceno izpodbija v postopku pravnega varstva), pa po drugi strani nima interesa za seznanitev s podatkom, katerih »bonus opcij« naročnik izbranemu ponudniku ni priznal in zakaj ne. Dolžnost navedbe teh podatkov hkrati ne izhaja niti iz druge alineje tretjega odstavka 90. člena ZJN-3, ki naročniku v zvezi z izbrano ponudbo nalaga (le), da v odločitvi o oddaji javnega naročila navede (zgolj) značilnosti in prednosti te ponudbe, kar »bonus opcije«, ki jih naročnik izbranemu ponudniku ni priznal, zagotovo niso.

Ob upoštevanju vsega navedenega Državna revizijska komisija pritrjuje vlagatelju, da naročnik izpodbijane odločitve ni ustrezno obrazložil, saj v okviru značilnosti in prednosti izbrane ponudbe (druga alineja tretjega odstavka 90. člena ZJN-3) ni pojasnil, katere »bonus opcije« je izbranemu ponudniku priznal. Pri tem gre ponovno poudariti, da bi bili – ob upoštevanju (zlasti) konkretnega predmeta javnega naročila – pravica do varovanja zaupnih informacij in pravica do zagotavljanja učinkovitega pravnega sredstva po presoji Državne revizijske komisije v tem konkretnem primeru uravnoteženi že, če bi naročnik podatek o priznanih »bonus opcijah« izbranega ponudnika v odločitvi o oddaji naročila podal z navedbo točk, s katerimi je v »*Tabeli tehničnih podatkov*« oštevilčil »bonus opcije«.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija presojala revizijske navedbe o tem, da iz odločitve o oddaji naročila ni mogoče razbrati, katere »bonus opcije« je naročnik priznal vlagatelju in katerih ne ter zakaj.

Kot že obrazloženo, je vlagatelj iz izpodbijane odločitve lahko ugotovil, katerih »bonus opcij« mu naročnik ni priznal, in ker je sam zase vedel, katere vse »bonus opcije« je ponudil, je posledično lahko ugotovil tudi, katere »bonus opcije« mu je naročnik priznal.

Medtem ko priznane »bonus opcije«, kot že pojasnjeno, ne zahtevajo posebne obrazložitve, takšne obrazložitve pa naročniku ne nalaga niti ZJN-3, pa je v zvezi z nepriznanimi »bonus opcijami« vlagatelja položaj drugačen. Prva alineja tretjega odstavka 90. člena ZJN-3 namreč zahteva, da mora naročnik v odločitvi o oddaji javnega naročila (med drugim) navesti razloge za zavrnitev ponudbe vsakega neuspešnega ponudnika, ki ni bil izbran. Ta določba pa je, kot po vsebini smiselno pravilno izpostavlja že vlagatelj sam, v konkretnem primeru bistvena za zagotovitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva vlagatelja. Da bi se namreč vlagatelj lahko odločil, ali bo zoper odločitev o oddaji javnega naročila vložil zahtevek za revizijo in v zahtevku

zatrjeval, da naročnikova ocena o nepriznanju določenih »bonus opcij«, ki jih je ponudil, ni pravilna, mora najprej poznati razloge za takšno oceno.

Med strankama ni sporno, izhaja pa tudi iz zgoraj citiranega dela izpodbijane odločitve, da naročnik v odločitvi o oddaji naročila ni navedel konkretnih razlogov, zaradi katerih vlagatelju določenih »bonus opcij« ni priznal. Nasprotno, naročnik sam navaja, da je v odločitvi o oddaji naročila zapisal, da ponudnikom določenih »bonus opcij« ni priznal, ker iz ponudb ne izhaja, da izpolnjujejo zahteve iz tehničnega dela razpisne dokumentacije.

Vendar predstavljena splošna obrazložitev ne zadošča, saj je vsebinsko prazna, posledično pa učinkovitega pravnega varstva ne omogoča. Pritrditi je zato treba vlagatelju, da bi moral naročnik v izpodbijani odločitvi navesti konkretne razloge, zaradi katerih vlagatelju določenih »bonus opcij« ni priznal. Šele izpolnjena dolžnost naročnika, da obrazloži odločitev o oddaji javnega naročila in navede jasne ter konkretne razloge, ki so ga vodili pri sprejemu te odločitve, bi namreč vlagatelju zagotovila možnost uresničitve pravice do učinkovitega pravnega sredstva, saj bi mu omogočila, da bi se seznanil s poglobitnimi razlogi naročnikove odločitve, preveril njihovo logično in pravno vzdržnost ter se po lastni presoji odločil, ali jo bo izpodbijal v postopku pravnega varstva.

Takšnega zaključka ne morejo spremeniti navedbe naročnika o tem, da je oceno po merilu »bonus opcije« na način, kot je razviden iz izpodbijane odločitve, podal zaradi varovanja tajnih podatkov (naročnika) in poslovnih skrivnosti (ponudnikov).

Res je sicer naročnik zahteve v zvezi z »bonus opcijami« iz razpisne dokumentacije označil kot tajne podatke, vendar pa naročnik v okviru obrazložitve vlagateljeve ocene po merilu »bonus opcije« ne utemeljuje svojih zahtev v zvezi z »bonus opcijami«, temveč utemeljuje oceno o vlagateljevem (ne)izpolnjevanju teh zahtev, in sicer na podlagi podatkov, ki jih je podal vlagatelj. Drugače povedano to pomeni, da naročnik vlagateljevo ponudbo po merilu »bonus opcije« ocenjuje na podlagi podatkov, ki jih je v ponudbi predložil vlagatelj, ne pa na podlagi svojih (tj. tajnih) podatkov. Iz tega pa izhaja, da za obrazložitev ocene po merilu »bonus opcije« v konkretnem primeru niso ključni tajni podatki naročnika, temveč podatki, ki jih je v ponudbi navedel vlagatelj. Posledično se Državna revizijska komisija ne more strinjati z naročnikom o tem, da je oceno vlagateljeve ponudbe po merilu »bonus opcije« lahko obrazložil le na način, razviden iz odločitve, saj bi sicer razkril tajne podatke. To še toliko bolj velja ob dejstvu, da je bil vlagatelj kot eden od ponudnikov, ki mu je naročnik izročil tehnični del razpisne dokumentacije, ki je vseboval tajne podatke, s tajnimi podatki tudi sicer že seznanjen.

Dalje se Državna revizijska komisija ne more strinjati z naročnikom o tem, da je oceno vlagateljeve ponudbe po merilu »bonus opcije« lahko obrazložil le na način, razviden iz odločitve, saj bi sicer razkril poslovne skrivnosti ponudnika, tj. vlagatelja. Drži (kar med strankama ni sporno), da je vlagatelj podatke, ki so se nanašali na ocenjevanje po merilu »bonus opcije«, določil za poslovno skrivnost. Vendar po drugi strani drži tudi, da naročnik s tem, ko bi vlagatelju pojasnil, zakaj mu določenih ponujenih »bonus opcij« ni priznal, določb o zaupnosti in posledični dolžnosti varovanja poslovnih skrivnosti ne bi kršil. Četudi med strankama ni sporno, da je vlagatelj podatke v zvezi z ocenjevanjem »bonus opcij« določil kot poslovno skrivnost, pa to seveda ne pomeni, da je bil naročnik te podatke dolžan varovati tudi v razmerju do vlagatelja samega.

Res je sicer, da je naročnik te podatke dolžan varovati navzven, tj. v razmerju do drugih ponudnikov in javnosti. Res je tudi, kot to izpostavlja naročnik, da mora biti odločitev o oddaji javnega naročila objavljena na portalu javnih naročil, z objavo pa postane javno dostopna oziroma javna, zato je naročnik z objavo informacij (npr. v primeru tajnih podatkov in poslovnih skrivnosti) v njej omejen. Vendar ne gre spregledati, da se lahko naročnik v skladu s četrtem odstavkom 90.

člena ZJN-3 odloči, da nekaterih informacij o oddaji naročila iz drugega in tretjega odstavka tega člena ne objavi, če bi njihovo razkritje oviralo izvajanje zakona ali bi bilo sicer v nasprotju z javnim interesom, če bi škodilo upravičenim poslovnim interesom posameznega javnega ali zasebnega gospodarskega subjekta ali če bi lahko vplivalo na pošteno konkurenco med gospodarskimi subjekti.

Državna revizijska komisija sicer razume naročnikove pomisleke o tem, da je v skladu z ZJN-3 zavezan varovati zaupne podatke, med njimi tudi poslovne skrivnosti ponudnikov, te poslovne skrivnosti pa bi v primeru navedbe konkretnih razlogov, zakaj ponudnikom ni priznal določenih »bonus opcij«, z objavo odločitve o oddaji javnega naročila na portalu javnih naročil razkril. V tej zvezi Državna revizijska komisija izpostavlja, da naročnik v sklepu, s katerim je zavrnil zahtevek za revizijo, opisuje svoje ravnanje v zvezi s tajnimi podatki iz tehničnega dela razpisne dokumentacije, te navedbe pa med strankama niso sporne. Naročnik tako npr. navaja, da je splošni del razpisne dokumentacije objavil na portalu javnih naročil, kot mu to nalaga zakon, tehnični del razpisne dokumentacije, označen s stopnjo tajnosti INTERNO, pa je ponudnikom izročil osebno v upravnem območju naročnika. Dalje pojasnjuje, da je uvedel poseben elektronski naslov, kamor so ponudniki lahko pošiljali morebitna vprašanja in opozorila, v kolikor so se ta nanašala na tajne podatke, pa je naročnik ponudnike o tem obvestil po pošti ali jih je povabil k osebni prevzemu dokumentacije.

Naročnik, ki je torej v konkretnem primeru del razpisne dokumentacije označil kot taje in je, kot to izhaja iz njegovih neprerekanih navedb, tudi predvidel način, da je v postopku oddaje javnega naročila upošteval omejitve, povezane s tajnimi podatki in poslovnimi skrivnostmi, pa bi moral po oceni Državne revizijske komisije hkrati predvideti tudi način, da bi vlagatelja v odločitvi o oddaji javnega naročila seznanil s konkretnimi razlogi za nepriznanje »bonus opcij«, ki jih je ponudil, ne da bi pri tem kršil načelo varovanja zaupnih informacij (npr. s posredovanjem priloge odločitve z navedbo konkretnih razlogov izključno vlagatelju, ki je – za razliko od odločitve – ne bi objavil na portalu javnih naročil).

Ob upoštevanju ugotovljenega Državna revizijska komisija pritruje vlagatelju, da bi moral naročnik v odločitvi o oddaji javnega naročila navesti konkretne razloge, zaradi katerih vlagatelju v odločitvi navedenih »bonus opcij« ni priznal.

Na tem mestu Državna revizijska komisija izpostavlja še navedbe vlagatelja, iz katerih izhaja, da bi mu moral naročnik po njegovem mnenju priznati (med drugim tudi) »bonus opciji« pod točkama 5.6 in 6.9 iz »Tabele tehničnih podatkov«. Državna revizijska komisija se do teh vlagateljevih navedb ni opredeljevala, saj so povezane z vsebinsko presojo naročnika o tem, zakaj navedeni bonus opciji ne izpolnjujeta naročnikovih zahtev, ki pa iz izpodbijane odločitve ni razvidna. Šele v primeru, ko bi naročnik v izpodbijani odločitvi pojasnil, zakaj konkretno vlagatelju navedenih »bonus opcij« ni priznal, bi bilo zato mogoče, ob ustrezni trditveni in dokazni podlagi v zahtevku za revizijo, vsebinsko obravnavati navedbe vlagatelja o tem, da bi mu naročnik moral navedeni »bonus opciji« priznati. Vendar naročnik tega ni storil in razlogov za nepriznanje »bonus opcij« ni pojasnil, vlagatelj pa je posledično uspel že z navedbami o neobrazloženosti izpodbijane odločitve v tem delu.

II. Glede zatrjevane kršitve pravice do vpogleda

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija obravnavala vlagateljev očitke o kršitvi pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika in (spisovno) dokumentacijo naročnika.

Vprašanje pravice do vpogleda je treba presojati z vidika 6. in 35. člena ZJN-3. Iz določb 6. člena ZJN-3, ki urejajo načelo transparentnosti javnega naročanja, izhaja, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku. Postopki javnega naročanja po tem zakonu so javni, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami obvestil glede javnih naročil na portalu javnih naročil ali na portalu javnih naročil in v Uradnem listu Evropske unije.

Peti odstavek 35. člena ZJN-3 naročniku nalaga, da 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 tega člena 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.

Državna revizijska komisija pri tem opozarja, da ugotovitev kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo praviloma ne more privedi do razveljavitve 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. 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. Drugače povedano to pomeni, da je vpogled v ponudbo izbranega ponudnika kasnejše ravnanje v postopku oddaje javnega naročila, kot je sprejem odločitve o oddaji javnega naročila. Ugotovitev nezakonitosti kasnejšega ravnanja (tj. vpogleda) pa še ne pomeni, da je nezakonito tudi predhodno ravnanje (tj. sprejem odločitve o oddaji javnega naročila). Kršitve, do katerih je prišlo pri vpogledu v ponudbo izbranega ponudnika, zato ne morejo biti podlaga za zaključek, da je odločitev o oddaji javnega naročila izbranemu ponudniku nezakonita. Če je naročnik zakonito izvedel postopek oddaje javnega naročila do izvedbe vpogleda v dokumentacijo in je tako do naročnikovih kršitev prišlo šele po sprejemu odločitve o oddaji naročila, tudi ni potrebe po razveljavitvi predhodno zakonito izvedenega postopka, pač pa je sorazmeren ukrep, da se odpravijo (v kolikor je to sploh še mogoče v postopku pravnega varstva, ki poteka pred Državno revizijsko komisijo) zgolj kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo (prim. npr. odločitev Državne revizijske komisije v zadevi št. 018-111/2016).

Namen uveljavljanja kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo je razviden iz petega odstavka 31. člena ZPVPJN, ki določa, da mora vlagatelj v primeru, če dejstev in dokazov, s katerimi se kršitve dokazujejo, 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. Namen uveljavljanja kršitve pravice do vpogleda je torej v tem, da lahko vlagatelj pripravi zahtevek za revizijo tudi z dejstvi in dokazi, da bi lahko utemeljil in dokazal kršitve, ki jih očita naročniku (prim. drugi odstavek 15. člena ZPVPJN). Vlagatelj ima tako v postopku pravnega varstva po ZPVPJN primarno interes, da doseže razveljavitve odločitve o oddaji naročila (prim. druga alineja prvega odstavka 28. člena ZPVPJN in druga alineja prvega odstavka 31. člena ZPVPJN), in ne, da vpogleda v ponudbeno dokumentacijo drugih ponudnikov (prim. npr. zadeve št. 018-142/2015, 018-176/2015, 018-111/2016).

V obravnavanem primeru vlagatelj v zvezi s kršitvijo pravice do vpogleda najprej zatrjuje, da je naročnik zahtevo za vpogled prejel že 5. 9. 2022, vpogled v dokumentacijo pa mu je omogočil šele 12. 9. 2022, tj. šesti delovni dan od prejema zahteve. Naročnik, nasprotno, navaja, da zahteve za vpogled ni prejel 5. 9. 2022, kot to zatrjuje vlagatelj, temveč 6. 9. 2022, pri čemer je vpogled organiziral 9. 9. 2022, tj. v zakonsko določenih treh delovnih dneh od prejema zahteve. Vendar je pri vnosu elektronskega naslova vlagatelja po zatrjevanju naročnika prišlo do napake in vlagatelj vabila na vpogled ni prejel, kar je naročnik ugotovil šele 9. 9. 2022, ko vlagatelj na

vpogled ni prišel. Naročnik je, kakor zatrjuje sam, vpogled nato organiziral takoj naslednji delovni dan, ko je to bilo mogoče, tj. 12. 9. 2022. Naročnik priznava napako glede datuma vpogleda in zatrjuje, da je vse navedeno vlagatelju že pojasnil in se mu tudi opravičil.

Predstavljene navedbe strank se nanašajo na rok, v katerem mora naročnik vlagatelju omogočiti vpogled v dokumentacijo. ZJN-3 v petem odstavku 35. člena naročniku nalaga, da ponudniku, ki je v roku treh delovnih dni po objavi odločitve o oddaji javnega naročila zahteval vpogled, dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika najkasneje v treh delovnih dneh od prejema zahteve, razen v tiste dele, ki upošteva določbe tega člena 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.

V konkretni zadevi se stranki strinjata o tem, da je naročnik vlagatelju vpogled v dokumentacijo omogočil 12. 9. 2022 (kar je sicer potrjeno tudi s pregledom zapisnika o vpogledu v dokumentacijo z dne 12. 9. 2022), ne strinjata pa se o tem, kdaj je naročnik prejel vlagateljevo zahtevo za vpogled. Vlagatelj namreč zatrjuje, da je naročnik zahtevo prejel 5. 9. 2022, naročnik pa, da jo je prejel dan kasneje. V tej zvezi Državna revizijska komisija kot bistveno ugotavlja, da je od 5. 9. 2022, ko naj bi naročnik po zatrjevanju vlagatelja prejel zahtevo za vpogled, pa do 12. 9. 2022, ko je naročnik vlagatelju zagotovil vpogled, preteklo več kot tri delovne dni, enako pa je več kot tri delovne dni preteklo od 6. 9. 2022, ko naj bi naročnik, kot zatrjuje sam, prejel vlagateljevo zahtevo za vpogled, do zagotovitve vpogleda dne 12. 9. 2022. Iz tega pa sledi, da naročnik vlagatelju vpogleda v dokumentacijo ni zagotovil v roku treh delovnih dni od prejema zahteve, ki ga za zagotovitev vpogleda določa peti odstavek 35. člena ZJN-3, in sicer ne glede na to, ali je vlagateljevo zahtevo za vpogled prejel 5. 9. 2022 ali pa jo je prejel dan kasneje.

To pa pomeni, da naročnik z navedbo, da je zahtevo za vpogled prejel 6. 9. 2022, ne more uspeti oziroma ne more utemeljiti, da je vlagatelju vpogled omogočil pravočasno, tj. v roku treh delovnih dni od prejema zahteve. Ker torej tako navedba vlagatelja kakor tudi navedba naročnika o datumu, ko naj bi naročnik prejel zahtevo za vpogled, narekujeta zaključek, da naročnik vlagatelju vpogleda ni omogočil pravočasno, Državna revizijska komisija v nadaljevanju ni ugotavljala, ali je naročnik zahtevo za vpogled prejel 5. 9. 2022, kot zatrjuje vlagatelj, ali pa jo je prejel dan kasneje, kot zatrjuje naročnik. Ne glede na to, ali bi se za utemeljeno izkazala navedba vlagatelja ali navedba naročnika, bi bilo namreč treba ugotoviti, da naročnik vlagatelju vpogleda v dokumentacijo ni omogočil v roku, kot ga določa ZJN-3.

Zaključka o nepravočasni zagotovitvi vpogleda vlagatelju ne more spremeniti niti naročnikova navedba o tem, da je naročnik vpogled organiziral že 9. 9. 2022. Naročnik namreč ne zatrjuje, še manj pa izkaže, da je vlagatelj z dejstvom izvedbe vpogleda za dne 9. 9. 2022 sploh bil seznanjen. Nasprotno, naročnik sam navaja, da je pri vnosu elektronskega naslova vlagatelja prišlo do napake, zato vlagatelj vabila na vpogled za dne 9. 9. 2022 ni prejel. Ker torej naročnik ne zatrjuje in posledično tudi ne izkaže, da je vlagatelj za vpogled, ki naj bi se opravil dne 9. 9. 2022, sploh vedel, dejstvo organizacije vpogleda na navedeni dan za odločitev v obravnavani zadevi ne more biti relevantno. Državna revizijska komisija zato ni ugotavljala, ali je naročnik za dne 9. 9. 2022 res organiziral vpogled, niti ni ugotavljala utemeljenosti naročnikovih navedb v zvezi z zatrjevano napako pri vnosu elektronskega naslova vlagatelja, ki naj bi bila razlog za to, da vlagatelj vabila na vpogled za dne 9. 9. 2022 ni prejel. Omenjene navedbe, tudi če bi se izkazale za utemeljene, namreč ne bi mogle vplivati na odločitev Državne revizijske komisije.

Čeprav Državna revizijska komisija ob upoštevanju ugotovljenega zaključuje, da naročnik vlagatelju vpogleda v dokumentacijo ni zagotovil pravočasno, tj. v roku treh delovnih dni od prejema zahteve, pa hkrati ugotavlja tudi, da vlagatelj v zvezi s tem zatrjuje le, da mu je naročnik vpogled v dokumentacijo omogočil šele šesti delovni dan, ne pa tudi, da mu je bilo zaradi takega

(nepravočasnega) ravnanja naročnika bodisi onemogočeno bodisi oteženo uveljavljanje pravnega varstva. Zgolj ugotovitev, da je naročnik prekoraj rok pri zagotovitvi vpogleda, pa sama po sebi (ne da bi bilo hkrati ugotovljeno, da je obravnavano nepravočasno ravnanje naročnika kakorkoli vplivalo na možnost uveljavljanja učinkovitega pravnega varstva vlagatelja) še ne pomeni kršitve pravice do vpogleda (prim. tudi odločitev v zadevi št. 018-036/2020). Ker je torej v konkretnem primeru naročnik vlagatelju vpogled v dokumentacijo – četudi z zamudo – zagotovil, vlagatelj pa ne zatrjuje, da mu je bilo zaradi naročnikove zamude onemogočeno ali vsaj oteženo uveljavljanje pravnega varstva, ni mogoče ugotoviti, da je (zgolj) zaradi zamude pri zagotovitvi vpogleda naročnik vlagatelju kršil pravico do vpogleda.

Dalje vlagatelj zatrjuje, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v obsegu, kot mu ga zagotavlja veljavna zakonodaja. Vlagatelj namreč v zahtevku za revizijo navaja, potrjuje pa tudi pregled vlagateljevega dopisa z dne 5. 9. 2022, naslovljenega z »*Zahteva za vpogled*«, da je vlagatelj zahteval vpogled v ponudbo izbranega ponudnika ter v morebitne dopolnitve in pojasnila slednje, poleg tega pa je zahteval tudi vpogled v spisovno dokumentacijo naročnika, ki se nanaša na postopek oddaje predmetnega javnega naročila.

V tej zvezi je Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (gl. npr. odločitve št. 018-061/2016, 018-9/2017, 018-110/2018, 018-059/2021), da je zahtevke za revizijo namenjen zatrjevanju kršitev, ki naj bi jih v postopku oddaje javnega naročila domnevno storil naročnik, v ta namen pa ZPVPJN od vlagatelja zahteva aktivno vlogo pri navajanju dejstev ter predlaganju dokazov. Ker so v ZPVPJN taksativno naštetje zgolj obvezne sestavine zahtevka za revizijo, je potrebno zahteve v zvezi z zatrjevanjem kršitev in dejstev ter v zvezi z dokazovanjem le-teh poiskati v Zakonu o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.; v nadaljevanju: ZPP), katerega določbe se na podlagi 13. člena ZPVPJN uporabljajo v predrevizijskem, revizijskem in pritožbenem postopku glede vprašanj, ki jih ZPVPJN ne ureja. ZPP tako v 7. členu ureja razpravno načelo, ki od strank zahteva, da navedejo vsa dejstva, na katera opirajo svoje zahtevke, in predlagajo dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo. Dolžnost navesti dejstva in predlagati dokaze, na katere opirajo svoje zahtevke ali s katerimi izpodbijajo navedbe ter dokaze nasprotnika, je strankam naložena tudi v 212. členu ZPP. Iz navedenih določb ZPP izhaja t. i. trditveno-dokazno breme, ki pomeni dolžnost tožnika, da jasno, določno in konkretno navede dejstva, na katera opira tožbeni zahtevke (trditveno breme) in zanje predlaga dokaze, ki naj resničnost zatrjevanih dejstev potrdijo (dokazno breme). Tudi peti odstavek 31. člena ZPVPJN določa, da mora vlagatelj, če meni, da mu je naročnik kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo, kot je opredeljena z zakonom, ki ureja javno naročanje, v zahtevku za revizijo navesti dejstva in dokaze v zvezi z zatrjevanjem kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo. Da bi torej vlagatelj z zahtevkom za revizijo uspel, mora kršitev zatrjevati tako, da jasno, določno in konkretizirano navede vsa dejstva, ki kažejo na določeno nezakonitost, ter predlagati dokaze, ki bodo ta dejstva dokazala. Povedano drugače, vlagateljeva dolžnost je, da v zahtevku za revizijo najprej določno navede pravno pomembna dejstva (trditveno breme) in predlaga dokaze z namenom, da ta dejstva potrdijo (dokazno breme).

Navedeno v obravnavanem primeru pomeni, da mora vlagatelj v zahtevku za revizijo, da bi izkazal naročnikovo kršitev pravice do vpogleda, konkretizirano navesti, v katere podatke oziroma dokumente mu naročnik vpogleda ni omogočil, in pravno relevantna dejstva, na podlagi katerih bi bil mogoč pravni zaključek o nezakonitosti naročnikovega ravnanja, ko vlagatelju vpogleda v te (konkretizirane) podatke oziroma dokumente ni omogočil. Državna revizijska komisija zato ni na splošno presojala, ali bi moral naročnik vlagatelju omogočiti vpogled v večjem obsegu, kot mu ga je že omogočil, ampak je presojala zgolj, ali je (upoštevaje vlagateljevo trditveno podlago) mogoče naročniku očitati kršitve v zvezi z onemogočenim vpogledom v tiste podatke oziroma dokumente, ki jih vlagatelj v zahtevku za revizijo konkretizirano izpostavlja.

Iz vlagateljevih navedb izhaja, da naročniku očita kršitve, ker mu ni omogočil vpogleda v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, iz katere je razvidno, katere »bonus opcije« je izbrani ponudnik ponudil, poleg tega pa tudi, ker mu ni omogočil vpogleda v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, ki se nanaša na licenčne pogoje, in v spisovno dokumentacijo naročnika, iz katere je razvidno, katere »bonus opcije« so bile priznane vlagatelju ter izbranemu ponudniku in katere ne ter zakaj.

Državna revizijska komisija je najprej obravnavala očitke vlagatelja, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, iz katere je razvidno, katere »bonus opcije« je izbrani ponudnik ponudil. V zapisniku o vpogledu v dokumentacijo z dne 12. 9. 2022, katerega vsebino sta s podpisom potrdila tudi na vpogledu prisotna predstavnik vlagatelja, je pod točko »2. *Potek vpogleda*« navedeno, da je naročnik vlagatelju omogočil vpogled v tehnično ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, pri čemer je prekril natančnejše obrazložitve rešitev v izpolnjeni »*Tabeli tehničnih podatkov*«. Pregled zapisnika o vpogledu torej potrjuje navedbo naročnika, da je bila na vpogledu vlagatelju predložena »*Tabela tehničnih podatkov*« izbranega ponudnika, v kateri so bile prekrite (le) obrazložitve ponujenih rešitev. Ob dejstvu, da je naročnik na vpogledu vlagatelju v »*Tabeli tehničnih podatkov*«, ki jo je v ponudbi predložil izbrani ponudnik in v kateri so bile poleg zahtev, postavljenih kot pogoj, razvidne tudi ponujene »bonus opcije« izbranega ponudnika, prekril zgolj obrazložitve ponujenih rešitev (te je naročnik, kot že obrazloženo, upravičeno varoval kot poslovno skrivnost), gre pritrditi naročniku, da je bil vlagatelju omogočen vpogled v podatke, katere »bonus opcije« je izbrani ponudnik ponudil.

Dalje je Državna revizijska komisija obravnavala očitke vlagatelja, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, ki se nanaša na licenčne pogoje. Med strankama ni sporno, izhaja pa tudi iz tehničnega dela razpisne dokumentacije, da je naročnik kot obvezno zahtevo v zvezi s programsko opremo določil tudi trajne licence, pri čemer je zahteval, da ponudniki v ponudbi (med drugim) navedejo, pod kakšnimi licenčnimi pogoji bo lahko naročnik dobavljeno programsko opremo uporabljal po izteku garancijskega roka (gl. tč. »2.4 *Splošne zahteve za programsko opremo*«, vsebovano v tehničnem delu razpisne dokumentacije). Med strankama dalje ni sporno, da je izbrani ponudnik podatke v zvezi z izpostavljeno zahtevo označil kot poslovno skrivnost, o čemer se je s pregledom »*Sklepa o določitvi dela ponudbene dokumentacije za poslovno skrivnost*« z dne 20. 10. 2021 prepričala tudi Državna revizijska komisija. Ob dejstvu, da so morali ponudniki v skladu z razpisno dokumentacijo v ponudbi navesti, pod kakšnimi licenčnimi pogoji bo lahko naročnik dobavljeno programsko opremo uporabljal po izteku garancijskega roka, poleg tega pa so morali v ponudbi navesti tudi vse pravice in omejitve, ki izhajajo iz licence za ponujeno programsko opremo, se gre strinjati z naročnikom in izbranim ponudnikom, da so torej morali ponudniki v ponudbi predstaviti licenčno politiko oziroma celovit sistem licenciranja ponujene opreme. Licenčna politika posameznega proizvajalca pa po presoji Državne revizijske komisije nedvomno predstavlja skrivnost, ki ni splošno znana niti lahko dosegljiva osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij, hkrati pa ima tržno vrednost. Pregled omenjenega sklepa z dne 20. 10. 2021, ki ga je izbrani ponudnik (v pisni obliki) predložil v ponudbi, pokaže tudi, da se je izbrani ponudnik o določitvi v sklepu navedenih podatkov za poslovno skrivnost zavezal seznaniti zaposlene, kar pomeni, da so izpolnjeni vsi trije elementi, ki jih ZPosS v 2. členu zahteva za poslovno skrivnost. Državna revizijska komisija se zato strinja z naročnikom ter izbranim ponudnikom, da podatki oziroma dokumenti iz ponudbe izbranega ponudnika, ki se nanašajo na licenčne pogoje, predstavljajo poslovno skrivnost, ki jo je bil naročnik v skladu s prvim odstavkom 35. člena ZJN-3 dolžan varovati.

Na koncu je Državna revizijska komisija obravnavala še očitke vlagatelja, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v svojo spisovno dokumentacijo, iz katere je razvidno, katere »bonus opcije« je priznal vlagatelju ter izbranemu ponudniku in katerih ne ter zakaj. V tej zvezi se gre strinjati z

naročnikom, da je torej vlagatelj zahteval vpogled v interne dokumente naročnika. Vendar peti odstavek 35. člena ZJN-3 ureja vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, medtem ko izrecnih določb v zvezi z vpogledom v spisovno, tj. interno dokumentacijo naročnika ne vsebuje. V skladu s prakso Državne revizijske komisije (gl. odločitve v zadevah št. 018-023/2018, 018-117/2019, 018-036/2020) je sicer treba peti odstavek 35. člena ZJN-3 v povezavi s prvim odstavkom 6. člena ZJN-3 razlagati tako, da mora naročnik vlagatelju omogočiti tudi vpogled v svojo (spisovno) dokumentacijo, ki je neločljivo povezana s ponudbo izbranega ponudnika (npr. pozivi naročnika na dopolnitve ponudbe izbranega ponudnika). Po drugi strani pa ZJN-3 izrecnih določb, ki bi (v tej fazi postopka) omogočala vpogled v preostale ponudbe (z izjemo ponudbe izbranega ponudnika), s tem pa bi naročniku nalagala razkritje spisovne dokumentacije v zvezi s temi ponudbami, ne vsebuje. To pa pomeni, da naročnik ni ravnal v nasprotju z ZJN-3, ko vlagatelju vpogleda v svoj interni dokument v zvezi z ocenjevanje ponudb po merilih ni omogočil. Tudi sicer gre na podlagi pregleda zapisnika o vpogledu v dokumentacijo pritrditi naročniku, da so bili na vpogledu vlagatelju – ne glede na predhodno navedeno – razkriti podatki o tem, katere »bonus opcije« izbranemu ponudniku niso bile priznane, to pa nenazadnje izhaja tudi iz navedb vlagatelja samega in t. i. »Liste bonus točk«, ki jo je vlagatelj priložil k zahtevku za revizijo. Naročnik ne zanika, da vlagatelju ni razkril razlogov za nepriznanje »bonus opcij« izbranemu ponudniku, vendar naročnik teh razlogov ne bi mogel pojasniti, ne da bi razkril poslovne skrivnosti izbranega ponudnika. Kot je Državna revizijska komisija že obrazložila, na to obrazložitev pa se v izogib ponavljanju v celoti sklicuje tudi na tem mestu, so ponujene »bonus opcije« predstavljale poslovne skrivnosti izbranega ponudnika, zato jih je bil naročnik dolžan varovati. V tej zvezi Državna revizijska komisija pripominja še, da je seznanitvi z značilnostmi in prednostmi ponudbe izbranega ponudnika in z razlogi za zavrnitev ponudbe neuspešnega ponudnika v prvi vrsti namenjena odločitev o oddaji javnega naročila in ne vpogled v dokumentacijo. Pri tem ne gre spregledati, da je vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjeval neobrazloženost odločitve o oddaji naročila v delu ocenjevanja po merilu »bonus opcije«, s temi navedbami pa je uspel in dosegel razveljavitev odločitve o oddaji naročila, kar je nenazadnje tudi njegov primarni interes.

Vlagatelj v zvezi z vpogledom zatrjuje tudi, da mu naročnik ni dopustil kopiranja oziroma slikanja ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika ter spisovne dokumentacije naročnika. Ker pa vlagatelj hkrati ne trdi, da mu je bilo zaradi nemožnosti kopiranja oziroma slikanja navedene dokumentacije onemogočeno ali vsaj oteženo pravno varstvo, kršitve pravice do vpogleda zaradi takšnega ravnanja naročnika, ki med strankama ni sporno, ni mogoče ugotoviti. Nasprotno, vlagatelj je, kot navaja že sam, izhaja pa tudi iz »Liste bonus točk«, (zgolj) na podlagi prepisa dokumentov, v katere je vpogledal, uspel napraviti »Listo bonus točk« in jo kot dokazilo priložiti k zahtevku za revizijo, s katerim je v postopku pravnega varstva uspel. Ob takšni ugotovitvi pa ni mogoče zaključiti, da je naročnik vlagatelju kršil pravico do vpogleda v dokumentacijo.

Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da obravnavane navedbe vlagatelja ne dajejo podlage za zaključek o kršitvi pravice do vpogleda v dokumentacijo, ki jo vlagatelj očita naročniku.

III. Glede zatrjevanih nepravilnosti pri ocenjevanju ponudb

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija obravnavala navedbe vlagatelja o tem, da je iz »Preglednice nižanih ponudb – prvi krog« razvidno, da je naročnik izbranemu ponudniku po merilu »cena« priznal 98 odstotnih točk, čeprav bi mu moral po merilu, kot ga je določil, priznati zgolj 97,97 odstotnih točk.

Četudi vlagatelj zatrjuje, da bi moral naročnik izbranemu ponudniku po merilu, kot ga je določil, priznati 97,97 odstotnih točk in ne 98 odstotnih točk, pa vlagatelj ne navede določil razpisne dokumentacije, ki bi tak zaključek omogočale. Nasprotno, razpisna dokumentacija ne vsebuje določil o tem, na koliko decimalk bo naročnik zaokroževal rezultate izračunov, vlagatelj pa tudi sam pravilno navaja, da naročnik pravil zaokroževanja ni določil. Ob upoštevanju ugotovljenega ni mogoče slediti navedbi vlagatelja, da naročnik lastne razpisne dokumentacije in merila, kot ga je določil, ne spoštuje. Naročnik se je, kot pojasnjuje sam, pač odločil, da bo rezultat izračuna osnovnih odstotnih točk (OOT) v »*Preglednici znižanih ponudb – prvi krog*«, ki jo je predstavil v odločitvi o oddaji naročila, navedel na eno decimalko natančno. Tako je v izpostavljeni preglednici – po splošno znanih pravilih zaokroževanja – namesto 97,97 odstotnih točk navedel 98,0 odstotnih točk. Ob dejstvu, da naročnik pravil zaokroževanja v razpisni dokumentaciji ni določil, pa je bistveno, da je – enako kot ponudbo izbranega ponudnika – obravnaval tudi ponudbo vlagatelja (rezultat izračuna OOT je v preglednici predstavil na eno odstotno točko natančno). Iz navedenega tako izhaja, da se torej vrstni red ponudb v primeru, ko bi naročnik po merilu »cena« namesto 98,0 odstotnih točk izbranemu ponudniku priznal 97,97 odstotnih točk, ne bi spremenil, nasprotnega pa v zahtevku za revizijo ne zatrjuje niti vlagatelj. Na podlagi navedenega gre ugotoviti, da naročniku kršitev v zvezi s točkovanjem po merilu »cena« ni mogoče očitati.

Državna revizijska komisija je na koncu obravnavala še vlagateljeve navedbe glede »bonus opcije« pod točko 8.2.

Med strankama ni sporno, da je naročnik zahtevo pod točko 8.2 v »Tabeli tehničnih podatkov« najprej označil kot »zahtevano«, torej kot obvezno zahtevo, ki so jo morali vsi ponudniki izpolnjevati kot pogoj za dopustnost ponudbe. Med strankama tudi ni sporno, da je bila zahteva pod točko 8.2 kasneje med postopkom z odgovorom naročnika na vprašanje ponudnika spremenjena v »bonus opcijo«, to pa je potrjeno tudi s preučitvijo odgovora na vprašanje št. 6 z dne 27. 1. 2022. Dalje sta si stranki enotni o tem, da je naročnik (tudi po spremembi zahteve pod točko 8.2 v »bonus opcijo«) to zahtevo pri ocenjevanju ponudb po merilih še naprej obravnaval kot »zahtevano«. Ker pa je naročnik kot dopustno ocenil ne samo ponudbo vlagatelja, temveč tudi ponudbo izbranega ponudnika, gre pritrditi naročniku, da je to zahtevo, ki jo je naročnik zmotno obravnaval kot pogoj, – poleg vlagatelja – izpolnjeval tudi izbrani ponudnik. Naročnik ima zato prav, ko navaja, da bi moral v primeru, ko bi zahtevo pod točko 8.2 pravilno obravnaval kot »bonus opcijo«, dodatne točke po merilu »bonus opcija« priznati tako vlagatelju kot tudi izbranemu ponudniku. To pa pomeni, da se vrstni red ponudnikov ne bi v ničemer spremenil, kar nenazadnje potrjuje tudi izračun skupnega števila odstotnih točk. Kot pravilno navaja naročnik, bi tako vlagatelj (s 6,3 bonus odstotnimi točkami) v skupnem seštevku prejel 106,3 odstotne točke, izbrani ponudnik (z 8,4 bonus odstotnimi točkami) pa 106,4 odstotne točke. Ob upoštevanju navedenega Državna revizijska komisija ne more slediti vlagateljevi navedbi, da bi bila ob pravilnem ravnanju naročnika v zvezi z zahtevo pod točko 8.2 vlagateljeva ponudba ugodnejša od ponudbe izbranega ponudnika in bi vlagatelj moral biti izbran kot najugodnejši ponudnik.

IV. Sklepno

Državna revizijska komisija na koncu ponovno izpostavlja, da imata pravica do varovanja zaupnih informacij in pravica do učinkovitega pravnega sredstva v postopku oddaje javnega naročila zelo pomembno mesto. Ker pa si navedeni pravici po vsebini nasprotujeta, ju je treba med seboj uravnotežiti.

Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročnik v obravnavanem postopku navedenih pravic medsebojno ni uravnotežil. Medtem ko je na eni strani prekomerno varoval zaupne informacije,

je posledično na drugi strani povsem izvotlil pravico vlagatelja do učinkovitega pravnega sredstva. Naročnik odločitve o oddaji javnega naročila namreč ni ustrezno obrazložil, saj v odločitvi ni pojasnil, katere »bonus opcije« je priznal izbranemu ponudniku (tega ne more nadomestiti ravnanje naročnika na vpogledu v ponudbo izbranega ponudnika, ko je vlagatelju omogočil izpis lastne tabele z nepriznanimi »bonus opcijami«, saj je, kot je bilo že pojasnjeno, seznanitvi z značilnostmi in prednostmi ponudbe izbranega ponudnika v prvi vrsti namenjena odločitev o oddaji javnega naročila, poleg tega pa je naročnik pri organizaciji vpogleda prekoračil tudi rok za njegovo izvedbo), hkrati pa tudi ni navedel konkretnih razlogov, zaradi katerih vlagatelju določenih »bonus opcij« ni priznal. S tem je naročnik kršil tretji odstavek 90. člena ZJN-3 v povezavi s 6. členom ZJN-3, posledično pa je Državna revizijska komisija na podlagi druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN zahtevku za revizijo ugodila in razveljavila naročnikovo odločitev, kot izhaja iz dokumenta »*Odločitev o oddaji javnega naročila po postopku s pogajanjem z objavo*« št. /894/ML/ML/2021/0379 z dne 2. 9. 2022.

Državna revizijska komisija z namenom pravilne izvedbe postopka v razveljavljenem delu naročnika na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZPVPJN napotuje, da v nadaljevanju postopka oddaje zadevnega javnega naročila sprejme eno od odločitev, ki jih predvideva ZJN-3, pri tem pa upošteva ugotovitve Državne revizijske komisije, kot izhajajo iz tega sklepa. V tej zvezi Državna revizijska komisija opozarja, da mora naročnik pri navedbi razlogov za sprejem odločitve pravico do varovanja zaupnih informacij in pravico do učinkovitega pravnega sredstva med seboj uravnotežiti. To pa pomeni, da naročnik pri obrazložitvi, katere »bonus opcije« je priznal izbranemu ponudniku, ni dolžan razkrivati vsebine ponujenih tehničnih rešitev, ki jih je izbrani ponudnik označil za poslovno skrivnost, pač pa je dolžan te »bonus opcije« navesti na način, da bo na eni strani vlagatelju omogočena ugotovitev, katere »bonus opcije« je izbrani ponudnik ponudil oz. katere so mu bile priznane, na drugi strani pa bo izbranemu ponudniku zagotovljeno varovanje njegovih poslovnih skrivnosti (to je mogoče storiti npr. tako, da se v odločitvi o oddaji naročila navedejo točke, s katerimi je naročnik v »*Tabeli tehničnih podatkov*« oštevilčil »bonus opcije«). Enako mora naročnik predvideti način, kako v odločitvi o oddaji naročila navesti konkretne razloge, zaradi katerih vlagatelju določenih »bonus opcij« ni priznal, ne da bi z objavo odločitve te razloge javno razkril, saj bi s tem hkrati razkril tudi vlagateljeve poslovne skrivnosti (npr. s posredovanjem priloge odločitve z navedbo konkretnih razlogov izključno vlagatelju, ki je – za razliko od odločitve – ne bi objavil na portalu javnih naročil, pri čemer mora naročnik zagotoviti tudi načelo enakopravne obravnave ponudnikov).

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

Vlagatelj v zahtevku za revizijo uveljavlja tudi povrnitev stroška takse, ki jo je plačal v višini 4.832,09 EUR (gl. potrdilo o plačilu z dne 14. 9. 2022).

Če je zahtevek za revizijo utemeljen, mora naročnik v skladu s tretjim odstavkom 70. člena ZPVPJN iz lastnih sredstev vlagatelju povrniti potrebne stroške, nastale v predrevizijskem in revizijskem postopku, vključno s takso.

Ker je v obravnavanem primeru zahtevek za revizijo utemeljen, je Državna revizijska komisija vlagatelju na podlagi 70. člena ZPVPJN kot potreben priznala priglašeni strošek takse za predrevizijski in revizijski postopek v višini 4.832,09 EUR. Strošek v navedeni višini je naročnik v skladu z drugim in tretjim odstavkom 313. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN vlagatelju dolžan povrniti v roku 15 dni od prejema tega sklepa (in ne od pravnomočnosti odločitve, kot to brez pravne podlage zahteva vlagatelj), v primeru zamude skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, ki tečejo od prvega dne po izteku paricijskega roka dalje.

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

Pravni pouk:

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

Predsednik senata:
Andraž Žvan, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti (po e-Reviziji):

- naročnik,
- vlagatelj,
- izbrani ponudnik,
- RS MJU.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.