

Številka: 018-84/2022-5

Datum: 17. 8. 2022

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi petega odstavka 31. člena ter 39. in 75. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/11 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) v senatu Tadeje Pušnar kot predsednice senata, dr. Mateje Škabar kot članice senata in Aleksandra Petrovčiča kot člana senata v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*AVTOMATIZACIJA TRANSFORMATORSKIH POSTAJ*« na podlagi zahtevka za revizijo, ki ga je vložil vlagatelj ALTENS, družba za tehniko in inženiring, d.o.o., Kotnikova ulica 34, 1000 Ljubljana, ki ga zastopa Odvetnica Katarina Benedik, Dalmatinova ulica 5, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika ELEKTRO CELJE, podjetje za distribucijo električne energije, d.d., Vrunčeva ulica 2A, 3000 Celje (v nadaljevanju: naročnik), 17. 8. 2022

odločila:

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

- »*ADC5783_PNO_V2*«,
- »*Navodila DV 20*«,
- »*KI20_prospekt1_6*« in
- »*TN10_Technical-desc_2-1*«

v delih, kjer se nahajajo podatki, ki izkazujejo izpolnjevanje tehničnih specifikacij.

Naročnik mora vlagatelju dovoliti, da v petih delovnih dneh od dneva vpogleda dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih je pridobil pri vpogledu v dokumentacijo.

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:

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja v postopku naročila male vrednosti, je bilo 21. 3. 2022 objavljeno na Portalu javnih naročil pod št. objave JN001760/2022-W01 in s popravkom pod št. objave JN001760/2022-K01 z dne 4. 4. 2022.

Naročnik je 24. 6. 2022 na Portalu javnih naročil objavil »*Odločitev v zvezi z oddajo naročila*«, št. JN-7/2022-NMV z dne 23. 6. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o oddaji javnega naročila), iz katere izhaja, da je javno naročilo oddal ponudniku SIPRONIKA, družba za razvoj, proizvodnjo, projektiranje in trženje elektronskih in računalniških sistemov, d.o.o., Verovškova ulica 64A, 1000 Ljubljana (v nadaljevanju: izbrani ponudnik), ki je oddal ekonomsko najugodnejšo ponudbo. Ponudba drugouvrščenega ponudnika je bila spoznana za nedopustno, vlagateljova ponudba pa za dopustno, vendar je bila glede na merilo uvrščena na tretje mesto in kot takšna ocenjena kot ekonomsko manj ugodna.

Zoper odločitev o oddaji javnega naročila je vlagatelj 1. 7. 2022 vložil zahtevek za revizijo, v katerem naročniku očita naslednje kršitve:

- neveljavnost referenčnega potrdila Elektro Celje, d.d., ker predmet tega referenčnega posla ni oprema, ki bi bila identična ponujeni opremi, kot je zahtevano v točki 8.1.3 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in v referenčnem potrdilu (OBR-8), prav tako ponujena oprema ni identična z opremo v referenčnem potrdilu Elektra Gorenjska, d.d.,
- neveljavnost referenčnega potrdila Elektro Gorenjska, d.d., ker pogodba NMV20-015 na dan oddaje ponudb ni bila zaključena in ker izbrani ponudnik na poziv naročnika ni predložil dokazil o zaključenih dobavah,
- neupravičeno oviranje dostopa do podatkov pri vpogledu v ponudbo izbranega ponudnika, ker mu je naročnik posredoval delno zakrito oz. pomanjkljivo tehnično dokumentacijo, ter
- tehnične neskladnosti ponujene opreme (nezadostna moč napajalnika glede na nameravano uporabo in nabor naročnikove stikalne opreme).

Vlagatelj zahteva tudi povrnitev specifikiranih stroškov revizijskega postopka.

Glede kršitve pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika vlagatelj zatrjuje, da mu je naročnik s tem, ko mu je posredoval v tolikšni meri zakrito oz. pomanjkljivo tehnično dokumentacijo (velik del strani originalnih listin ni vključenih), onemogočil, da bi preveril dejansko izpolnjevanje v Preglednice ustreznosti zapisane trditve (DA, NE, vrednost), kot je to predpisal v navodilih, prav tako pa mu je preprečil, da bi preveril identičnost ponujene opreme z opremo iz referenčnih potrdil. Na delno počrnjenih straneh, poleg očitno manjkajočih strani, ni vidne oznake »poslovna skrivnost«, s katero bi izbrani ponudnik moral označiti morebitne poslovne skrivnosti že ob oddaji ponudbe. Le v tem primeru bi skladno s prvim odstavkom 35. člena ZJN-3 naročnik smel odreči razkritje informacij ponudniku. Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) dopušča le tiste poslovne skrivnosti, ki podležejo subjektivnemu kriteriju presoje. Poslovne skrivnosti kot take morajo biti določene vnaprej, v sami ponudbi. Hkrati pa ZJN-3 v 35. členu tudi jasno določa, kateri so tisti podatki iz ponudb, ki morajo ostati javni. Javni so podatki iz tehničnih specifikacij ponujenega blaga, na primer karakteristike ponujenega blaga, in ne morejo biti predmet poslovne skrivnosti. Kot javen mora ostati tudi vsak drugi podatek, ki vpliva na razvrstitev ponudbe v okviru meril ali izpolnjevanja obveznih pogojev, kar izhaja tudi sodbe Upravnega sodišča, opr. št. I U1647/2017-29, skladno s katero so dokumenti iz tehnične dokumentacije o izpolnjevanju zahtevanih tehničnih značilnosti ponujenega blaga, s katerimi

ponudniki dokazujejo, da blago ustreza zahtevam iz razpisne dokumentacije, skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3, javni.

Zato vlagatelj od naročnika oz. Državne revizijske komisije zahteva, da mu omogoči naknaden vpogled v celotne in nezakrite originalne dokumente oz. datoteke iz ponudbe izbranega ponudnika ter mu dovoli, da v petih delovnih dneh od vpogleda dopolni ali spremeni zahtevek za revizijo z novimi kršitvami, dejstvi in dokazi, ki jih bo pridobil pri vpogledu v dokumentacijo, saj te očitno niso bile označene kot poslovna skrivnost ob oddaji ponudb, kot javne pa jih določa tudi predmetna zakonodaja. Vlagatelj tako zahteva vpogled v naslednje dokumente:

- manjkajoči tehnični opis s karakteristikami napajalnika ADC5783_PNO_V2,
- manjkajoča izjava o skladnosti za napajalnik ADC5783_PNO_V2,
- celovit ter nezakrit dokument »Navodila DV 20_delno.pdf«,
- celovit ter nezakrit dokument »KI20_prospekt1_6_delno.pdf« in
- celovit ter nezakrit dokument »TN10_Technical-desc_2-1_delno.pdf«.

Naročnik je v skladu s prvim odstavkom 27. člena ZPVPJN izbranemu ponudniku posredoval kopijo zahtevka za revizijo in prejel njegovo izjasnitev z dne 8. 7. 2022. Izbrani ponudnik nasprotuje vlagateljevemu očitkom, tudi glede kršitve pravice do vpogleda (njegovim argumentom je v večjem delu sledil naročnik v odločitvi o zahtevku za revizijo). Izbrani ponudnik zahteva tudi povrnitev stroškov v zvezi s postopkom revizije.

Naročnik je z odločitvijo št. JN-7/2022-NMV z dne 20. 7. 2022 (v nadaljevanju: odločitev o zahtevku za revizijo) vlagatelj zahtevke za revizijo zavrnil, posledično pa je zavrnil tudi njegovo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik zavrača očitke o kršitvi pravice do vpogleda in navaja, da z vidika predložitve sklepa o določitvi poslovne skrivnosti velja, da lahko ponudnik sklep o določitvi poslovne skrivnosti predloži že v ponudbi ali pa pozneje, po roku za prejem ponudb, tudi še na vpogledu samem. Naročnikova dolžnost je, da kot ustrezno oznako poslovne skrivnosti upošteva tudi sklep o določitvi poslovne skrivnosti, ki ga ponudnik predloži šele po roku za prejem ponudb (pri čemer se sklicuje na sklep Državne revizijske komisije št. 018-213/2016-9). Prav tako kot neutemeljene zavrača vlagateljeve navedbe, da bi moral izbrani ponudnik morebitne poslovne skrivnosti označiti z oznako »poslovna skrivnost« ob oddaji ponudbe, saj ta označba ni pogoj za veljavno opredelitev posameznih informacij kot poslovno skrivnost. Nadaljuje, da v zakonu ni opredeljeno, kaj predstavlja specifikacije ponujenega predmeta, da pa iz sklepa Državne revizijske komisije št. 018-207/2018-7 izhaja, da je specifikacija ponujenega blaga, kot je določena v drugem odstavku 35. člena ZJN-3, treba razumeti kot specificiranje oziroma enoznačno oznako predmeta ponudbe, ki nujno ne predstavlja tudi tehničnih specifikacij, ter da izbrani ponudnik pravilno ugotavlja, da je Državna revizijska komisija v zvezi s pojmom »specifikacija ponujenega blaga« že v več odločitvah pojasnila, da je ne gre enačiti s »tehničnimi specifikacijami« (npr. v sklepu št. 018-065/2018-10). Po mnenju naročnika je izbrani ponudnik specificiral predmet svoje ponudbe s tem, ko je izpolnil obrazec 11 in ga priložil k ponudbi, saj je namreč naročnik tem obrazcu v točki »4.2. Preglednica ustreznosti« pod vsakim sklopom opreme predvidel, da ponudniki navedejo proizvajalca (in državo) ter tip opreme, pri čemer je izbrani ponudnik obrazec v teh delih izpolnil, zato je s tem opredelil oz. specificiral predmet svoje ponudbe. Ker je naročnik vlagatelju posredoval predmetni obrazec, je tako vlagatelj dobil celoten vpogled v podatke iz tega obrazca, torej v specifikacije predmeta ponudbe. Ostala tehnična dokumentacija, ki jo je izbrani ponudnik k ponudbi predložil za izkazovanje zahtev naročnika, po mnenju naročnika ne predstavlja tehnične specifikacije iz 35. člena ZJN-3, zaradi česar tolmačenje vlagatelja, da gre za dokumentacijo, ki je že po zakonu javna, ne drži.

Naročnik navaja, da je izbranega ponudnika z elektronskim sporočilom z dne 29. 6. 2022 obvestil, da je s strani vlagatelja prejel zahtevo za vpogled v njegovo ponudbeno dokumentacijo ter ga

hkrati pozval, naj dokumente, katere šteje za poslovno skrivnost, ustrezno označi, na podlagi česar je izbrani ponudnik naročniku odgovoril, da lahko za potrebe vpogleda v njegovo ponudbo posreduje zgolj in samo dokumente, ki se nahajajo v prilogi tega in naslednjih sporočil ter da izbrani ponudnik razkritja vseh ostalih dokumentov oziroma njihovo posredovanje vlagatelju izrecno ne dovoljuje. Dodaja, da je izbrani ponudnik priložil tudi sklep o določitvi poslovne skrivnosti, s čimer je izpolnjena domneva iz drugega odstavka 2. člena Zakona o poslovni skrivnosti. Naročnik je pri pregledu prilog predmetnega sporočila ugotovil, da zakrite informacije vsebinsko ustrezajo tudi preostalim kriterijem, ki se zahtevajo za določitev poslovne skrivnosti, pri tem pa ni ugotovil, da bi bili zakriti tudi podatki, ki ne morejo biti poslovna skrivnost, zato je ravnal pravilno, ko je varoval poslovno skrivnost izbranega ponudnika in vlagatelju ni omogočil vpogleda v celotno predloženo dokumentacijo izbrane ponudbe.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da mu je naročnik onemogočil, da bi preveril dejansko izpolnjevanje trditvev, zapisanih v Preglednici ustreznosti, ter da bi lahko preveril identičnost ponujene opreme z opremo iz referenčnih potrdil, naročnik poudarja, da je vlagateljeva trditvena podlaga v tem delu pomanjkljiva in z izpostavljenimi navedbami ni presegel ravni pavšalnega zatrjevanja. Ker je bil vlagatelju omogočen vpogled v velik del tehnične dokumentacije izbrane ponudbe, bi slednji lahko presodil, katere tehnične zahteve ponujena oprema gotovo izpolnjuje oziroma bi lahko in moral konkretizirati, za katere tehnične zahteve iz Preglednice ustreznosti sumi, da jih izbrana ponudba ne izpolnjuje oz. zakaj sumi, da ponujena oprema ni identična z referenčno opremo in kako namerava to preveriti v zakriti dokumentaciji.

Naročnik je Državni revizijski komisiji 22. 7. 2022 odstopil dokumentacijo o postopku oddaje javnega naročila in dokumentacijo o predrevizijskem postopku.

Vlagatelj se je do naročnikove odločitve o zahtevku za revizijo opredelil z vlogo z dne 25. 7. 2022 (v nadaljevanju: opredelitev do navedb naročnika), v kateri vztraja pri revizijskih navedbah in prereka naročnikove razloge za zavrnitev zahtevka za revizijo.

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

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

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da vlagatelj v zahtevku za revizijo (poleg drugih kršitev) naročniku očita kršitve pri izvedbi vpogleda v dokumentacijo izbranega ponudnika.

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

mogoče razumeti kot abstraktne in neomejene pravice vlagatelja revizijskega zahtevka v smislu preverjanja pravilnosti naročnikove odločitve, ampak je namen vpogleda v pridobitvi dodatnih informacij, ki jih vlagatelj potrebuje za učinkovito uveljavljanje pravnega varstva.

V konkretnem primeru vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje, da je naročnik kršil pravico do vpogleda, ker je izbranemu ponudniku omogočil, da je naknadno, preden je naročnik ponudbeno dokumentacijo posredoval vlagatelju v vpogled, izločil večje število strani ponudbene dokumentacije, na preostali dokumentaciji pa s črno barvo prikrikl posamezne dele dokumenta, kjer naj bi bili tudi podatki, na katere se sklicuje v tabelah tehnične ustreznosti, ter ker vlagatelju ni omogočil vpogleda v tehnično dokumentacijo, ki je po drugem odstavku 35. člena ZJN-3 javna. Zaradi navedenega vlagatelj ne more navesti dejstev in dokazov iz drugega odstavka 15. člena ZPVPJN, predvsem ne more konkretizirati navedb, da ponujena oprema izbranega ponudnika ni identična z opremo iz referenčnih potrdil, kot tudi navedb o tehnični neustreznosti ponudbe.

Vlagateljeve revizijske navedbe v zvezi z vpogledom v ponudbo izbranega ponudnika je treba presoјati z vidika načela transparentnosti (6. člena ZJN-3) in pravice do vpogleda (35. člena ZJN-3).

Iz določil 6. člena ZJN-3 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 in v Uradnem listu Evropske unije. Poleg javnih objav se med drugim transparentnost postopka javnega naročanja zagotavlja tudi s postopkom javnega odpiranja ponudb ter z vpogledom v tiste dele ponudbe in spisovne dokumentacije, ki so skladno z določili ZJN-3 ter pravno prakso Državne revizijske komisije, javni.

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 ta 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 nerazkrita strokovno znanje, izkušnje in poslovne informacije, ki izpolnjuje naslednje zahteve:

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

Domneva se, da je zahteva iz navedene tretje alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS izpolnjena, če je imetnik poslovne skrivnosti informacijo določil kot poslovno skrivnost v pisni obliki in o tem seznanil vse osebe, ki prihajajo v stik ali se seznanijo s to informacijo, zlasti družbenike, delavce, člane organov družbe in druge osebe, kar izhaja iz drugega odstavka 2. člena ZPosS. Skladno s tretjim odstavkom istega člena pa se za poslovno skrivnost ne morejo določiti informacije, ki so po zakonu javne, ali informacije o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev.

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

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

V zvezi s prvim očitkom vlagatelja, da je izbranemu ponudniku omogočil, da je naknadno, preden je naročnik ponudbeno dokumentacijo posredoval v vpogled vlagatelju, izločil večje število strani ponudbene dokumentacije, na preostali dokumentaciji pa s črno barvo prikriil posamezne dele dokumenta, se gre strinjati z naročnikom in izbranim ponudnikom, da je Državna revizijska komisija že večkrat zapisala (tudi v odločitvi št. 018-054/2018-14, na katero se sklicuje izbrani ponudnik), da mora naročnik, kljub temu, da je izbrani ponudnik sklep o določitvi poslovne skrivnosti predložil kasneje – torej ne s samo ponudbo – tudi če (še) na samem vpogledu, letega še vedno upoštevati, saj trenutek predložitve sklepa o določitvi poslovne skrivnosti vpliva le na vprašanje morebitne naročnikove odgovornosti za škodo, ne pa na sam status teh podatkov. Bistvo označevanja podatkov iz ponudbe za poslovno skrivnost in predložitev akta o označitvi podatkov za poslovno skrivnost je namreč v tem, da ponudnik naročnika seznanja s tem, da so določeni podatki take narave, da želi, da jih naročnik ne posreduje osebam, ki niso upravičene pridobiti teh podatkov. Kdaj mora ponudnik naročniku predložiti pisni sklep o označitvi določenih podatkov za poslovno skrivnost, pravila ZGD-1 ne določajo, zato ni mogoče slediti vlagatelju, da bi moral izbrani ponudnik to storiti že ob oddaji ponudbe (prim. odločitev Državne revizijske komisije št. 018-049/2015-5 in 018-213/2016-9). Izpostavljeno stališče je smiselno uporabljivo tudi po uveljavitvi ZPosS. Upoštevajoč navedeno naročniku ni mogoče očitati kršitve pravice do vpogleda, ker je izbranemu ponudniku omogočil, da je sklep o določitvi poslovne skrivnosti predložil po napovedanem vpogledu (pred samo izvedbo vpogleda).

Prav tako ne gre slediti vlagatelju, da je naročnik kršil pravico do vpogleda s tem, ko je izbranemu ponudniku omogočil, da je izločil nekatere dokumente oz. prikriil posamezne dele dokumentov. Iz odstopljene dokumentacije je namreč razvidno, da je naročnik izbranemu ponudniku posredoval dokumentacijo, v katero želi vpogledati vlagatelj, in ga pozval, da ustrezno označi, v kolikor katere izmed dokumentov šteje za poslovno skrivnost, pri čemer je izbrani ponudnik naročniku odgovoril,

da mora naročnik vse ponudbene dokumente in dokumente v zvezi z dopolnitvami ponudbe izbranega ponudnika obravnavati kot poslovna skrivnost, naročniku pa je posredoval dokumente, v izključno katere dovoljuje vpogled, razkritja vseh ostalih dokumentov pa izrecno ni dovolil. Ob tem je naročniku posredoval tudi sklep o določitvi poslovne skrivnosti. Državna revizijska komisija glede na navedeno ugotavlja, da je izbrani ponudnik s tem ustrezno pisno označil tiste dele ponudbe, ki po njegovem mnenju vsebujejo poslovne skrivnosti, s predložitvijo sklepa o določitvi o poslovni skrivnosti pa o tem seznanil vse osebe, ki prihajajo v stik ali se seznanijo s to informacijo (v smislu drugega odstavka 2. člena ZPosS). Državna revizijska komisija nadalje pritruje naročniku, da oznaka »poslovna skrivnost« na posameznem dokumentu v ponudbi sicer na viden in preprost način naročnika opozori na dejstvo, da gre za podatke, ki so poslovna skrivnost, vendar ta označba ni pogoj za veljavno opredelitev posameznih informacij kot poslovno skrivnost. Kot je poudarila Državna revizijska komisija tudi v odločitvi št. 018-059/2021-8, na katero se sklicuje izbrani ponudnik, je namreč ključno, ali je podatke, v katere vlagatelju vpogled ni bil omogočen, izbrani ponudnik pisno (bodisi v sklepu o določitvi poslovne skrivnosti bodisi na drug pisen način) označil za poslovno skrivnost. Sam način, kako je imetnik poslovne skrivnosti pisno sporočil naročniku, kateri deli dokumentacije so poslovna skrivnost, ni pomemben. Primerna pisna označba dokumenta pa je tudi sicer namenjena naročniku (in ne vlagatelju), saj je naročnik tisti subjekt, ki se je seznanil s podatki, ki jih je izbrani ponudnik določil kot poslovno skrivnost, in ki jih je posledično dolžan varovati (prim. odločitev Državne revizijske komisije št. 018-085/2020-18 in 018-192/2021-10).

V zvezi z drugim očitkom vlagatelja, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v tehnično dokumentacijo, ki je po drugem odstavku 35. člena ZJN-3 javna, se gre uvodoma strinjati z naročnikom in izbranim ponudnikom, da je Državna revizijska komisija že v več odločitvah (tudi v odločitvi št. 018-065/2018-10) pojasnila, da pojma »specifikacija ponujenega blaga« ne gre enačiti s pojmom »tehnične specifikacije«. Tehnične specifikacije določajo zahtevane značilnosti gradnje, storitve ali blaga, naročnik pa z njimi točno opredeli lastnosti predmeta javnega naročila oz. specificira zahtevane značilnosti predmeta, kot npr. stopnjo kakovosti, uporabljene materiale, proizvodne postopke, okoljske lastnosti, stopnjo varnosti itd. (23. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3). Gre torej za zahtevane značilnosti predmeta javnega naročila, ki naj bi izražale pričakovanja naročnika glede namena, ki ga želi doseči z izvedbo javnega naročila. Namreč dolžnost naročnika je, da jasno in določno opredeli predmet javnega naročila, ki ga potrebuje. Način in obseg opisa predmeta javnega naročila pa je odvisen od lastnosti in kompleksnosti samega predmeta. V diskreciji naročnika je torej, ob upoštevanju načela enakopravne obravnave ponudnikov ter prepovedi neupravičenega izkrivljanja konkurence na trgu, na kakšen način bo zahteval od ponudnikov specifikacijo predmeta ponudbe. Specifikacijo ponujenega blaga, kot je določena v drugem odstavku 35. člena ZJN-3, pa je treba razumeti kot specificiranje oz. enoznačno oznako predmeta ponudbe, ki nujno ne predstavlja tudi tehničnih specifikacij ponujenega blaga. Na kakšen način bodo morali ponudniki specificirati predmet ponudbe, določi naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Tako je zaradi različnih zahtev naročnikov po specificiranju predmeta ponudbe treba vsak posamezen primer obravnavati ločeno in ugotoviti, kateri podatki predstavljajo specifikacije ponujenega blaga (prim. odločitev Državne revizijske komisije št. 018-079/2018-4 in 018-117/2019-6).

Glede na navedeno je Državna revizijska komisija v obravnavanem primeru najprej vpogledala v dokument »*Razpisna dokumentacija za oddajo javnega naročila blaga po postopku naročila male vrednosti z oznako JN-7-2022-NMV Avtomatizacija transformatorskih postaj*« (v nadaljevanju: dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila) in ugotovila, da je naročnik tehnične zahteve določil v poglavju »*Tehnične specifikacije (OBR-11)*«, v katerem je pod točko »4. Preglednice ustreznosti« zapisal:

»4.1. PREGLEDNICE USTREZNOSTI

Oznake v posameznih kolonah preglednic ustreznosti:

- V koloni Tehnična zahteva je podana lastnost, ki je kriterij za ocenjevanje tehnične ustreznosti ponujene opreme in se navezuje na podrobnejši opis zahtev za opremo daljinskega vodenja pod točko 2,
- V koloni Ustreznost ponujene opreme ponudnik vpiše:
 - DA, v kolikor ponujena oprema izpolnjuje tehnične zahteve oziroma
 - NE, v kolikor je ne izpolnjuje,in dodatno z navedbo vrednosti (kjer je to smiselno) ter navedbo strani v priloženi dokumentaciji, kjer je tehnično zahtevo možno preveriti.

V primeru, če naročnik ugotovi, da je ponudnik neresnično vpisal DA, pri tem pa oprema teh lastnosti nima, ima naročnik pravico ponudbo zavrniti kot tehnično neustrezno, oziroma kasneje ob izvajanju del razveljaviti pogodbo!

V preglednicah ustreznosti so vse tehnične zahteve izločilnega pomena, kar pomeni, da je ponujena oprema, ki ne izpolnjuje pogoja ustreznosti, za naročnika neprimerna.«.

Nadalje je v točki »4.2. Preglednica ustreznosti« (pred navedbo šestih preglednic za vsak posamezni vsebinski sklop opreme) podal skupno navodilo:

»Ponudbi naj bo priložena originalna tehnična dokumentacija proizvajalca, kjer je možno vse tehnične zahteve preveriti!«.

Iz vpogleda v odstopljeno dokumentacijo izhaja, da je naročnik 29. 6. 2022 po elektronski pošti v treh delih (tj. s posredovanjem treh elektronskih sporočil) vlagatelju omogočil vpogled v dokumente, ki mu jih je posredoval izbrani ponudnik in za katere mu je izrecno dovolil, da jih lahko da na vpogled. Vlagatelju je tako (poleg vpogleda v sklep o določitvi poslovne skrivnosti) omogočil vpogled v naslednje dokumente:

- OBR-6a (Ponudba),
- OBR-6b (Ponudbeni predračun),
- OBR-8 (Reference – Elektro Gorenjska, d.d.),
- OBR-8 (Reference – Elektro Celje, d.d.),
- OBR-11 (Tehnične zahteve),
- odgovor na poziv k dopolnitvi ter priloge k temu (trije PID izseki in trije prevzemni zapisniki),
- Tehnična specifikacija konfiguracije ponujene omarice daljinskega vodenja Sipronika,
- Tehnična specifikacija konfiguracije ponujene opreme Sipronika tip KI 20,
- Tehnična specifikacija konfiguracije ponujene končne naprave (RTU) Sipronika tip TN 10,
- dokument, poimenovan »Ruggedcom«,
- dokument, poimenovan »Sinaut_23119005_MN_Ant794-4MR.pdf«,
- dokument, poimenovan »ABB RTXP18 AD.pdf«,
- dokument, poimenovan »Inhand IR305-FQ58.pdf«,
- dokument, poimenovan »Easergy P3.pdf«,
- dokument, poimenovan »Navodila DV 20_delno.pdf«,
- dokument, poimenovan »TN10_Technical-desc_2-1_delno.pdf«,
- dokument, poimenovan »KI20_prospekt1_6_delno.pdf« in
- štiri izjave o skladnosti (za proizvode: KI 20, TP xC-xI-xZ, ADC5783_PNO in TN 10).

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da je naročnik vlagatelju sicer omogočil vpogled v tehnično dokumentacijo, vendar ne v vso, saj mu, skladno z navodilom izbranega ponudnika in sklepom o določitvi poslovne skrivnosti, ni posredoval vseh strani nekaterih dokumentov oz. je na teh dokumentih prikrikl določene podatke.

Ker je izbrani ponudnik predložil sklep o določitvi poslovne skrivnosti, mora naročnik, na podlagi petega odstavka 35. člena ZJN-3, pred razkritjem podatkov presoditi, ali je izbrani ponudnik kot poslovno skrivnost določil podatke, ki jih ni mogoče določiti kot poslovno skrivnost zaradi tretjega odstavka 2. člena ZPosS, kar vključuje tudi »specifikacije ponujenega blaga« iz drugega odstavka 35. člena ZJN-3.

Državna revizijska komisija, upoštevajoč navedena določila dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ugotavlja, da gre v konkretnem primeru kot specifikacije ponujenega blaga razumeti podatke, ki so relevantni za presojo tehnične ustreznosti ponudbe izbranega ponudnika – torej podatke, ki izkazujejo izpolnjevanje tehničnih specifikacij (posameznih tehničnih zahtev), kot jih je opredelil naročnik in ki izhajajo iz predloženih dokazil (tehnične dokumentacije) izbranega ponudnika. Navedeno pomeni, da so v konkretnem primeru poleg navedb v Preglednicah ustreznosti (navedba DA/NE, navedba strani v priloženi dokumentaciji, kjer je tehnično zahtevo možno preveriti ter navedba proizvajalca in tipa opreme) javni tudi podatki, ki izkazujejo izpolnjevanje tehničnih zahtev (torej tehnična dokumentacija, kjer je možno tehnične zahteve preveriti), zato bi moral naročnik oznako o poslovni skrivnosti v tem delu spregledati in vlagatelju omogočiti vpogled v (javne) podatke.

Ker naročnik tega ni storil, je kršil določbe 35. člena ZJN-3, v povezavi s 6. členom ZJN-3, zato je Državna revizijska komisija vlagateljevemu predlogu za dovolitev vpogleda ugodila ter na podlagi petega odstavka 31. člena ZPVPJN ter druge alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN v izpostavljenem delu zahtevku za revizijo ugodila tako, da je naročniku naložila odpravo kršitve na način, da vlagatelju dovoli vpogled v tiste dele ponudbe izbranega ponudnika, ki se nanašajo na specifikacije ponujenega blaga (podatke, ki izkazujejo izpolnjevanje tehničnih specifikacij, kot jih je opredelil naročnik in ki izhajajo iz predloženih dokazil izbranega ponudnika), in sicer v naslednje zahtevane dokumente:

- »ADC5783_PNO_V2«,
- »Navodila DV 20«,
- »KI20_prospekt1_6« in
- »TN10_Technical-desc_2-1«

v delih, kjer se nahajajo podatki, ki izkazujejo izpolnjevanje tehničnih specifikacij oz. tehničnih zahtev iz Preglednic ustreznosti, kot jih je naročnik opredelil v točki 4 dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila.

Državna revizijska komisija ob tem dodaja, da na podlagi dokumentacije, ki jo naročnik odstopil Državni revizijski komisiji skupaj z zahtevkom za revizijo, pri vpogledu v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika ni našla dokumenta s poimenovanjem »ADC5783_PNO_V2«, čeprav se izbrani ponudnik nanj (na strani 4 in 7 tega dokumenta) sklicuje pri prvih petih postavkah prve Preglednice ustreznosti (za osnovno opremo daljinskega vodenja).

Državna revizijska komisija še opozarja, da mora naročnik pri izvedbi vpogleda upoštevati sklep o določitvi poslovne skrivnosti izbranega ponudnika in kot poslovno skrivnost še naprej varovati podatke v ponudbi izbranega ponudnika, ki niso relevantni za izkazovanje izpolnjevanja tehničnih zahtev iz Preglednic ustreznosti in s tem za ugotavljanje, ali je ponudba dopustna v smislu 29. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zahteva, da se mu dovoli vpogled tudi v izjavo o skladnosti za napajalnik ADC5783_PNO_V2, vendar Državna revizijska komisija na podlagi odstopljene dokumentacije ugotavlja, da je vlagatelj predmetno izjavo oz. dokument, poimenovan »Declar_of_Conf_Napajalni_sistem_ADC5783_PNO_2021.pdf«, prejel skupaj z elektronskim sporočilom naročnika »RE: Vloga za vpogled v ponudb. dokumentacijo izbranega ponudnika (JN-

7-2022-NMV) 2.del« z dne 29. 6. 2022 (ob 16:26 uri), zato je vlagateljeva zahteva za vpogled v ta dokument brezpredmetna.

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

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

Ker so že zgoraj zapisani razlogi narekovali odločitev, kot izhaja iz izreka tega sklepa, se Državna revizijska komisija v tej fazi ni izrekala o zahtevku za revizijo v preostali vsebini (tj. glede neveljavnosti obeh referenčnih potrdil, neidentičnosti ponujene opreme z opremo v referenčnih potrdilih in tehnični neskladnosti ponujene opreme) oziroma o njej ni meritorno odločala.

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

Državna revizijska komisija je na podlagi 75. člena ZPVPJN in ob uporabi tretjega in četrtega odstavka 165. člena Zakona o pravdnem postopku (Uradni list RS, št. 26/1999 s sprem.), v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN, odločila, da se odločitev o stroških, nastalih z revizijo, pridrži do končne odločitve o zahtevku za revizijo.

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

Pravni pouk: Upravni spor zoper to odločitev ni dovoljen.

Predsednica senata:
Tadeja Pušnar, univ. dipl. prav.,
članica Državne revizijske komisije

Vročiti (na portalu eRevizija):

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.