

Številka: 018-148/2022-6

Datum: 1. 2. 2023

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi petega odstavka 31. ter 39. in 75. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s spremembami; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Sama Črveka, kot predsednika senata, ter dr. Mateje Škabar in Andraža Žvana, kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »Javno naročilo male vrednosti za izbiro izvajalca projekta »Izgradnja urbanega parka« - ponovitev«, na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložila družba LESNINA MG OPREMA d.d., Parmova ulica 53, ki ga zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji d.o.o., Brdnikova ulica 44, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje javnega zavoda Rdeča dvorana ŠRZ, Šaleška cesta 3, Velenje, ki postopek oddaje predmetnega javnega naročila vodi v imenu in za račun Mestne občine Velenje, Titov trg 1, Velenje (v nadaljevanju: naročnik), dne 1. 2. 2023

odločila:

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

- v podatke o referencah izbranega ponudnika in kadra ter v podatke, ki se nanašajo na izpolnjevanje ostalih kadrovskih zahtev (v obrazec Referenčni posli gospodarskega subjekta - GOI dela, v vse tri obrazce Referenčni posli gospodarskega subjekta - skejt poligon ter v obrazec OBR-kadri in obrazec Referenčni posli kadra - pogoj),
- v potrdila referenčnih naročnikov, ki se nanašajo na reference ter
- v obrazce, ki se nanašajo na podatke o podizvajalcih (obrazec OBR - Izjava - ta obrazec vsebuje podatke o podizvajalcih in izjavo o izpolnjevanju zahtev naročnika, obrazec OBR - Izjava podizvajalca - ta obrazec se nanaša na zahtevo podizvajalca po neposrednem plačilu ter v obrazec OBR - Udeležba - Izjava o udeležbi fizičnih in pravnih oseb v lastništvu ponudnika),

izvzemši pri tem osebne in tajne podatke.

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

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

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

Obrazložitev:

Naročnik je obvestilo o javnem naročilu, ki ga oddaja po postopku naročila male vrednosti, dne 14. 10. 2022 objavil na Portalu javnih naročil, pod številko objave JN007007/2022-W01.

Naročnik je na Portalu javnih naročil objavil Odločitev o oddaji št. 8/2022 z dne 28. 11. 2022, s katero je predmetno javno naročilo oddal v izvedbo ponudniku ANDREJC NIZKE GRADNJE, UREJANJE OKOLJA d.o.o., Topolšica 199B, Šoštanj (v nadaljevanju: izbrani ponudnik). Naročnik je prejel tri ponudbe. Iz obrazložitve je razvidno, da je izbrana ponudba, ki se je uvrstila na prvo mesto, dopustna, vlagateljeva ponudba, ki se je uvrstila na zadnje mesto, pa je nedopustna iz razloga, ker presega naročnikova zagotovljena sredstva. Naročnik je drugouvrščeno ponudbo (Esotech d.d., Velenje), ki je ni pregledal, zavrnil kot manj ugodno.

Zoper navedeno odločitev je vlagatelj dne 6. 12. 2022 vložil zahtevek za revizijo. Predlaga, da se mu omogoči vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika ter spisovno dokumentacijo naročnika, da se mu dovoli, da zahtevek za revizijo v petih dneh od dneva vpogleda dopolni ali spremeni, o dopolnitvi ali spremembi zahtevka za revizijo pa bo moral vlagatelj obvestiti Državno revizijsko komisijo in naročnika, ki se lahko izjasni v treh delovnih dneh od prejema vlagateljeve dopolnitve ali spremembe zahtevka za revizijo. Vlagatelj podredno predlaga, naj se naročnikova odločitev razveljavi. V obeh primerih zahteva tudi povrnitev stroškov pravnega varstva. Navaja, da ponudba izbranega ponudnika ne izpolnjuje niti referenčnih pogojev niti drugih zahtev, česar pa zaradi naročnikove nezakonite preprečitve vpogleda vanjo ne more preveriti. Poleg tega naročnik niti v najmanjši meri ni izkazal razlogov za nedopustnost njegove (vlagateljeve) ponudbe. Navaja, da je Državna revizijska komisija na 3. obči seje navedla, da četudi vlagatelj v postopku pravnega varstva ni izkazal kršitev pri zavrnitvi svoje ponudbe, mu je potrebno priznati aktivno legitimacijo za izpodbijanje odločitve o oddaji naročila izbranemu ponudniku. Navaja, da je naročnik pri vpogledu v ponudbo izbranega ponudnika in dokumentacijo naročnika kršil načelo transparentnosti in njegovo pravico do vpogleda. Opozarja, da je določitev dokumentov kot poslovne skrivnosti nedopustna, saj Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09 s spremembami, v nadaljevanju: ZGD-1) v 39. členu določa, da se za poslovno skrivnost lahko štejejo le podatki in ne celotni dokumenti (vlagatelj se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije 018-301/2012). Še hujšo kršitev pa predstavlja dejstvo, da je naročnik, namesto da bi presojal, katere podatke izbrani ponudnik sploh lahko označil kot poslovno skrivnost, zgolj slepo sledil določitvi poslovne skrivnosti s strani izbranega ponudnika (vlagatelj se sklicuje na odločitvi Državne revizijske komisije št. 018-055/2012 in št. 018-070/2010). Namesto, da bi naročnik skladno s prakso Državne revizijske komisije presodil, kateri podatki (ne dokumenti) lahko predstavljajo poslovno skrivnost, mu je neupravičeno onemogočil vpogled v celotne dele ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika, ki skladno z veljavno zakonodajo in prakso Državne revizijske komisije ne morejo predstavljati poslovne skrivnosti. Dejstvo, da podatki iz ponudb, iz katerih izhaja, ali posamezni ponudnik izpolnjuje pogoje za sodelovanje, ali so pri njemu prisotni razlogi za izključitev ter ali njegova ponudba izpolnjuje formalne zahteve, ne morejo biti opredeljeni kot poslovna skrivnost. Da glede teh podatkov ne more biti v celoti zavrnjen vpogled, pa izhaja tudi iz ustavno zagotovljene pravice do pravnega varstva. Upoštevanje načela transparentnosti je tudi sicer predpogoj za učinkovitost drugih pravnih načel Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15, s spremembami; v

nadaljevanju: ZJN-3). V obravnavanem primeru, ko je s strani naročnika vpogled v ponudbo izbranega ponudnika popolnoma izključen, je kršeno načelo transparentnosti. S kršitvijo tega načela je bilo poseženo tudi v druga temeljna načela, med drugim v načelo enakopravne obravnave ponudnikov ter v načelo nediskriminatornosti. S kršitvijo teh načel pa je prišlo tudi do kršitve pravice do učinkovitega pravnega varstva. Vlagatelj se sklicuje na odločitve Državne revizijske komisije št. 018-213/2016, 018-048/2017, 018-268/2017, 018-085/2022 ter navaja, da je informacija o tem, kateremu subjektu je subjekt javnega sektorja oziroma javni naročnik oddal javno naročilo, javna, posledično pa so javni tudi podatki o referenčnih poslih, ki jih je izbrani ponudnik pridobil z javnim sektorjem. Četudi gre pri referencah izbranega ponudnika za reference iz zasebnega sektorja, pa bi moral naročnik podatke o teh referencah razkriti v skladu s t.i. pravilom gradbiščne table (javni podatek). Vlagatelj ugotavlja, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v bistvene dele ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika, vključno z referenčnimi potrdili, ki so skladno z Zakonom o dostopu do informacij javnega značaja (Uradni list RS, št. 51/06 s spremembami; v nadaljevanju: ZDJIZ), prakso Upravnega sodišča in prakso Informacijskega pooblaščenca, javne. Podobno stališče pa je zavzela tudi Državna revizijska komisija (vlagatelj se sklicuje na odločitev št. 018-048/2017). Vlagatelj zahteva, da se mu omogoči vpogled v celotno ponudbo izbranega ponudnika, predvsem pa v podatke oziroma dokumente, ki se nanašajo na izkazovanje tehnične in kadrovske sposobnosti ter referenc. Ravno tako bi mu moral biti omogočen vpogled v vse ostale dele ponudbe izbranega ponudnika in v vse povezane dokumente, tudi tiste, ki jih je pripravil naročnik. Navaja še, da je naročnikova odločitev nezakonita, saj v njej niso navedeni razlogi za zavrnitev njegove ponudbe. Izpodbijana odločitev v delu, ki se nanaša na njegovo ponudbo, vsebuje le en stavek, in sicer, da njegova ponudba presega zagotovljena sredstva in je zato nedopustna. Šele izpolnjena dolžnost naročnika, da obrazloži svojo odločitev o (ne)oddaji javnega naročila, zagotovi ponudnikom možnost uresničitve pravice do učinkovitega pravnega sredstva, saj jim omogoči, da se seznanijo s poglobljenimi razlogi naročnikove odločitve, preverijo njihovo logično in pravno vzdržnost ter se na podlagi preizkusa razumnosti omenjene odločitve odločijo, ali jo bodo izpodbijali v postopku pravnega varstva. Da bi mogli ponudniki sprejeti takšno odločitev, pa morajo biti v zadostni meri seznanjeni s konkretnimi ter jasnimi razlogi, ki so naročnika vodili pri sprejemu njegove odločitve. Navaja še, da naročnik tudi po izrecnem pozivu (potencialnega) ponudnika na Portalu javnih naročil ni želel razkriti višine zagotovljenih sredstev (vlagatelj se sklicuje na odločitve Državne revizijske komisije št. 018-226/2018, 018-042/2019 in 018-089/2018).

Izbrani ponudnik se je z vlogo z dne 12. 12. 2022, vloženo na podlagi drugega odstavka 27. člena ZPVPJN, izjasnil o revizijskih navedbah vlagatelja. Navaja, da vlagatelj ni izkazal aktivne legitimacije za vložitev zahtevka za revizijo. Vlagatelj sicer izpostavlja domnevo o tem, da mu je potrebno priznati aktivno legitimacijo, pri čemer pa ne izkaže, da bi mu lahko nastala škoda. Vlagatelj z ničemer ni izkazal (niti posredno), zakaj naj bi bila njegova ponudba dopustna in s čim bi mu lahko nastala škoda, prav tako tudi ni izkazal, zakaj naj bi bila izbrana ponudba nedopustna. Zatrjuje, da je bil vlagatelju zakonito omejen vpogled v določene dele njegove ponudbe, saj ne zatrjuje, da je njegova ponudba dopustna in mu iz tega razloga ne more nastati škoda. Naročnik je prav tako upravičeno zakril določene dele njegove ponudbe, saj je varoval zaupnost. Ne glede na navedeno pa vlagatelju ni mogoče priznati aktivne legitimacije in ugoditi zahtevku za revizijo, saj razen trditve o domnevni sporni praksi naročnika glede vpogleda ni podal nobenega revizijskega razloga. Poleg tega je naročnik jasno navedel, da je vlagatelj predložil ponudbo, ki je daleč najdražja in presega naročnikova zagotovljena sredstva. Namesto, da bi se vlagatelj prepričal o zagotovljenih sredstvih, je problematiziral vpogled v njegovo ponudbo.

Naročnik je dne 15. 12. 2022 z dokumentom brez številke zahtevke za revizijo zavrnil in posledično zavrnil tudi vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Navaja, da bi bilo potrebno vlagatelju odreči aktivno legitimacijo, saj ni izkazal nastanka škode. Nesporno je, da je bila vlagateljeva ponudba izločena kot nedopustna, saj presega zagotovljena sredstva,

vendar vlagatelj ne zatrjuje, da je oddal dopustno ponudbo. Navaja le, da je naročnik izbral ponudbo, ki je po njegovem mnenju nedopustna (pri čemer tega sploh ne konkretizira in utemelji). Vlagatelj ni navedel niti enega obrazloženega argumenta, na podlagi katerega bi bilo mogoče preveriti, zakaj naj bi bila ponudba izbranega ponudnika nedopustna. Poleg tega vlagatelj tudi ne zatrjuje, da je njegova ponudba dopustna, s čimer ni izkazal realne stopnje verjetnosti, da bi mu zaradi zatrjevanih nepravilnosti lahko nastala škoda (naročnik se v zvezi s tem sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije št. 018-154/2019). Navedenega pa ne more spremeniti niti sklicevanje na stališče 3. obče seje Državne revizijske komisije. Iz stališča sicer res izhaja, da vlagatelj ne potrebuje izkazati kršitev pri zavrnitvi svoje ponudbe, vendar slednje velja le v primeru, kadar naročnik v postopku vse ponudbe (razen ponudbe izbranega ponudnika) zavrne kot nedopustne. Naročnik je zato mnenja, da bi morala Državna revizijska komisija ugotoviti, da niso izpolnjeni pogoji za vsebinsko obravnavo. Kljub navedenemu, navaja naročnik, se je z namenom čim hitrejšega zaključka postopka oddaje predmetnega javnega naročila opredelil tudi do očitanih kršitev. Navaja, da vpogled ni namenjen pridobivanju podatkov o konkurenčnih ponudnikih, temveč temu, da se ponudnik seznaní s ponudbeno dokumentacijo zaradi morebitnega začetka revizijskega postopka. Zato je nujno, da vlagatelj ne navaja le kršitve pravice do vpogleda, temveč mora trditi nezakonitost naročnikove odločitve v zvezi s ponudbo izbranega ponudnika ter zadostiti trditvenemu bremenu, česar pa vlagatelj ni storil. Vlagatelj ne navaja nobenih dejstev v zvezi z (ne)dopustnostjo ponudbe izbranega ponudnika, temveč zgolj zatrjuje, da mu je bil vpogled nezakonito onemogočen. Kot izhaja iz ustaljene prakse Državne revizijske komisije (npr. št. 018-026/2017), je namen uveljavljanja kršitve pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika ta, da lahko vlagatelj pripravi zahtevek za revizijo, ki je podkrepjen tudi z dejstvi in dokazi. Uveljavljanje kršitve pravice do vpogleda je zato lahko le akcesorne narave oziroma zgolj del zahtevka za revizijo, ne pa predmet samostojnega zahtevka za revizijo. Vlagatelj pa v obravnavanem primeru zatrjuje zgolj kršitev pravice do vpogleda, pri čemer ne trdi v čem in zakaj naj bi bila ponudba izbranega ponudnika nedopustna. Vlagatelj ni zadostil trditvenemu bremenu, saj sploh ne navaja, katere nepravilnosti naj bi bile prisotne v ponudbi izbranega ponudnika, ki bi jih dokazal z vpogledom (naročnik se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije št. 018-321/2010). Poleg tega vlagatelj ni konkretno navedel dokumentov (razen referenčnih potrdil in podatkov o kadrih), v katere naj bi mu bila pravica do vpogleda omejena (naročnik se sklicuje na odločitev Državne revizijske komisije št. 018-085/2020). Naročnik še zatrjuje, da je ponudba izbranega ponudnika dopustna ter da je odločitev obrazložil z navedbo razloga o nedopustnosti vlagateljve ponudbe, zato meni, da mu ni mogoče očitati kršitev določil ZJN-3.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 19. 12. 2022 opredelil do sklepa o zavrnitvi zahtevka za revizijo (Opredelitev do navedb naročnik). Vztraja pri očitkih iz zahtevka za revizijo in pravovarstvenem predlogu in se dodatno opredeljuje do naročnikovih navedb. Opozarja na navedbe iz zahtevka za revizijo in zatrjuje, da so naročnikova izvajanja absurdna. Navaja, da se naročnik sklicuje na sklep Državne revizijske komisije št. 018-154/2019-5, pri čemer je dejansko stanje predmetne zadeve povsem drugačno, saj takratni naročnik ponudbe takratnega vlagatelja ni izločil zaradi preseganja zagotovljenih sredstev. Poleg tega je takratni naročnik v odločitvi o oddaji naročila podrobno pojasnil in obrazložil, zakaj ponudba takratnega vlagatelja ni skladna z zahtevami in pogoji iz razpisne dokumentacije. Vlagatelj ponovno opozarja na stališče 3. obče seje Državne revizijske komisije, s katero se je, kot navaja, spremenilo njeno predhodno stališče glede priznavanja aktivne legitimacije v primerih, ko vlagatelj v postopku pravnega varstva ni izkazal naročnikovih kršitev pri zavrnitvi svoje ponudbe. S tem pa uveljavljanje istovrstnih napak v konkurenčni ponudbi (tudi glede na prakso Sodišča EU) ni več pogoj. Opozarja, da je bil primoran vložiti zahtevek za revizijo, saj naročnik v izpodbijani odločitvi ni niti v najmanjši meri obrazložil, zakaj naj bi bila njegova ponudba nedopustna. Zatrjuje, da se ne more braniti zoper naročnikove zaključke o nedopustnosti svoje ponudbe, če naročnik teh razlogov ne predstavi. Naročnik je torej tisti, ki svoje odločitve ni obrazložil tako, da bi jasno in nedvoumno izražala razlogovanje do te mere, da

bi se lahko seznanil z utemeljitvijo odločitve, razlogi pa niso pojasnjeni niti do te mere, da bi Državni revizijski komisiji omogočali izvajanje nadzora zakonitosti navedene odločitve. Vlagatelj (zgolj iz previdnosti) opozarja, da naročnik niti v sklepu, s katerim je odločil o zahtevku za revizijo, ni pojasnil razlogov nedopustnosti njegove ponudbe. Zatrjuje še, da je natančno utemeljil kršitve naročnika pri vpogledu, poleg tega je tudi zapisal, da je naročnik posegel v njegovo pravico do učinkovitega pravnega varstva, saj mu je bilo le-to v delu, v katerem vpogled ni bil dovoljen, onemogočeno. Vlagatelj v nadaljevanju ponavlja očitke, ki jih je v zvezi z vpogledom navedel v zahtevku za revizijo. Navaja še, da ni vložil »samostojnega zahtevka za revizijo zaradi kršitve pravice do vpogleda«, pač pa je v njem izpodbijal zakonitost izpodbijane odločitve, glede katere predlaga, da se razveljavi. Vlagatelj zaključuje z ugotovitvijo, da je tudi v tem delu mogoče ugotoviti, da naročnikova izvajanja pritrjujejo njegovim očitkom, naročnik pa niti v delu, ki se nanaša na očitke v zvezi s kršitvami pri vpogledu, ni pojasnil veljavnega pravnega temelja, na podlagi katerega mu je preprečil vpogled v izbrano ponudbo ter v spisovno dokumentacijo.

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

V zvezi z pomisleki izbranega ponudnika in naročnika v vlagateljevo aktivno legitimacijo, vlagatelj pravilno opozarja, da je potrebno, upoštevajoč stališča 3. občne seje Državne revizijske komisije, ki je bilo sprejeto v letu 2021, v položaju, ko je naročnik kot edino izmed prejetih ponudb kot dopustno ponudbo štel ponudbo izbranega ponudnika ter sprejel odločitev o oddaji javnega naročila in oddal javno naročilo izbranemu ponudniku, vlagateljevo ponudbo pa zavrnil na podlagi ugotovitve, da ni dopustna, vlagatelju, četudi v postopku pravnega varstva ni izkazal naročnikovih kršitev pri zavrnitvi svoje ponudbe, priznati aktivno legitimacijo za izpodbijanje odločitve o oddaji naročila izbranemu ponudniku. Vlagatelj, za katerega je naročnik ugotovil, da njegova ponudba ni dopustna, je v zahtevku za revizijo upravičen uveljavljati vse domnevne naročnikove kršitve pri pregledu ponudbe izbranega ponudnika, vključno s tistimi, ki niso povezane z nepravilnostmi, zaradi katerih je bila njegova ponudba zavrnjena. Navedeno stališče je relevantno tudi v obravnavanem primeru, v katerem se je naročnik opredelil le do ponudbe vlagatelja (in jo zavrnil kot nedopustno) in ponudbe izbranega ponudnika, ne pa tudi do ponudbe drugouvrščenega ponudnika. V obravnavanem primeru gre za specifično situacijo, v kateri vlagatelj sicer zatrjuje, da ponudba izbranega ponudnika ni dopustna (po vlagateljevem prepričanju ponudba izbranega ponudnika ne izpolnjuje niti referenčnih pogojev niti drugih zahtev naročnika), česar pa, kot navaja, zaradi naročnikove preprečitve vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika, ne more preveriti. Po drugi strani pa vlagatelj ne zatrjuje, da je njegova ponudba dopustna, saj očita naročniku, da je obrazložitev odločitve v delu, ki se nanaša na njegovo ponudbo, pomanjkljiva in (posledično) nepreverljiva.

Vlagateljeve revizijske navedbe v zvezi z vpogledom v ponudbo izbranega ponudnika je treba presojeti z vidika načela transparentnosti (6. člena ZJN-3) in pravice do vpogleda (35. člena ZJN-3). Iz določbe 6. člena ZJN-3 izhaja, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem postopku, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami obvestil glede javnih naročil na Portalu javnih naročil in v Uradnem listu Evropske unije. Transparentnost postopka javnega naročanja se zagotavlja tudi s postopkom javnega odpiranja ponudb ter z vpogledom v tiste dele ponudbe in spisovne dokumentacije, ki so skladno z določili ZJN-3 ter pravno prakso Državne revizijske komisije, javni. Medtem, ko se načelo transparentnosti nanaša na postopek oddaje javnega naročila kot celoto in znotraj tega zlasti na objave javnih naročil, dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila in postopek odpiranja ponudb, pa za vpogled v ponudbeno dokumentacijo ponudnikov veljajo določene omejitve, povezane z vprašanjem varovanja poslovnih skrivnosti in drugih podatkov (npr. osebnih), ki so varovani v skladu z zakonom.

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

Kot je Državna revizijska komisija zapisala že v več svojih odločitvah (tudi v odločitvah št. 018-141/2022 in 018-81/2022), ugotovitev kršitve pravice do vpogleda v dokumentacijo ni podlaga za razveljavitev odločitve o oddaji javnega naročila, saj se je ta kršitev lahko najprej zgodila šele po tem, ko je naročnik že sprejel odločitev o oddaji javnega naročila in zato ugotovitev nezakonitosti kasnejšega ravnanja ne bi pomenila, da je nezakonito tudi predhodno ravnanje (tj. sprejem odločitve o oddaji javnega naročila). Vpogled v ponudbo izbranega ponudnika v smislu petega odstavka 35. člena ZJN-3 je namreč ravnanje v postopku oddaje javnega naročila, ki časovno sledi sprejemu odločitve o oddaji javnega naročila izbranemu ponudniku.

Na podlagi prvega odstavka 35. člena ZJN-3 naročnik ne sme razkriti informacij, ki mu jih gospodarski subjekt predloži in označi kot poslovno skrivnost, kot to določa zakon, ki ureja gospodarske družbe, če ZJN-3 ali drug zakon ne določa drugače. Naročnik mora zagotoviti tudi varovanje podatkov, ki se glede na določbe zakona, ki ureja varstvo osebnih podatkov in varstvo tajnih podatkov, štejejo za osebne ali tajne podatke. Peti odstavek 35. člena ZJN-3 dalje določa, da mora naročnik v primeru, če je izvedel popoln pregled vseh ponudb, po objavi odločitve o oddaji javnega naročila omogočiti vpogled v ponudbo izbranega ponudnika le tistim ponudnikom, ki so oddali dopustno ponudbo. Če naročnik ni opravil popolnega pregleda ponudb, mora omogočiti vpogled vsem ponudnikom. Naročnik ponudniku, ki je v roku treh delovnih dni po objavi odločitve zahteval vpogled, dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika najkasneje v treh delovnih dneh od prejema zahteve, razen v tiste dele, ki upoštevajo določbe 35. člena ZJN-3 predstavljajo poslovno skrivnost ali gre za tajne podatke v skladu z zakonom, ki ureja dostop do tajnih podatkov ali za osebne podatke, ki se varujejo v skladu z zakonom, ki ureja varstvo osebnih podatkov.

Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/06 s sprem., v nadaljevanju: ZGD-1) v 39. členu določa, da se za poslovno skrivnost štejejo informacije, ki izpolnjujejo zahteve za poslovno skrivnost v skladu z zakonom, ki ureja poslovne skrivnosti. Zakon o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/19; v nadaljevanju: ZPosS) tako v prvem odstavku 2. člena določa, da poslovna skrivnost zajema nerazkrito strokovno znanje, izkušnje in poslovne informacije, ki izpolnjuje naslednje zahteve:

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

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

tretjim odstavkom istega člena pa se za poslovno skrivnost ne morejo določiti informacije, ki so po zakonu javne, ali informacije o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev.

Po samem zakonu so, ne glede na morebitno drugačno označbo s strani ponudnika, skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3, javni tisti podatki, ki predstavljajo specifikacije ponujenega blaga, storitve ali gradnje in količino iz te specifikacije, cena na enoto, vrednost posamezne postavke in skupna vrednost iz ponudbe ter vsi tisti podatki, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril. Če gospodarski subjekt kot poslovno skrivnost določi podatke, ki so po zakonu javni, mora naročnik oznako o poslovni skrivnosti v tem delu spregledati in vpogled v (javne) podatke omogočiti (prim. npr. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-048/2017, 018-117/2019, 018-085/2020, 018-141/2022). Glede na navedeno naročnik ne more zgolj slediti oznaki »poslovna skrivnost« oziroma predloženim sklepom o določitvi poslovne skrivnosti, ampak mora presojati tudi, ali je gospodarski subjekt posamezne podatke upravičeno označil za poslovno skrivnost, saj določenih podatkov (tj. javnih podatkov, podatkov o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev) ni mogoče označiti za poslovno skrivnost.

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

Iz odstopljene dokumentacije izhaja, da je vlagatelj z dopisom z dne 1. 12. 2022 zahteval vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, naročnik pa je istega dne zahtevo za vpogled najprej zavrnil. Na podlagi vlagateljevega opozorila, da naročnik ni opravil popolnega pregleda ponudb (oziroma da ni pregledal ene izmed treh prejetih ponudb - ponudbe družbe Esotech d.d., Velenje), pa je naročnik vlagatelju istega dne posredoval dopis, da mu v skladu s 35. členom ZJN-3 omogoča vpogled v javne podatke, in sicer v specifikacijo gradnje s količinami in cenami na enoto ter skupno vrednostjo (naročnik je vlagatelju posredoval Popis del izbranega ponudnika). Z navedenim je naročnik ravnal v skladu z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3 oziroma je vlagatelja seznanil s specifikacijo ponujene gradnje, cenami na enoto, vrednostjo posameznih postavk in s skupno vrednostjo ponudbe.

Vlagatelj očita naročniku, da je zgolj slepo sledil določitvi poslovne skrivnosti s strani izbranega ponudnika. Državna revizijska komisija se sicer strinja z vlagateljem, da naročnik ne more zgolj slediti oznaki poslovna skrivnost oziroma predloženemu sklepu o določitvi poslovne skrivnosti, temveč mora presojati tudi, ali je gospodarski subjekt določene podatke upravičeno označil za poslovno skrivnost. A v obravnavanem primeru izbrani ponudnik ni predložil sklepa o določitvi poslovne skrivnosti niti ni na kakršenkoli drugačen način podatkov v ponudbi označil kot poslovno skrivnost (kar bi lahko storil npr. z žigom poslovna skrivnost na posameznem dokumentu). Veljavna ureditev ne predvideva več t.i. objektivne poslovne odgovornosti in za poslovno skrivnost ne šteje več podatkov, za katere je ne glede na sklep družbe očitno, da bi nastala občutna škoda, če bi se zanje izvedelo, pač pa nalaga imetniku poslovne skrivnosti aktivno ravnanje. V obravnavanem primeru pa izbrani ponudnik, kot že navedeno, ni predložil sklepa o določitvi poslovne skrivnosti, prav tako tudi nobenih podatkov v ponudbi ni označil za poslovno skrivnost.

Državna revizijska komisija je že večkrat zapisala, da mora vlagatelj (v skladu s trditveno-dokaznim bremenom) v zahtevku za revizijo konkretizirano navesti, v katere dele ponudbe mu naročnik vpogleda ni omogočil oziroma v katere dele ponudbi bi mu moral naročnik omogočiti vpogled (prim. npr. odločitve št. 018-85/2020, 018-59/2021, 018-190/2021). Vlagatelj je v zahtevku za revizijo predlagal, naj se mu omogoči vpogled v celotno ponudbo izbranega

ponudnika, predvsem pa v podatke oziroma dokumente, ki se nanašajo na izkazovanje tehnične in kadrovske sposobnosti ter referenc. Navedel je tudi, da bi mu moral biti omogočen vpogled v vse ostale dele ponudbe izbranega ponudnika in v vse povezane dokumente, tudi tiste, ki jih je pripravil naročnik. Vlagatelj je torej v obravnavanem primeru konkretno navedel le, naj se mu omogoči vpogled v podatke oziroma dokumente, ki se nanašajo na izkazovanje kadrovske sposobnosti in referenc.

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

Naročnik je referenčne in kadrovske pogoje določil v točkah 7 (Referenčni pogoj - GOI dela), 8 (Referenčni pogoj - skejt poligon) in 9 (kadri) Poglavlja C (Pogoji za ugotavljanje sposobnosti). V prvih dveh točkah so postavljene referenčne zahteve za ponudnika, v tretji točki pa zahteve, ki se nanašajo na kader. Naročnik je v točki 7 Poglavlja C od ponudnikov zahteval, da izkažejo vsaj en referenčni projekt, ki je zajemal izvedbo gradbeno-obrtniških in instalacijskih del na primerljivem objektu v vrednosti najmanj 900.000,00 EUR z DDV, v točki 8 Poglavlja C pa je zahteval vsaj dve referenci, ki se nanašata na izvedbo skejt poligona po metodi »IN SITU«. V točki 9 Poglavlja C je naročnik zahteval vodjo gradnje, ki je pooblaščen strokovnjak, vodja del ali gradbeni delovodja, v skladu z zakonom, ki ureja poklicno in strokovno izobraževanje, ali mojster s področja gradbeništva v skladu z zakonom, ki ureja obrt. Vodja gradnje je moral izkazati, da je kot vodja gradnje ali vodja del ali odgovorni vodja gradnje, sodeloval pri vsaj enem poslu, ki je zajemal izvedbo gradbeno-obrtniških in instalacijskih del na primerljivem objektu v vrednosti najmanj 900.000,00 EUR z DDV (naročnik je torej od vodje gradnje zahteval enako referenco kot od ponudnika). Naročnik je dovolil, da lahko ponudniki referenčne in kadrovske pogoje izkažejo tudi s partnerji ali s podizvajalci.

Državna revizijska komisija je že večkrat zavzela stališče (npr. odločitve, št. 018-213/2016, 018-048/2017, 018-268/2017, 018-141/2022 in druge), da se načelo transparentnosti javnega naročanja med drugim udejanja tudi z obveznostjo naročnika, da pošlje v objavo obvestilo o (javnem) naročilu in obvestilo o oddaji (javnega) naročila. Zlasti objava obvestila o oddaji (javnega) naročila je namenjena najširši javnosti, ki se lahko na ta način seznanijo, s katerimi subjekti in v kakšni vsebini javni sektor vstopa v posamezna pogodbeno razmerja. Informacija o tem, kateremu zasebnemu subjektu je subjekt javnega sektorja oziroma javni naročnik oddal neko javno naročilo, je tako (po ustaljeni praksi Državne revizijske komisije) javna, posledično pa je javen podatek o referenčnem poslu zasebnega subjekta, ki izhaja iz takšnega javnega naročila, saj gre pri tem zgolj za vnovično podajo v preteklosti že javno objavljene informacije. Tej je sicer dodana še vrednostna sodba vsakokratnega naročnika o uspešnosti izvedbe javnega naročila, ki pa po oceni Državne revizijske komisije ne predstavlja elementa, ki bi lahko kakorkoli vplival na javnost takšnega podatka - že iz dejstva sklicevanja na referenco v ponudbi namreč izhaja, da je naročnikova ocena referenčnega dela pozitivna, saj negativne reference ponudnik v svojo ponudbo seveda nima interesa predložiti.

Z vpogledom v ponudbo izbranega ponudnika je mogoče ugotoviti, da je bila referenca, ki se nanaša na izvedbo gradbeno-obrtniških del in instalacijskih del na primerljivem objektu v vrednosti najmanj 900.000,00 EUR z DDV (v tem delu je bila ponujena ista referenca za vodjo gradnje in ponudnika), opravljena za javnega naročnika, prav tako sta bili za javnega naročnika izvedeni vsaj dve od treh priglašeni referenc, ki se nanašata na izvedbo skejt poligona. A ob navedenem

oziroma zlasti iz razloga, ker izbrani ponudnik ni predložil sklepa o določitvi poslovne skrivnosti niti ni na kakršenkoli drugačen način podatkov v ponudbi označil kot poslovno skrivnost (izbrani ponudnik je tudi v vlogi, s katero se je izjasnil o vlagateljevem zahtevku za revizijo, v zvezi s tem zgolj pavšalno navedel, da je naročnik »*upravičeno zakril določene dele njegove ponudbe, saj je varoval zaupnost*«), je Državna revizijska komisija v tem delu sledila vlagateljevemu predlogu za vpogled v dokumente oziroma podatke, ki se nanašajo na izkazovanje kadrovske in referenčne sposobnosti. Nenazadnje so vse štiri reference objavljene tudi na svetovnem spletu.

Ob vsem navedenem in iz razloga, ker izbrani ponudnik referenčne in kadrovske zahteve izpolnjuje z dvema nominiranima podizvajalcema (s čimer vlagatelj ni in ni mogel biti seznanjen), ter ob upoštevanju, da je vlagatelj zahteval vpogled tudi v vse povezane dokumente izbranega ponudnika, naj naročnik vlagatelju (v izogib morebitnim nadaljnjim sporom) omogoči tudi vpogled v dokumente oziroma podatke, ki se nanašajo na podizvajalce. Naročnik je zahteve za podizvajalce postavil v točki 4 (Pogoj - Podizvajalci) poglavja C (Pogoji za ugotavljanje sposobnosti), na vprašanje enega izmed potencialnih ponudnikov, kateri obrazci morajo biti predloženi za podizvajalce pa je (dne 26. 10. 2022 na Portalu javnih naroči) pojasnil, da mora ponudnik, ki nastopajo s podizvajalcem v ponudbi predložiti: s strani vsakega podizvajalca podpisani OBR-Izjava, OBR-Udeležba in OBR-Izjava, ki se nanaša na neposredna plačila.

Ker je Državna revizijska komisija ugotovila, da je naročnik kršil določbe 35. člena ZJN-3, v povezavi s 6. členom ZJN-3, je na podlagi petega odstavka 31. člena ZPVPJN ter druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN vlagateljevemu (primarnemu) predlogu ugodila tako, da je naročniku naložila odpravo kršitve na način, da se mu dovoli vpogled v podatke o referencah izbranega ponudnika in kadra ter v ostale podatke, ki se nanašajo na nominiranega vodjo del ter vpogled v podatke, ki se nanašajo na nominirana podizvajalca izbranega ponudnika.

V preostalem delu je Državna revizijska komisija zahtevke za revizijo glede kršitve pravice do vpogleda zavrnila. Kot ugotavlja Državna revizijska komisija, je iz odstopljene dokumentacije tudi sicer razvidno, da naročnik izbranega ponudnika (oziroma nobenega izmed treh sodelujočih ponudnikov) ni pozval k dopolnitvi, popravku, spremembi ali pojasnilu ponudbe. V odstopljeni dokumentaciji se nahaja tudi naročnikov interni dokument Poročilo o pregledu in ocenitvi ponudb št. 7/2022 z dne 21. 11. 2022, vendar je bil vlagatelj z ugotovitvami iz tega poročila seznanjen že z izpodbijano odločitvijo.

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

Ker so že zgoraj zapisani razlogi narekovali odločitev, kot izhaja iz izreka tega sklepa, se Državna revizijska komisija v tej fazi ni obravnavala očitka, ki se nanaša na obrazložitev izpodbijane odločitve.

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

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

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

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

Pravni pouk:

Zoper to odločitev upravni spor ni dovoljen.

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

Vročiti (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.

