



Republika Slovenija

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

Številka: 018-59/2021-8

S K L E P

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 Sama Červeka, kot predsednika senata, ter Tadeje Pušnar in mag. Gregorja Šebenika kot članov senata, v postopku pravnega varstva pri oddaji javnega naročila »*Gradnja objektov drugega tira železniške proge – odsek 1: Divača – Črni Kal*«, na podlagi zahtevka za revizijo vlagatelja Strabag AG, Ortenburgerstrasse 27, Spittal an der Drau, Avstrija, Strabag AG, Podružnica Ljubljana, Letališka cesta 33, Ljubljana, ki ga zastopa Odvetniška pisarna Čeledin, d.o.o., Tomšičeva ulica 1, Ljubljana (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje naročnika 2TDK, d.o.o., Železna cesta 18, Ljubljana (v nadaljevanju: naročnik), dne 20. 4. 2021

o d l o č i l a :

1. Zahtevki za revizijo se zavrne kot neutemeljeni.
2. Zahteva vlagatelja za povrnitev stroškov pravnega varstva se zavrne.
3. Zahteva izbranega ponudnika za povrnitev stroškov se zavrne.

O b r a z l o ž i t e v :

Obvestilo o predmetnem javnem naročilu, ki ga naročnik oddaja po omejenem postopku, je bilo objavljeno na Portalu javnih naročil dne 15. 11. 2019, pod št. objave JN008005/2019, in v Uradnem listu EU dne 18. 11. 2019, pod št. objave 2019/S 222-545551.

Naročnik je na Portalu javnih naročil dne 10. 3. 2021 objavil dokument »*Odločitev o oddaji javnega naročila*« z dne 10. 3. 2021, s katerim je predmetno javno naročilo oddal skupini ponudnikov Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, Yapı Merkezi İnşaat ve Sanayi, A.Ş., Turčija, in □zaltin İnşaat Ticaret Ve Sanayi, A.Ş., Turčija (v nadaljevanju: izbrani ponudnik). Iz izpostavljene odločitve o oddaji javnega naročila je razvidno, da je naročnik prejel dve ponudbi, in sicer ponudbo izbranega ponudnika in ponudbo, ki jo je oddal vlagatelj skupaj s partnerjema Ed Züblin AG, Nemčija, in Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.,

Turčija, da je naročnik obe prejeti ponudbi ocenil za dopustni in da se je glede na merilo za oddajo javnega naročila na prvo mesto uvrstila ponudba izbranega ponudnika.

Vlagatelj je z vlogo z dne 22. 3. 2021 vložil zahtevek za revizijo, v katerem predlaga, (1) da se razveljavi naročnikova odločitev o oddaji javnega naročila, (2) da se mu skladno s 35. členom Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015 s sprem.; v nadaljevanju: ZJN-3) dovoli vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika in da se mu (po izvedenem vpogledu) dovoli dopolnitev ali sprememba zahtevka za revizijo, in (3) da se mu povrnejo stroški pravnega varstva. Vlagatelj zatrjuje, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v tiste dele ponudbe izbranega ponudnika, ki so javni, in na podlagi katerih bi lahko vlagatelj preveril dopustnost ponudbe izbranega ponudnika. Izbrani ponudnik ni ustrezno (tj. skladno z zahtevo naročnika) označil podatkov za poslovno skrivnost, zato je naročnik kršil določbe dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila in 35. člen ZJN-3, ko je prekril podatke na dokumentih, ki niso označeni za poslovno skrivnost. Naročnik bi moral spregledati oznako poslovne skrivnosti na sklepu o določitvi poslovne skrivnosti, ki ne vsebuje podatkov, ki bi lahko predstavljali konkurenčno prednost izbranega ponudnika ali katerih razkritje bi izbranemu ponudniku povzročilo škodo. Zaradi zakritja sklepa o določitvi poslovne skrivnosti ni mogoče ugotoviti, kateri podatki v ponudbi izbranega ponudnika bi lahko predstavljali poslovno skrivnost. Če bi Državna revizijska komisija presodila, da sklep o določitvi poslovne skrivnosti predstavlja poslovno skrivnost, naj sama preveri, ali je v njem kot poslovna skrivnost določena njihova vsebina in podatki v prilogah kritične poti. Vlagatelj nadalje navaja, da mu naročnik ni posredoval dokumenta kritične poti v excel obliki, in sicer z argumentacijo, da naj bi bil ta dokument identičen dokumentu v .pdf obliki. Po mnenju vlagatelja takšno pojasnilo naročnika ne zadostuje in zahteva vpogled tudi v vse excel datoteke v ponudbi izbranega ponudnika. Vlagatelj zatrjuje, da excel datoteke niso identične .pdf datotekam in predlaga, da Državna revizijska komisija, če vlagatelju ne bo omogočila vpogleda, sama preveri, ali so v ponudbi izbranega ponudnika excel datoteke v vseh postavkah identične .pdf datotekam. Vlagatelj nadalje zatrjuje, da excel datoteke niso izpolnjene v skladu z navodili naročnika, in sicer ponudbeni predračun izbranega ponudnika ni ustrezno izpolnjen – tj. brez rdečih polj, k ponudbi izbranega ponudnika pa niso bile priložene ustrezno izpolnjene excel datoteke. Navedenega vlagatelj zaradi onemogočenega vpogleda v celotni ponudbeni predračun in v excel datoteke tudi ne more preveriti. Če Državna revizijska komisija vlagatelju ne bo omogočila vpogleda v celotni ponudbeni predračun in v excel datoteke, naj sama preveri ali je ponudbeni predračun ustrezno izpolnjen – tj. brez rdečih polj in ali so bile k ponudbi izbranega ponudnika priložene ustrezno izpolnjene excel datoteke. Vlagatelj nadalje navaja, da priloga kritične poti po vsebini predstavlja terminski plan dela, za katerega je Državna revizijska komisija že pojasnila, da ne predstavlja poslovne skrivnosti po objektivnem kriteriju. Vlagatelj še navaja, da je s prvo zahtevo zahteval vpogled v celotno ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika, zato mu v drugi zahtevi ni bilo potrebno natančneje opredeliti, v katere podatke zahteva vpogled.

Vlagatelj nadalje navaja, da je izbrani ponudnik ponudil neobičajno nizko ceno, saj je neobičajno nizka glede na cene na trgu in v zvezi z njo obstaja dvom o možnosti izpolnitve naročila. Ponudba izbranega ponudnika je za 15% nižja od najvišje dopustne vrednosti ponudbe. Ponudba vlagatelja, ki je nižja od dopustne vrednosti ponudbe, je skoraj za 15% višja od izbrane ponudbe. Glede na cene na trgu je ponudba izbranega ponudnika tako neobičajno nizka, poleg tega pa izbrani ponudnik za ponudbeno ceno ne bo mogel izvesti javnega naročila. Vlagatelj zatrjuje, da je izbrani ponudnik oblikoval ponudbeno ceno na način, da ni spoštoval načel in osnovne sistematike pogodbenega modela standarda ÖNORM B2203, ki ga je kot obveznega določil naročnik, posledično pa je ponudba izbranega

ponudnika neobičajno nizka. Načela standarda ÖNORM B2203 se nanašajo na tehnično-gradbeni in obračunski vidik, na pogodbeno pravo (pogodba mora omogočati možnost uskladitve ob spremenjenih razmerah, pošteno razdelitev tveganj in ukrepe za preprečevanje, reševanje in poravnavo sporov) in na vidik prava javnih naročil ter gospodarstvo (zagotavljanje lojalne konkurence, primerljivost ponudb, omejitev špekulacij, pošteno razdelitev tveganj). Vlagatelj zatrjuje, da razlika v stroških med slabšim in boljšim razredom napredovanja znaša 455%, izbrani ponudnik pa je za vsa napredovanja del v predoru, ki se v skladu z razpisom in klasifikacijo hribine močno slabšajo od ugodnih do zelo neugodnih razmer, podal skoraj identično ceno (razlika od najugodnejšega do najbolj neugodnega razreda je le 0,85 EUR), kar izkazuje neobičajno ceno, utemeljen dvom o zmožnosti izpolnitve predmetnega javnega naročila in kršitev standarda ÖNORM B2203. Vlagatelj nadalje navaja, da je izbrani ponudnik navedel identični ceni za normalni cement za zapolnitev injekcije in za mikrofini cement za zapolnitev injekcije, čeprav je slednji za večkratnik dražji od prvega, poleg tega je izbrani ponudnik ponudil nižjo ceno za brizgan beton, ojačan z jeklenimi vlakni, kot za sam brizgani beton. Navedeno je povezano s (1) tveganji in varnostnimi vidiki – izbrani ponudnik bo poskušal varčevati, da bo finančno preživel, kar bo imelo za varnost ekipe katastrofalne posledice, (2) s tehnično-gradbenimi in obračunskim vidikom – med izvajanjem pogodbe bo prihajalo do sporov glede obračunov, dragih izvedenskih mnenj na obeh straneh, zahtevkov izbranega ponudnika za povečanje cene in vršenja pritiskov na naročnika za sklepanje dodatnih aneksov h gradbeni pogodbi in mizernega delovnega ozračja na gradbišču, in (3) s tveganjem naročnika, ki bo zaradi neobičajno nizke cene nesprijemljivo – za ponudbo izbranega ponudnika z identičnimi cenami izkopa bi slabše razmere pomenile fiasko, posledično pa se postavi vprašanje, koliko časa lahko izbrani izvajalec kompenzira izgube; naročnik mora pričakovati veliko število dodatnih zahtevkov in v najslabšem primeru bo moral odstopiti od pogodbe. Vlagatelj poziva naročnika, da pozove izbranega ponudnika na pojasnilo ponudbene cene in stroškov ter preveri, ali bo lahko po ponujeni ceni izvedel predmetno javno naročilo oz. da ponudbo izbranega ponudnika zavrne kot neobičajno nizko. Vlagatelj še dodaja, da če bo naročnik ugotovil, da je ponudba neobičajno nizka, ker ni skladna z veljavnimi obveznostmi iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3, jo mora zavrniti.

Izbrani ponudnik v vlogi z dne 25. 3. 2021, s katero se je po vodilnem partnerju Kolektor CPG, d.o.o., Slovenija, ki ga v tem postopku pravnega varstva zastopa Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji, d.o.o., Ljubljana, opredelil do revizijskih navedb, predlaga zavrnitev zahtevka za revizijo, zahteva pa tudi povrnitev stroškov pravnega varstva.

Naročnik je z odločitvijo z dne 29. 3. 2021 zavrnil zahtevek za revizijo in obe zahtevi za povrnitev stroškov pravnega varstva. Naročnik, kljub temu, da revizijske navedbe, povezane s kršitvijo pravice do vpogleda, ocenjuje za pavšalne, pojasnjuje, da so ponudniki v vnaprej pripravljene tabele vnesli izhodiščne vrednosti, tabele pa so napravile samodejni izračun – v primeru prekoračitve izračunane vrednosti se je polje obarvalo rdeče, kar je razlog za zavrnitev ponudbe. Vlagatelj je lahko preveril, ali ponudba izbranega ponudnika izpolnjuje vse pogoje, saj je lahko preveril barvo polj za vse datoteke, ki se nanašajo na kritično pot (naročnik je namreč prekril zgolj vrednost podatka v posameznem polju, ni pa bila prekrita obarvanost polj), kakor tudi ponudbeni predračun. Naročnik zavrača revizijske navedbe o neustrezni označitvi podatkov za poslovno skrivnost in pojasnjuje, da je v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila predvidel, da morajo biti podatki, ki so v sklepu o določitvi poslovne skrivnosti opredeljeni za poslovno skrivnost, označeni v posameznih segmentih ponudbe, vendar pa naročnik ni določil, da bo v nasprotnem primeru te podatke razkril. Takšno navedbo je naročnik podal z namenom, da ponudniki relevantne podatke še dodatno

označijo, da jih naročnik ne bi pomotoma razkril. Glede revizijskih navedb, povezanih s sklepom o določitvi poslovne skrivnosti, naročnik pojasnjuje, da ta ne predstavlja ponudbene dokumentacije, vlagatelj pa je zahteval vpogled zgolj v ponudbeno dokumentacijo. Poleg tega je sklep o določitvi poslovne skrivnosti namenjen osebam, ki prihajajo v stik z informacijami, označenimi za poslovno skrivnost. Naročnik pojasnjuje, da so ponudniki izpolnili tabele v excel obliki, ki so jih bili dolžni (izpolnjene) pretvoriti v .pdf obliko. Naročnik je vlagatelju posredoval zgolj .pdf datoteke, saj ni mogel zagotoviti, da ta ne bi dostopal do podatkov označenih za poslovno skrivnost. Vlagatelju je bil omogočen vpogled v ponudbeni predračun, ki mu je bil posredovan v .pdf obliki. Naročnik nadalje navaja, da je poslovna skrivnost tisti del terminskega plana, iz katerega je mogoče razbrati podatke o organizaciji in mehanizaciji gradbišča, organizaciji delavcev, številu delovnih ur, torej to, kar je bili vlagatelju zakrito. V zvezi z očitki o neobičajno nizki ponudbi naročnik pojasnjuje, da pogoji za obligatorno preverjanje neobičajno nizke ponudbe niso bili podani, naročnik pa ponudbe izbranega ponudnika tudi ni ocenil za neobičajno nizko. V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila ni zahteval spoštovanja standarda ÖNORM B2203 – v tehničnih specifikacijah je navedena zgolj literatura, uporabljena pri njihovem nastajanju. Iz ponudbe izbranega ponudnika izhaja, da ponudbene cene v podpornih tipih naraščajo – v zvezi z naraščanjem pa ni bilo določenih nobenih omejitev. Naročnik navaja, da v sklopu postavk »predvrtavanje, injektiranje in utrjevanje«, kamor spadata postavki, povezani s cementom, ponudbena cena izbranega ponudnika bistveno presega vlagateljevo ponudbeno ceno. Standard ÖNORM B2203 ne določa, na kakšen način se določi cena mikroarmiranega brizganega betona v razmerju do brizganega betona. Neobičajno nizke ponudbe ni mogoče presojati le glede na cene posameznih postavk, pač pa je ključna končna ponudbena vrednost, medtem ko je podrobnejša struktura posameznih postavk načeloma stvar poslovne politike posameznega ponudnika. Naročnik še dodaja, da v obravnavanem primeru podpornih tipov in ostalih ukrepov za zagotavljanje stabilnosti in varnosti ne bo določal izvajalec, ampak geotehnični inženir, ki ga odobrita inženir in naročnik. Izbrani ponudnik tako na določitev razredov izkopov tekom izvajanja pogodbe ne bo imel vpliva, ampak se bo s sprejetimi ukrepi zgolj seznanil; ugovor bo imel le, če bo menil, da sprejeti ukrepi ne zagotavljajo zadostne varnosti.

Naročnik je Državni revizijski komisiji z vlogo z dne 29. 3. 2021 odstopil dokumentacijo v postopku oddaje predmetnega javnega naročila in pripadajočo dokumentacijo predrevizijskega postopka.

Vlagatelj v vlogi z dne 1. 4. 2021, s katero se je opredelil do navedb naročnika, vztraja pri revizijskih navedbah.

Državna revizijska komisija je vlagatelju posredovala vlogo izbranega ponudnika z dne 25. 3. 2021, do katere se je vlagatelj opredelil z vlogo z dne 12. 4. 2021.

Po pregledu dokumentacije ter proučitvi utemeljenosti navedb vlagatelja, izbranega ponudnika in naročnika je Državna revizijska komisija odločila tako, kot je razvidno iz izreka tega sklepa, iz razlogov, navedenih v nadaljevanju.

Državna revizijska komisija uvodoma ugotavlja, da naročnik predmetno javno naročilo oddaja po omejenem postopku, ki je dvofazni postopek. Naročnik je na podlagi ocene predloženih prijav v prvi fazi, v drugi fazi postopka povabil gospodarske subjekte, med drugim vlagatelja in izbranega ponudnika, k oddaji ponudb. Naročnik je do roka za oddajo ponudb (tj. do dne 4. 3. 2021 do 10:00 ure) prejel dve ponudbi, ponudbo izbranega ponudnika

in vlagatelja. Naročnik je obe ponudbi ocenil za dopustni, javno naročilo pa je, upoštevaje merilo za oddajo javnega naročila, tj. najnižja ponudbena cena, oddal v izvedbo izbranemu ponudniku.

Vlagatelj je zoper odločitev o oddaji javnega naročila vložil zahtevek za revizijo, v katerem naročniku očita kršitev pravice do vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika ter kršitve pri pregledu ponudbe izbranega ponudnika.

Državna revizijska komisija je najprej presojala vlagateljeve navedbe o nezakonitosti naročnikovega ravnanja pri vpogledu, ki jih je potrebno presojati z vidika 6. in 35. člena ZJN-3. Določba 6. člena ZJN-3 (načelo transparentnosti javnega naročanja) zahteva, da mora biti ponudnik izbran na pregleden način in po predpisanem javnem postopku, kar se zagotavlja z objavami javnih naročil v Uradnem listu Evropske unije oziroma na portalu javnih naročil. Medtem ko se to načelo 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 vprašanje varstva podatkov in vpogleda v dokumentacijo konkurenčnih subjektov specifično ureja 35. člen ZJN-3.

Peti odstavek 35. člena ZJN-3 določa, da če je naročnik izvedel popoln pregled vseh ponudb, mora po objavi odločitve o oddaji javnega naročila omogočiti vpogled v ponudbo izbranega ponudnika le tistim ponudnikom, ki so oddali dopustno ponudbo. Če naročnik ni opravil popolnega pregleda ponudb, pa mora omogočiti vpogled vsem ponudnikom. Tretja poved petega odstavka 35. člena ZJN-3 določa, v katerem obsegu naročnik dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, in sicer naročnik dovoli vpogled v vse dele, razen v tiste dele, ki upoštevajo določbe 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. Naročnik v skladu s prvim odstavkom 35. člena ZJN-3 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, in mora zagotoviti varovanje podatkov, ki se glede na določbe zakona, ki ureja varstvo osebnih podatkov in varstvo tajnih podatkov, štejejo za osebne ali tajne podatke.

Iz odstopljene dokumentacije o postopku oddaje javnega naročila je razvidno, kar med strankama tudi ni sporno, da je vlagatelj z vlogo z dne 10. 3. 2021 zahteval vpogled v ponudbo izbranega ponudnika, vključno z njeno morebitno dopolnitvijo, spremembami ali pojasnili, ter v vso korespondenco z izbranim ponudnikom. Naročnik je vlagatelju dne 15. 3. 2021 posredoval del ponudbe izbranega ponudnika, pri čemer je naročnik pojasnil, da je posredovana dokumentacija prikrita skladno s prvim in drugim odstavkom 35. člena ZJN-3, ob doslednem spoštovanju določil Zakona o varstvu osebnih podatkov in predloženih sklepov o določitvi poslovne skrivnosti. Vlagatelj je s ponovno zahtevo za vpogled v ponudbo izbranega ponudnika z dne 16. 3. 2021 naročnika pozval, da mu omogoči vpogled v celotno in nezakrito ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika. Naročnik je dne 17. 3. 2021 na izbranega ponudnika naslovil dopis, ali se strinja, da se omogoči vpogled v podatke iz prilog kritične poti ali vsaj v posamezne dele prilog. Izbrani ponudnik je vztrajal pri določitvi priloge kritična pot za poslovno skrivnost, razen v delu, v katerem je naveden izračun končnega števila dni za izvedbo projekta. Na podlagi navedenega je naročnik izbranemu ponudniku posredoval še del ponudbe izbranega ponudnika, vključno z dopisom z dne 18. 3. 2021, v katerem je naročnik odgovarjal na vlagateljeve navedbe v dopisu z dne 16. 3. 2021.

Med strankama je nesporno, da naročnik vlagatelju ni omogočil vpogleda v celotno ponudbo izbranega ponudnika. Vlagatelj najprej zatrjuje, da bi mu naročnik moral omogočiti vpogled v celotno ponudbo, saj iz prejete dokumentacije (v kateri so nekateri podatki zakriti) ni razvidno, da bi izbrani ponudnik informacije ustrezno, tj. skladno z določbami ZJN-3 in navodili naročnika, označil za poslovno skrivnost.

Pritrditi gre vlagatelju, kar med strankama tudi ni sporno, da je naročnik v dokumentu »Razpisna dokumentacija 2 faza«, poglavje »Navodilo ponudnikom za izdelavo ponudbe ter določila o izvedbi postopka«, točka 2.2.8 »Označitev podatkov, ki pomenijo poslovno skrivnost« zapisal:

»Če ponudba vsebuje podatke, ki predstavljajo poslovno skrivnost skladno z 2. členom Zakona o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/19), mora ponudnik v ponudbi priložiti ustrezen sklep o določitvi podatkov, ki pomenijo poslovno skrivnost oziroma drug dokument v pisni obliki, kot to določa drugi odstavek 2. člena ZPosS, iz katerega bo jasno izhajalo, kateri podatki v ponudbi pomenijo poslovno skrivnost. Podatki, navedeni v tem sklepu ali drugem dokumentu, morajo biti označeni tudi v posameznih segmentih ponudbe. Pri tem mora ponudnik upoštevati tudi določbe 35. člena ZJN-3.

[...]

Če na posamezni strani pomeni poslovno skrivnost le določen podatek, mora biti to eksplicitno označeno. [...]«.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da vlagatelj informacij ni označil za poslovno skrivnost skladno z ZJN-3, gre pojasniti, da načina označitve poslovnih skrivnosti ne določa ZJN-3, pač pa se ta zakon sklicuje na določbe zakona, ki ureja gospodarske družbe (gl. prva poved prvega odstavka 35. člena ZJN-3), torej na določbe Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 42/2006 s sprem., v nadaljevanju: ZGD-1), ki 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, ki ureja poslovne skrivnosti, je Zakon o poslovni skrivnosti (Uradni list RS, št. 22/2019; v nadaljevanju: ZPosS), ki v 2. členu ureja pojem poslovne skrivnosti. Skladno z 2. členom ZPosS 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.

Na podlagi vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika Državna revizijska komisija ugotavlja, da se v njej nahajajo trije sklepi o določitvi poslovne skrivnosti (vsak izmed sodelujočih partnerjev je sprejel ločen sklep o določitvi poslovne skrivnosti), v katerih so (med drugim) navedeni posamezni podatki, ki so opredeljeni za poslovno skrivnost. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izbrani ponudnik s predložitvijo sklepov o določitvi poslovne

skrivnosti izpolnil zahtevo iz tretje alineje drugega odstavka 2. člena ZPosS. Ker iz določb ZPosS ne izhaja, da bi morali imetniki poslovne skrivnosti za določitev poslovne skrivnosti posamezno informacijo večkrat pisno označiti za poslovno skrivnost (torej v sklepu o določitvi poslovne skrivnosti in s samo oznako na dokumentu, ki vsebuje varovano informacijo), vlagatelj ne more uspeti z navedbami, da izbrani ponudnik ni ustrezno označil podatkov za poslovno skrivnost, ker varovanih podatkov (tudi v posameznih segmentih ponudbe ni označil za poslovno skrivnost. Posledično vlagatelj ne more uspeti z navedbami, da izbrani ponudnik ni označil poslovnih skrivnosti skladno z določbami ZJN-3, ker dokumenti, ki mu jih je delno zakrite posredoval naročnik, niso bili izrecno (dodatno) označeni za poslovno skrivnost.

Neutemeljene pa so tudi navedbe vlagatelja o naročnikovi kršitvi določb dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, ko je kljub umanjkanju označbe poslovna skrivnost na posameznih dokumentih zakril nekatere podatke v teh dokumentih. Državna revizijska komisija je pred uveljavitvijo ZPosS zavzela stališče, da morebitno navodilo, ki ga v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v zvezi z označevanjem zaupnih podatkov določi naročnik, ne more prevladati nad zakonsko določbo 39. člena ZGD-1. Navodilo naročnika o tem, kako naj ponudniki v svojih ponudbah označijo podatke, ki naj se varujejo kot poslovna skrivnost, je zato mogoče razumeti le kot napotilo, ne pa kot negacijo določb ZGD-1 (prim. sklepe št. 018-211/2015-15, 018-213/2016-9 in 018-164/2018-4). Izpostavljeno stališče je smiselno uporabljivo tudi po uveljavitvi ZPosS. Zato je v obravnavanem primeru potrebno naročnikovo zahtevo, da morajo biti podatki, navedeni v sklepu o določitvi poslovne skrivnosti, označeni v posameznih segmentih ponudbe, razumeti kot napotilo naročnika, ki je namenjeno jasni označitvi podatkov za poslovno skrivnost oz. kot pomoč naročniku, da ne bi informacij, označenih za poslovno skrivnost, pomotoma razkril, in ne kot dodatne zahteve, ki mora biti izpolnjena, da bo posamezni podatek mogoče šteti za poslovno skrivnost. Ob takšnem izhodišču pa se kot nerelevantne izkažejo navedbe strank in izbranega ponudnika o tem, ali bi bila mogoča (tj. tehnično izvedljiva) in dopustna (tj. skladna z drugimi zahtevami naročnika) označitev podatkov v prilogah kritične poti v .pdf obliki za poslovno skrivnost. Ključno je namreč, 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.

Kot že navedeno, med strankama je nesporno, da naročnik vlagatelju ni omogočil vpogleda v celotno ponudbo izbranega ponudnika. Vlagatelj zatrjuje, da je naročnik zakril tudi podatke, ki vplivajo na presojo izpolnjevanja pogojev in razvrstitev ponudbe v okviru meril, kar je po mnenju vlagatelja nedopustno. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da v obravnavani zadevi, ko je naprej z zahtevo z dne 10. 3. 2021 zahteval vpogled ponudbo izbranega ponudnika in ko mu naročnik ni posredoval celotne ponudbe izbranega ponudnika, v ponovni zahtevi za vpogled z dne 17. 3. 2021 ni bil dolžan izrecno konkretizirati, v katere dele ponudbe izbranega ponudnika želi vpogled, saj je že s prvo zahtevo zahteval vpogled v celotno ponudbo izbranega ponudnika. Vendar pa četudi vlagatelj, skladno z določbami ZJN-3, v postopku oddaje javnega naročila ni bil dolžan konkretizirati, v katere ponudbene dokumente želi vpogled, to ne pomeni, da tega vlagatelju ni potrebno konkretizirati v postopku pravnega varstva.

Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (npr. odločitve, št. 018-061/2016, 018-9/2017, 018-110/2018), 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 naštetih 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 pravdnem 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 zahtevk (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 zatrjevano kršitvijo 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 mu naročnik vpogleda ni omogočil in pravno relevantna dejstva, na podlagi katerih bi bil mogoč pravni zaključek o nezakonitosti naročnikovega ravnanja, ko vlagatelju ni omogočil vpogleda v te (konkretizirane) podatke. 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 oz. dokumente, ki jih vlagatelj v zahtevku za revizijo konkretizirano izpostavlja.

Iz vlagateljevih navedb je razvidno, da naročniku očita kršitve, ker mu ni omogočil vpogleda v vsebino sklepov o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika, v priloge kritične poti in v ponudbeni predračun.

Med strankama je nesporno, potrjeno pa je tudi z vpogledom v dokumentacijo, ki jo je naročnik posredoval vlagatelju, da naročnik vlagatelju ni omogočil vpogleda v vsebino sklepov o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika. Vlagatelj se je tako na podlagi posredovane dokumentacije lahko seznanil zgolj s tem, da je vsak izmed sodelujočih partnerjev v ponudbi izbranega ponudnika v ponudbo predložil sklep o določitvi poslovne skrivnosti, ne pa tudi s samo vsebino teh sklepov. Čeprav naročnik pravilno navaja, da omenjeni sklepi nimajo vpliva na ne/dopustnost ponudbe, kot tudi ne na razvrstitev ponudbe glede na merila za oddajo javnega naročila, pa to ne utemeljuje tudi naročnikovega stališča, da v obravnavanem primeru sklepi o določitvi poslovne skrivnosti ne predstavljajo dela ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika in da se posledično vlagateljeva zahteva za vpogled z dne 10. 3. 2021 (s katero je vlagatelj zahteval vpogled v ponudbo izbranega ponudnika) ni nanašala na te sklepe. Ker se sklepi o določitvi poslovne skrivnosti nahajajo v ponudbeni dokumentaciji izbranega ponudnika, ti štejejo za del ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika. Da je sestavni del ponudbe sklep o določitvi

poslovne skrivnosti izhaja, tako kot to zatrjuje vlagatelj, tudi iz poglavja 3 dokumenta »Razpisna dokumentacija 2 faza«, v katerem je naročnik navedel sestavne dele ponudbe, med drugim tudi sklep o določitvi poslovne skrivnosti.

Naročnik tudi navaja, da vlagatelju zaradi onemogočenega vpogleda v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti, ki ne vplivajo na dopustnost ponudbe izbranega ponudnika, ni nastala oz. ni mogla nastati škoda, poleg tega vlagatelj z vpogledom v omenjene sklepe ne more doseči spremembe svojega položaja. V zvezi z izpostavljenimi navedbami gre pojasniti, da naročnikova kršitev pravice do vpogleda v dokumentacijo po sprejemu odločitve o oddaji naročila ni take narave, da bi lahko bistveno vplivala na oddajo javnega naročila (16a. člen ZPVPJN) in praviloma ne more privedi do razveljavitve odločitve o oddaji naročila. Vpogled v ponudbo izbranega ponudnika je namreč dejanje v postopku oddaje naročila, ki časovno in vsebinsko sledi sprejemu odločitve o oddaji naročila. Državna revizijska komisija je že večkrat pojasnila (prim. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-110/2015, 018-78/2016, 018-232/2017, 018-68/2018, 018-135/2019), da je namen uveljavljanja kršitve pravice do vpogleda razviden iz prve povedi petega odstavka 31. člena ZPVPJN, in sicer je namen uveljavljanja kršitve pravice do vpogleda v tem, da lahko vlagatelj v zvezi s kršitvami, ki jih zatrjuje v zahtevku za revizijo, navede dejstva in priloži dokaze (drugi odstavek 15. člena ZPVPJN), da bi lahko utemeljil in dokazal naročnikove konkretne kršitve, ki vplivajo na položaj vlagatelja v postopku oddaje naročila (gl. 14. člen ZPVPJN).

Čeprav vlagatelj, tako kot to navaja izbrani ponudnik, izrecno ne navaja razlogov, zaradi katerih želi vpogled v omenjene sklepe (česar vlagatelj tudi niti ni dolžan navesti), je iz zahtevka za revizijo razvidno vlagateljevo zavzemanje za omogočitev vpogleda (predvsem) v priloge kritične poti, ki bi vlagatelju služil za utemeljevanje kršitev v zvezi z naročnikovo ugotovitvijo, da je ponudba izbranega ponudnika dopustna in da mu posledično odda javno naročila – ta odločitev naročnika nedvoumno vpliva na pravni položaj vlagatelja. Vprašanje, ali je naročnik upravičeno vlagatelju onemogočil vpogled v te priloge, pa je odvisno tudi od tega, ali je izbrani ponudnik te priloge v sklepih o določitvi poslovne skrivnosti označil za poslovno skrivnost – če jih izbrani ponudnik ni označil, potem naročnik (že iz tega razloga) ni imel podlage, da vlagatelju ni omogočil vpogleda v vse podatke v teh prilogah. Vlagatelju zato ni mogoče odreči upravičenja, da v zahtevku za revizijo zatrjuje naročnikovo kršitev, povezano z onemogočenim vpogledom v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika.

Naročnik utemeljeno navaja, da je sklep o določitvi poslovne skrivnosti namenjen tistim subjektom, ki se z varovanimi podatki seznanijo, in da je tako namenjen naročniku (in ne vlagatelju), saj je naročnik subjekt, ki se je seznanil s podatki, označenimi za poslovno skrivnost, in ki je te podatke posledično dolžan varovati. Vendar pa podlage za naročnikovo stališče, da je sklep o določitvi poslovne skrivnosti namenjen »izključno« naročniku in da zato naročnik vlagatelju niti ne bi smel posredovati sklepov o določitvi poslovne skrivnosti, ni najti niti v določbah ZPosS niti v določbah ZJN-3.

Vpogled v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika, potrjuje vlagateljeve navedbe, da so ti dokumenti označeni z oznako poslovna skrivnost, saj je na njih odtisnjen žig poslovna skrivnost. Po presoji Državne revizijske komisije že sam odtisnjen žig poslovna skrivnost zadošča za izpolnitev kriterija pisne oznake po določbah ZPosS in posledično za zaključek, da je izbrani ponudnik samo vsebino sklepov o določitvi poslovne skrivnosti označil za poslovno skrivnost skladno z določili ZPosS.

Pritrditi gre vlagatelju, da zaradi onemogočenega vpogleda v omenjene sklepe ni mogel ugotoviti, katere podatke je izbrani ponudnik označil za poslovno skrivnost, vendar pa navedeno (še) ne zadošča za zaključek o naročnikovi kršitvi pravice do vpogleda. Vlagatelj tudi zatrjuje, da sporni sklepi ne vsebujejo podatkov, ki bi lahko predstavljali konkurenčno prednost izbranega ponudnika, s čimer vlagatelj smiselno zatrjuje, da podatki v omenjenih sklepih nimajo tržne vrednosti in da ti podatki ne izpolnjujejo zahteve iz druge alineje prvega odstavka 2. člena ZPosS, posledično pa izbrani ponudnik vsebine sklepov o določitvi poslovne skrivnosti ni bil upravičen označiti za poslovno skrivnost oz. bi moral naročnik oznako poslovne skrivnosti na omenjenih sklepih spregledati in vlagatelju omogočiti vpogled v vsebino teh sklepov. Kot to navaja tudi vlagatelj v vlogi z dne 1. 4. 2021 in v vlogi z dne 12. 4. 2021, niti naročnik niti izbrani ponudnik ne zatrujeta, da bi sklepi o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika, vsebovali podatke, ki bi lahko predstavljali konkurenčno prednost izbranega ponudnika oz. podatke, ki bi imeli tržno vrednost. Tudi po presoji Državne revizijske komisije omenjeni sklepi ne vsebujejo podatkov, ki bi lahko imeli tržno vrednost, saj je izbrani ponudnik s sklepi o določitvi poslovne skrivnosti zgolj opisno določil, kateri podatki v ponudbi predstavljajo poslovno skrivnost, razloge za varovanje teh podatkov, način varovanja in odgovornost za razkritje podatkov, medtem ko izbrani ponudnik v omenjenih sklepih ni razkril same vsebine varovanih podatkov. V zvezi s sklicevanjem vlagatelja na odločitev Državne revizijske komisije št. 018-084/2020-19 gre še pojasniti, da v navedeni odločitvi Državna revizijska komisija ni zavzela stališča, da sklepi o določitvi poslovne skrivnosti predstavljajo poslovno skrivnost, pač pa je, upošteva takratno trditveno podlago ugotovila, da takratni vlagatelj (ki je bil sicer v tem postopku izbrani ponudnik) ni izkazal naročnikovih kršitev, ko mu ni omogočil vpogleda v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti, ki so se nahajali v prijavi sodelujočih kandidatov.

Čeprav je vlagatelj v predmetnem postopku pravnega varstva uspel izkazati, da bi naročnik moral spregledati oznako poslovne skrivnosti na sklepih o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika, in vlagatelju omogočiti vpogled tudi v vsebino omenjenih sklepov, Državna revizijska komisija naročniku ni naložila odpravo te kršitve. Vpogled v dokumentacijo ni namenjen samemu sebi, temveč je, kot že navedeno, namen vpogleda pridobitev dodanih informacij, ki jih vlagatelj potrebuje za uveljavljanje pravnega varstva. Iz revizijskih navedb je jasno razvidno, da želi vlagatelj na podlagi vpogleda v omenjene sklepe pridobiti podatke, povezane z označitvijo vsebine omenjenih sklepov in prilog kritične poti za poslovno skrivnost. Od vsebine sklepov o določitvi poslovne skrivnosti ni odvisna (ne)dopustnost ponudbe izbranega ponudnika ali razvrstitev te ponudbe po merilih za oddajo javnega naročila, pač pa je od vsebine omenjenih sklepov odvisno, ali je naročnik imel podlago, da vlagatelju ni onemogočil vpogleda v priloge kritične poti. Vlagatelj lahko že brez vpogleda v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti zatrjuje, da omenjeni sklepi prilog kritične poti ne določajo za poslovno skrivnost oz. da četudi je izbrani ponudnik te priloge označil za poslovno skrivnost, bi moral naročnik to oznako spregledati in vlagatelju omogočiti vpogled v priloge kritične poti, kar vlagatelj v zahtevku za revizijo tudi (smiselno) zatrjuje. Zato zaradi onemogočenega vpogleda v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti vlagatelju ni bilo oteženo ali onemogočeno učinkovito pravno varstvo. Ob upoštevanju navedenega, ob upoštevanju, da ima vlagatelj v postopku pravnega varstva primarno interes, da se razveljavi odločitev o oddaji javnega naročila (prim. druga alineja prvega odstavka 28. člena ZPVPJN in druga alineja prvega odstavka 39. člena ZPVPJN), ne pa, da vpogleda v dokumentacijo (prim. odločitve Državne revizijske komisije št. 018-275/2014, 018-110/2015, 018-78/2016, 018-232/2017, 018-42/2018, 018-101/2019) in ob upoštevanju načela hitrosti (9. člen ZPVPJN) je Državna revizijska komisija z namenom zagotovitve učinkovitega

pravnega varstva vlagatelju sama vpogledala v vsebino sklepov o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika.

Vlagatelj predlaga, da Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti preveri, ali omenjeni sklepi za poslovno skrivnost določajo (1) vsebino teh sklepov ter (2) podatke v prilogi kritične poti. V obravnavani zadevi odgovor na vprašanje, ali je v sklepih o določitvi poslovne skrivnosti za poslovno skrivnost določena vsebina teh sklepov, ni relevanten, ne le, ker je izbrani ponudnik omenjene sklepe označil za poslovno skrivnost z žigom za poslovno skrivnost (kar pomeni, da izbrani ponudnik že s tem vsebino omenjenih sklepov pisno označil za poslovno skrivnosti), pač pa tudi zato, ker je vlagatelj izkazal, da bi naročnik moral oznako poslovne skrivnosti na omenjenih sklepih spregledati in vlagatelju omogočiti vpogled v te sklepe. Pri tem gre tudi ponoviti, da od vsebine sklepov o določitvi poslovne skrivnosti ni odvisna (ne)dopustnost ponudbe izbranega ponudnika ali razvrstitev te ponudbe po merilih za oddajo javnega naročila, pač pa je od vsebine omenjenih sklepov odvisno, ali je naročnik imel podlago, da vlagatelju ni onemogočil vpogleda v priloge kritične poti.

Na podlagi vpogleda v dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila Državna revizijska komisija ugotavlja, da je ponudbeni predračun sestavljen iz ponudbenega predračuna, kjer ponudnik na podlagi danih opisov postavk in količin z vnosom cene na enoto oblikuje ponudbeno ceno (v nadaljevanju: ponudbeni predračun v ožjem smislu), ter prilog kritične poti (poglavje 1 dokumenta »Navodila za pripravo ponudbenega predračuna«). Kritično pot predstavljajo vse aktivnosti pri gradnji predora, ki s svojim trajanjem neposredno vplivajo na pogodbeni rok gradnje (str. 22 Tehničnih specifikacij za izgradnjo drugega tira železniške proge Divača – Koper, Izkop in podpiranje predora). Glede prilog kritične poti je naročnik v točki 2.2.10 poglavja »Navodilo ponudnikom za izdelavo ponudbe ter določila o izvedbi postopka« dokumenta »Razpisna dokumentacija 2 faza« pojasnil, da ponudnik v prilogi kritične poti za predore poda časovne norme za posamezne razpisane podporne tipe in izvedbo posameznih izbranih predorskih aktivnosti, fiksne čase za izvedbo predvkopov, notranje obloge, ostalih betonerskih del, priprav in zaključkov pri posameznih delovnih aktivnostih, fiksne čase morebitnih prazničnih ustavitvev del in redukcijske faktorje za otežitve del. Na podlagi vnesenih časov in redukcijskih faktorjev ter s strani naročnika podanih fiksnih časov za projektno določene otežitve del se izračuna ponudbeni pogodbeni rok. Izračunani časi za posamezne aktivnosti so osnova za določitev časovno odvisnih stroškov gradbišč. V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila je naročnik pripravil priloge kritična pot, in sicer 4 excelove datoteke, pri čemer je naročnik zahteval, da ponudniki te priloge izpolnijo, jih spremenijo v .pdf obliko in v ponudbo predložijo tako izpolnjene excel datoteke kot tudi pdf datoteke (točka 3 poglavja »Navodil za pripravo ponudbenega predračuna«).

Čeprav si vlagatelj in izbrani ponudnik nista enotna o naravi prilog kritične poti (vlagatelj namreč zatrjuje, da te priloge po vsebini predstavljajo terminski plan, čemur izbrani ponudnik nasprotuje), gre ugotoviti, da so bile priloge kritična pot predvidene kot obvezni del ponudbene dokumentacije, iz katerih je moral biti razviden predviden čas, potreben za izvedbo posameznih del, ter predviden čas, potreben za izvedbo predmetnega javnega naročila. Naročnik ob tem ni določil, da morajo priloge kritične poti vsebovati cene ali količine, niti ni določil, da bi te priloge kakorkoli služile za ocenjevanje ponudb na podlagi meril za oddajo javnega naročila. Edino merilo za oddajo javnega naročila je namreč najnižja ponudbena cena (točka 2.2.12 poglavja »Navodilo ponudnikom za izdelavo ponudbe ter določila o izvedbi postopka«), to pa so ponudniki predstavili v ponudbenem predračunu v ožjem smislu, in ne v prilogah kritične poti. Naročnikova zahteva glede prilog kritične poti je

bila, da ponudnik s prikazom potrebnih časovnih norm za izvedbo posameznih nalog, prikaže, da bo naročilo izvedel v zahtevanem roku.

Na podlagi vpogleda v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika, Državna revizijska komisija ugotavlja, da je izbrani ponudnik kot poslovno skrivnost (med drugim) označil »podatke, ki se nanašajo na način, organizacijo in termin izvedbe del (vključno s terminskim in finančnim planom)«, in »podatke, ki po svoji naravi niso javni«. Izbrani ponudnik je vsaj s tem, ko je v omenjenih sklepih za poslovno skrivnost določil »podatke, ki po svoji naravi niso javni«, podatke iz prilog kritične poti označil za poslovno skrivnost, saj po presoji Državne revizijske komisije podatki iz prilog kritične poti ne predstavljajo javnih podatkov (prim. drugi odstavek 35. člena ZJN-3). Vlagatelj sicer v zahtevku za revizijo zatrjuje, da so podatki v teh prilogah po zakonu javni, vendar razen te gole trditve ne navede dejstev, ki bi utemeljevala takšen pravni zaključek. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da so javni vsi tisti podatki, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril (gl. drugi odstavek 35. člena ZJN-3), vendar pa, kot že navedeno, se v prilogah kritične poti takšni podatki ne nahajajo, saj se podatki, ki so relevantni v okviru edinega merila za oddajo javnega naročila predstavljeni v ponudbenem predračunu v ožjem smislu in ne v prilogah kritične poti. V kolikor vlagatelj z navedbami, da je naročnik prikril tudi podatke, ki vplivajo na presojo izpolnjevanja pogojev, zatrjuje, da bi mu naročnik moral omogočiti vpogled v priloge kritične poti, ker z njimi ponudniki predstavijo oblikovanje ponudbenega roka (ki ne sme presegati 1.308 dni), gre pojasniti, da ZJN-3 kot javne podatke ne določa vseh podatkov, ki vplivajo na presojo izpolnjevanja pogojev za sodelovanje in naročnikovih zahtev, pač pa kot javne podatke določa specifikacije ponujenega blaga, storitve ali gradnje in količina iz te specifikacije, cene na enoto, vrednost posamezne postavke in skupno vrednost iz ponudbe ter vse tiste podatke, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril. Vlagatelj tudi ne more uspeti s sklicevanjem na prakso Upravnega sodišča, ki se nanašajo na vprašanje razlage določb Zakona o dostopu do informacij javnega značaja, saj se določbe tega zakona pred pravnomočnostjo odločitve v zvezi z oddajo javnega naročila ne uporabljajo (prim. četrti odstavek 35. člena ZJN-3).

Vlagatelj tudi smiselno zatrjuje, da bi moral naročnik spregledati oznako poslovne skrivnosti in vlagatelju omogočiti vpogled v priloge kritične poti. Vlagatelj zatrjuje, da priloge kritične poti po svoji vsebini predstavljajo terminski plan dela, v zvezi s katerim je Državna revizijska komisija v zadevi, »št. 018-242/2012« (pravilno, št. 018-242/2013), že pojasnila, da ne more predstavljati poslovne skrivnosti »po objektivnem kriteriju«. Pojasniti gre, da izpostavljena odločitev Državne revizijske komisije temelji na določbah takrat veljavnega ZGD-1, ki je v drugem odstavku 39. člena določal, da, ne glede na umanjkanje določitve podatka za poslovno skrivnost s pisnim sklepom, za poslovno skrivnost štejejo podatki, za katere je očitno, da bi nastala občutna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseb (objektivna poslovna skrivnost). V obravnavanem primeru pa to stališče ni uporabljivo, ne le zaradi spremembe zakonodaje, pač pa tudi, ker dejansko stanje v predmetni zadevi ni primerljivo z dejanskim stanjem v navedeni zadevi, saj je v predmetni zadevi izbrani ponudnik sporne podatke pisno označil za poslovno skrivnost.

V kolikor bi bilo treba sklicevanje vlagatelja na odločitev Državne revizijske komisije, št. 018-242/2013, v kateri je ta zavzela stališče, da »razkritje [...] terminskega plana, ki določa le časovni potek [...] po oceni Državne revizijske komisije na konkurenčni položaj izbranega ponudnika v konkretnem primeru nima vpliva«, razumeti na način, da vlagatelj zatrjuje, da je Državna revizijska komisija že zavzela stališče, da podatki v prilogah kritične poti nimajo tržne vrednosti in da posledično ne izpolnjujejo kriterijev za določitev podatkov za poslovno

skrivnost, določenih v 2. členu ZPosS, gre ponoviti, da izpostavljena odločitev Državne revizijske komisije temelji na dejanskem stanju takratne zadeve, torej ob upoštevanju podatkov, ki so jih ponudniki predstavili v takratnem terminskem planu. Ni pa tega stališča Državne revizijske komisije mogoče uporabiti tudi v bistveno drugačnih okoliščinah. Da so ponudniki v terminskem planu, ki je bil sporen v zadevi, št. 018-242/2013, navajali primerljive podatke kot v prilogah kritične poti, ki so sporne v tem postopku, vlagatelj niti ne zatrjuje. Pritrditi gre sicer vlagatelju, da so ponudniki v prilogah kritične poti navedli čas oz. časovne norme napredovanja del, vendar pa gre pritrditi izbranemu ponudniku, da so ponudniki priloge kritične poti pripravili ob upoštevanju lastnih normativov oz. zmožnosti, ki pa so lahko različne glede na njihove izkušnje, znanja, predvidene tehnične rešitve in podobno. Po presoji Državne revizijske komisije je na podlagi spornih podatkov mogoče sklepati o tehnologiji, znanje in načinu izvajanja ponudnikove dejavnosti, kar pa bi lahko vplivalo na konkurenčni položaj ponudnika na trgu. Pri tem pa, čeprav navedeno ni relevantno za odločitev v predmetni zadevi, ne gre spregledati, da je tudi vlagatelj (tako kot izbrani ponudnik) v predloženih sklepih o določitvi poslovne skrivnosti dokumente, iz katerih izhajajo terminski plani, označil za poslovno skrivnost.

Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v ponudbo izbranega ponudnika ugotavlja, da je izbrani ponudnik v ponudbo predložil 4 priloge kritične poti v excel obliki in 4 priloge kritične poti v .pdf obliki, v kar se je vlagatelj lahko tudi prepričal, saj mu je naročnik posredoval posnetek slike zaslona (oz. »*print screen*«), ki prikazuje dokumente, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika. Nadalje gre ugotoviti, kar med strankama tudi ni sporno, da naročnik vlagatelju priloge kritične poti v excel obliki ni posredoval, ampak mu je posredoval le 4 priloge kritične poti v .pdf obliki, pri čemer so podatki, ki jih je v te priloge vpisal izbrani ponudnik, zakriti. Naročnik je potem, ko je izbrani ponudnik z elektronskim sporočilom z dne 18. 3. 2021 dovolil posredovanje dela prilog, v katerem je naveden izračun končnega števila dni za izvedbo projekt (izbrani ponudnik pa je glede ostalih podatkov v omenjeni prilogah vztrajal, da predstavljajo poslovno skrivnost), vlagatelju posredoval nezakrito prilogo CR1.4_000 in prilogo TS1.2.21.32 (ki predstavlja en delovni zvezek priloge TS1.2_000).

Ker je izbrani ponudnik podatke iz priloge kritične poti označil za poslovno skrivnost in ker vlagatelj ni izkazal naročnikove kršitve, ko ni spregledal oznake poslovne skrivnosti, povezane s prilogami kritične poti, Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku ni mogoče očitati kršitev, ko vlagatelju ni omogočil vpogleda v (vse) podatke iz priloge kritične poti v .pdf obliki, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika, ampak mu je omogočil vpogled le v tiste podatke v prilogah kritične poti v .pdf obliki, v katere je izbrani ponudnik naknadno dopustil vpogled, in sicer v podatke v prilogah CR1.4_000 in TS1.2.21.32. Prav tako naročniku ni mogoče očitati kršitev, ko vlagatelju ni posredoval tistega dela prilog kritične poti v excelovi obliki, ki mu jih je posredoval v .pdf obliki z zakritimi podatki. Naročnik namreč vlagatelju ni bil dolžan omogočiti vpogleda v podatke v prilogi kritične poti (razen v delu, v katerem je izbrani ponudnik naknadno izrecno dopustil vpogled) in to ne glede na obliko (format) podatkov oz. prilog.

Odrpito pa še ostane vprašanje, ali je bil naročnik dolžan vlagatelju v excelovi obliki posredovati prilogi TS1.2.21.32 in CR1.4_000 – slednji prilogi je namreč naročnik vlagatelju posredoval z nezakritimi podatki v .pdf obliki. Ob upoštevanju, da ponudniki niso neposredno vpisovali podatkov v omenjeni prilogi, pač pa so podatke vpisovali v druge priloge (oz. zavihke), program pa je samodejno prenesel vpisane podatke v prilogi TS1.2.21.32 in CR1.4_000 (kar onemogoča, da bi se varovani podatki pred posredovanjem teh prilog »*zbrisali*«, saj bi se s tem izbrisali tudi podatki v prilogah TS1.2.21.32 in CR1.4_000), so

razumljive naročnikove navedbe, da v primeru posredovanje prilog kritične poti v excel obliki ne bi mogel varovati tistih podatkov v teh prilogah, ki so označeni za poslovno skrivnost. Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bil namen vpogleda v dokumentacijo, tj. pridobitev dodanih informacij, potrebnih za uveljavljanje pravnega varstva, dosežen že z naročnikovim posredovanjem prilog kritične poti v .pdf obliki. V zvezi z navedbami vlagatelja, da excel datoteke v ponudbi izbranega ponudnika niso identične .pdf datotekam, in predlogom vlagatelja, povezanim z vpogledom Državne revizijske komisije v te podatke, gre pritrditi naročniku, da se v ponudbi izbranega ponudnika nahajajo priloge kritične poti v excelovi obliki, ki so identične prilogam kritične poti v .pdf obliki, v kar se je Državna revizijska komisija prepričala na podlagi vpogleda v ta del ponudbe izbranega ponudnika.

V zvezi z navedbami vlagatelja, da zaradi onemogočenega vpogleda v priloge kritične poti ne more preveriti, ali je izbrani ponudnik predložil ustrezno izpolnjene excel datoteke, in v zvezi z navedbami, da izbrani ponudnik ni predložil ustrezno izpolnjenih excel datotek, Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, kar med strankama tudi ni sporno, da je naročnik ponudbeni predračun v ožjem smislu in priloge kritične poti oblikoval na način, da ti vsebujejo, ti. rdeča obarvana polje oz. celice. Ponudbeni predračun v ožjem smislu so ponudniki izpolnili na način, da so izpolnili rdeče obarvana polja – z vpisom števila, zaokroženega na dve decimaliki, se je polje oz. celica »razbarvala«. Del ponudbenega predračuna v ožjem smislu so tudi rdeče obarvani delovni listi oz. zavihki, ki prav tako vsebujejo rdeče obarvana polja – teh delovnih listov ponudniki niso izpolnjevali, pač pa so ti kontrolirali spoštovanje naročnikovih zahtev glede oblikovanja posameznih ponudbenih cen – v kolikor naročnikove zahteve niso bile spoštovane, so polja oz. celice ostale rdeče obarvane, v nasprotnem primeru so se obarvale zeleno (poglavje »Izpolnjevanje ponudbenega predračuna za Odsek 1« dokumenta »Navodila za pripravo ponudbenega predračuna«). Smiselno enako je naročnik določil glede prilog kritične poti, in sicer so ponudniki vnašali podatke v rdeče obarvana polja oz. celice, ki se ob pravilnem vnosu obarvajo rumeno, v nasprotnem primeru (npr. negativen numeričen vnos, vrednost manjša od 0, vnos s tremi ali več decimalnimi mesti) ostanejo rdeče obarvana (poglavje »Izpolnjevanje ponudbenega roka« dokumenta »Navodila za pripravo ponudbenega predračuna«). Naročnik je predvidel, da bo ponudbo, ki bo vsebovala rdeče obarvana polja (bodisi v ponudbenem predračunu v ožjem smislu bodisi v prilogah kritične poti) zavrnil kot nedopustne (poglavje 4 »Povzetek izločitvenih kriterijev pri ponudbenem predračunu in prilogi kritične poti« dokumenta »Navodila za pripravo ponudbenega predračuna«).

Na podlagi vpogleda v priloge kritične poti v .pdf obliki, kot so bile posredovane vlagatelju, Državna revizijska komisija pritruje naročniku, da je ta varovane podatke v teh prilogah prikriil na način, da je kljub zakritju varovanih podatkov mogoče razbrati barvo polj. Naročnik je namreč zakril le podatke, ki jih je vnesel izbrani ponudnik, ne pa celotnih polj. Nasprotnim navedbam vlagatelja Državna revizijska komisija ne more pritrditi. Vlagatelj v vlogi z dne 1. 4. 2021 izpostavlja stolpca IV in V prilog NR1.1.2.3, NR1.1.2.5 in NR1.1.3.7., vendar pa gre ugotoviti, da je v navedenih prilogah jasno razvidna barva stolpca IV – polja (oz. celice) v teh stolpcih so obarvana rumeno (razen postavke 12 v prilogi NR1.1.2.5, ki je svetlo modre barve, saj to polje tudi v vnaprej pripravljenih prilogah ni bilo obarvano z rdečo barvo in ga ponudnikom tudi ni bilo potrebno izpolnjevati, saj ga je vnaprej izpolnil naročnik) in ne rdeče. Tudi barva stolpca V prilog NR1.1.2.3, NR1.1.2.5 in NR1.1.3.7. je jasno razvidna – polja (oz. celice) teh stolpcev so obarvana svetlo modro in ne rdeče. Ta stolpec v vnaprej pripravljenih prilogah niti ni bil obarvan z rdečo barvo (ponudniki ga namreč niso neposredno izpolnili, ampak ga je program, upošteva podatke iz stolpca IV, izpolnil sam); ta stolpec pa se tudi v primeru rdeče obarvanega polja v stolpcu IV (npr. vnos na več kot dve decimaliki) ne obarva

rdeče, v kar se je Državna revizijska komisija prepričala z vnosom podatkov v priloge, ki jih je vnaprej pripravil naročnik.

Upošteva je navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da je bil vlagatelju omogočen vpogled v priloge kritične poti v .pdf obliki na način, ki omogoča seznanitev z morebitnimi rdečimi polji v teh prilogah, posledično pa je vlagatelj lahko preveril, ali je izbrani ponudnik predložil ustrezno izpolnjene excel datoteke, tj. brez rdečih polj. Ne glede na navedeno pa Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v priloge kritične poti, ki se nahajajo v ponudbi izbranega ponudnika, ugotavlja, da te ne vsebujejo t. i. rdeče obarvanih polj oz. celic. V zvezi z vlagateljevimi navedbami v vlogi z 1. 4. 2021, da je obarvanost polj eden od kazalcev za presojo (ne)dopustnosti ponudbe, ne pa edini, gre pojasniti, da je vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjeval zgolj, da excel datoteke v ponudbi izbranega ponudnika niso izpolnjene ustrezno oz. v skladu z navodili naročnika, pri čemer je vlagatelj izpostavljal le t. i. rdeča polja, ne pa tudi drugih morebitnih nepravilnosti v prilogah kritične poti.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo še zatrjuje, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v »*celotni ponudbeni predračun*« in da ne more preveriti, ali je izbrani ponudnik ustrezno izpolnil ponudbeni predračun, tj. brez rdečih polj. Vlagatelj, na katerem je trditveno breme, v zahtevku za revizijo ni konkretiziral očitkov o onemogočenem vpogledu v »*celotni ponudbeni predračun*« in tako ni pojasnil, v katere podatke iz ponudbenega predračuna mu ni bil omogočen vpogled. V kolikor bi bilo potrebno vlagateljeve navedbe razumeti na način, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v priloge kritične poti (te so namreč skladno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila del ponudbenega predračuna) in da ne more preveriti ustreznosti izpolnitve prilog kritične poti, se je do takšnih revizijskih navedb Državna revizijska komisija opredelila zgoraj. Na tem mestu Državna revizijska komisija še zgolj dodaja, da ni ključno, kako je naročnik poimenoval posamezne dokumente, pač pa je ključna vsebina podatkov v teh dokumentih. Zato četudi v obravnavanem primeru priloge kritične poti, skladno z naročnikovimi navodili, predstavljajo del ponudbenega predračuna, to še ne pomeni, da je že zgolj iz tega razloga vlagatelj upravičen do vpogleda v te priloge oz. da so ti podatki javni. Ključna je namreč vsebina podatkov v teh prilogah, kot pa že navedeno, ponudniki v prilogah kritične poti, četudi te štejejo za del ponudbenega predračuna, ne predstavljajo podatkov, ki bi bili skladno z drugim odstavkom 35. člena ZJN-3 javni.

V kolikor vlagatelj z navedbami, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v »*celotni ponudbeni predračun*«, zatrjuje, da mu naročnik ni omogočil vpogleda v ponudbeni predračun v ožjem smislu, torej v del ponudbe izbranega ponudnika, v katerem je izbrani ponudnik na podlagi danih opisov postavk in količin z vnosom cene na enoto oblikoval ponudbeno ceno, gre ugotoviti, da je naročnik vlagatelju posredoval del ponudbe, v katerem je izbrani ponudnik predstavil ceno na enoto, vrednosti posameznih postavk in končno ponudbeno ceno (torej podatke, ki so skladno z drugim odstavkom ZJN-3 javni), v .pdf obliki (ponudniki so bili namreč dolžni izpolnili ponudbeni predračun ožjem smislu v excel obliki, ga spremeniti v .pdf obliko ter obe obliki predložiti v ponudbo). Da bi naročnik vlagatelju onemogočil vpogled v podatke iz tega dela ponudbe izbranega ponudnika, ki obsega skupno 1.214 strani, vlagatelj niti ne zatrjuje. Državna revizijska komisija zato ugotavlja, da je vlagatelj na podlagi posredovane dokumentacije lahko preveril, ali ponudbeni predračun v ožjem smislu vsebuje rdeča polja. Ne glede na navedeno pa Državna revizijska komisija na podlagi vpogleda v ponudbeni predračun v ožjem smislu, ki se nahaja v ponudbi izbranega ponudnika, ugotavlja, da ta ne vsebuje rdeče obarvanih polj oz. celic.

Glede na navedeno Državna revizijska komisija zaključuje, da je vlagatelj izkazal (le) naročnikovo kršitev, povezano z vpogledom v sklepe o določitvi poslovne skrivnosti, pri

čemer je v omenjene sklepe vpogledala Državna revizijska komisija sama, medtem ko drugih naročnikovih kršitev, povezanih s kršitvijo pravice do vpogleda, vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni izkazal. Državna revizijska komisija je zato vlagateljev predlog, da se mu dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika in da se mu dovoli dopolnitev oz. sprememba zahtevka za revizijo, zavrnila.

V nadaljevanju je Državna revizijska komisija presojala revizijske navedbe, da je ponudba izbranega ponudnika neobičajno nizka in da bi naročnik moral ponudbo izbranega ponudnika preveriti z vidika instituta neobičajno nizke ponudbe.

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

Neobičajno nizka ponudba je kot eden izmed elementov (ne)dopustnosti ponudbe definirana v 86. členu ZJN-3, ki v prvem odstavku določa, da mora naročnik v primeru, če meni, da je pri določenem naročilu glede na njegove zahteve ponudba neobičajno nizka glede na cene na trgu ali v zvezi z njo obstaja dvom o možnosti izpolnitve naročila, preveriti, ali je neobičajno nizka in od ponudnika zahtevati, da pojasni ceno ali stroške v ponudbi. Naročnik mora preveriti, ali je ponudba neobičajno nizka tudi, če je vrednost ponudbe za več kot 50 odstotkov nižja od povprečne vrednosti pravočasnih ponudb in za več kot 20 odstotkov nižja od naslednje uvrščene ponudbe, vendar le, če je prejel vsaj štiri pravočasne ponudbe.

Glede vprašanja presoje neobičajno nizke ponudbe je Državna revizijska komisija že večkrat pojasnila (prim. odločitve, št. 018-126/2017, 018-93/2018, 018-73/2020), da nizka ponudbena cena sama po sebi ni prepovedana. Pravila javnega naročanja ponudbeno ceno določajo kot pomembno merilo za izbor najugodnejše ponudbe. V interesu naročnika je, da dobi ustrezno blago, storitev ali gradnjo po najugodnejših pogojih, predvsem po čim nižji ceni. Prav konkurenčnost ponudb je temeljni interes naročnika in smisel javnega naročanja, saj zagotovitev te omogoča tudi spoštovanje načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3), ki naročnika zavezuje, da z izvedbo javnega naročila zagotovi, da je poraba sredstev zanj kar najbolj gospodarna in učinkovita. Svobodno določanje cen je ena temeljnih značilnosti konkurence na prostem trgu, kjer praviloma velja, da lahko ponudnik ponudi poljubno visoko ceno, če jo trg sprejme, lahko pa tudi poljubno nizko, če mu takšna cena zagotavlja obstoj na trgu (prinaša dobiček ali pa vsaj zmanjšuje izgubo). Pri vprašanih oblikovanju ponudbene cene je zato potrebno izhajati iz stališča, da gre za eno od poslovnih odločitev na podjetniški ravni, v katero praviloma ni mogoče posegati oziroma je to mogoče le toliko, kolikor to izrecno dopuščajo zakoni in na njihovi podlagi sprejeti podzakonski predpisi.

Nizkih cen niti predpisi o javnem naročilu niti konkurenčno pravo na splošno ne prepovedujeta; lahko pa nizka cena v postopku oddaje javnega naročila v določenih okoliščinah pomeni, da je ponudnik napačno ovrednotil predmet javnega naročila, zaradi česar se lahko pojavi dvom o možnosti izpolnitve naročila. Zaradi določenih tveganj, ki bi lahko izhajala iz tako oblikovane nizke cene (slabša kakovost izvedbe posla, možnost kasnejših sporov med pogodbenima strankama, itd.) je naročnik upravičen preveriti ponudbene cene. ZJN-3, kot je bilo že zapisano, nizko ceno določa kot element neobičajno

nizke ponudbe, ki lahko pri naročniku vzbudi dvom o tem, ali je ponudnik pravilno razumel dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila oz. obseg predmeta naročila in posledično ali lahko ob nizki ceni sploh zagotovi izvedbo naročila na način, kot je določen v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. V primeru, kadar se pri naročniku zaradi nizke cene pojavi dvom o možnosti izpolnitve naročila oz. kadar so podana v prvem odstavku 86. člena ZJN-3 določena matematična razmerja med ponudbenimi cenami, ima naročnik pravico, da takšno ponudbo oceni kot nedopustno in jo zavrne, vendar šele potem, ko ponudnika pozove k pojasnilom ponudbe in mu s tem omogoči, da svojo ponudbo ustrezno obrazloži, navede podatke in utemelji posamezne elemente ponudbe. Določba 86. člena ZJN-3 je torej primarno namenjena varstvu ponudnika, ki je predložil ponudbo z nizko ceno in za katero je naročnik ocenil, da je neobičajno nizka ali v zvezi z njo obstaja dvom o možnosti izpolnitve naročila, ter jo zato želi zavrniti, zavrne pa jo le v primeru, če na podlagi pridobljenih pojasnil ugotovi, da ponudnik, upoštevajoč ekonomiko poslovanja, izbrane tehnične rešitve, posebne pogoje izvedbe ali izvirnost rešitev, ne more pojasniti nizke cene. Naročnik ponudbo zavrne tudi v primeru, če ponudnik s pojasnili in kalkulacijami ponudbene cene in stroškov ne more izkazati, da bo izpolnil obveznosti iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3 (obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava) ali da bo izpolnil obveznosti do svojih podizvajalcev.

Iz določbe 86. člena ZJN-3 tako izhaja, da do postopka preverjanja neobičajno nizke ponudbe pride v dveh primerih. V prvem gre za položaj, v katerem naročnik prejme vsaj štiri pravočasne ponudbe, izmed katerih so posamezne ponudbe za več kot 50 odstotkov nižje od povprečne vrednosti pravočasnih ponudb in za več kot 20 odstotkov nižje od naslednje uvrščene ponudbe. V tem primeru gre za obligatorno preverjanje – naročnik mora ne glede na lastno oceno izvesti postopek preverjanja neobičajno nizke ponudbe in ponudnika pozvati, naj predstavi podrobne podatke in utemelji posamezne relevantne elemente ponudbe. V obravnavanem primeru je razvidno, da pogoji za obligatorno preverjanje neobičajno nizkih ponudb niso bili izpolnjeni, ker je naročnik prejel le dve ponudbi.

V drugem primeru se za postopek preverjanja neobičajno nizke ponudbe odloči naročnik sam, na podlagi lastne ocene in ne glede na število prejetih ponudb ter razmerja med njimi, potem ko po pregledu ponudb oceni, da je določena ponudba neobičajno nizka glede na cene na trgu, zaradi česar se mu vzbudi dvom o možnosti izpolnitve naročila. V tem primeru gre za naročnikovo avtonomno presojo – odločitev o tem, ali bo izvedel postopek preverjanja neobičajno nizke ponudbe, je v celoti v njegovi domeni (prim. odločitve, št. 018-147/2016, 018-126/2017, 018-109/2019). Navedenemu pritrjuje tudi vlagatelj.

Iz spisovne dokumentacije ne izhaja, da bi naročnik ocenil ponudbo izbranega ponudnika za neobičajno nizko ali da bi se mu v zvezi z njo pojavil dvom o možnosti izpolnitve naročila, in da jo posledično želi zavrniti. Nasprotno, iz dokumentacije je razvidno, da je naročnik obe ponudbi označil kot dopustni in da želi ponudbo izbranega ponudnika sprejeti kot najugodnejšo izmed dopustnih ponudb. Ker naročnik ponudbe izbranega ponudnika v okviru avtonomne presoje ni ocenil kot neobičajne nizke oziroma ni ocenil, da v zvezi z njo obstaja dvom o izpolnitvi naročila, v konkretnem primeru (fakultativnega) postopka preverjanja ni bil dolžan izvesti. Navedenega ne morejo spremeniti vlagateljeve navedbe v vlogi z dne 1. 4. 2021 in vlogi z dne 12. 4. 2021, in sicer, da je presoja neobičajno nizke ponudbe v prosti presoji naročnika do trenutka, ko se pri naročniku oblikuje mnenje, da je določena ponudba neobičajno nizka glede na cene na trgu ali v zvezi z njo obstaja dvom o možnosti izpolnitve naročila. Ne glede na (ne)utemeljenost tega stališča, gre ugotoviti, da iz naročnikove odločitve o zavrnitve zahtevka za revizijo, v nasprotju z mnenjem vlagatelja, ne izhaja, da je naročnik

pri pregledu in ocenjevanju ponudb menil, da je ponudba izbranega ponudnika neobičajno nizka glede na cene na trgu ali v zvezi z njo obstaja dvom o možnosti izpolnitve naročila. Četudi naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo navaja, da »je [...] tudi vlagatelj podal špekulativne cene« (pri čemer vlagatelj spregleda nadaljnje naročnikove navedbe, in sicer »da je vlagateljeva ponudba tista (in ne ponudba izbranega ponudnika), ki za naveden sklop postavk vsebuje neobičajno nizko ceno«) in četudi je naročnik že pri pregledu in ocenjevanju ponudb ugotovil, da so nekatere ponujene cene izbranega ponudnika pod projektantsko ocenjeno vrednostjo in pod tržno vrednostjo, to še ne pomeni, da je naročnik menil, da je ta ponudba neobičajno nizka in da je izbrani ponudnik podal »špekulativne cene«. Izpostavljene navedbe naročnika v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo je potrebno razumeti v kontekstu, v katerem so dane, in sicer, da sta po mnenju naročnika, tako izbrani ponudnik kot vlagatelj, za nekatere postavke ponudbenega predračuna ponudila višje cene od ocenjenih vrednosti projektanta, za nekatere postavke ponudbenega predračuna pa sta oba ponudila bistveno nižje cene od ocenjenih vrednosti projektanta. Ker pa je pri presoji neobičajno nizke ponudbe relevantna končna ponudba oziroma končna ponudbena cena, in vrednost posameznih postavk, naročnik ponudbe izbranega ponudnika ni ocenil za neobičajno nizko. V zvezi z navedbami vlagatelja, da je naročnik tekom postopka povečal najvišjo dopustno vrednost ponudbe, pa gre še dodati, da zgolj na podlagi navedenega ni mogoč že sklep, da po presoji naročnika s ponudbeno ceno, ki je pod prvotno določeno najvišjo dopustno vrednostjo ponudbe, predmetnega javnega naročila ni mogoče izvesti.

Na tem mestu Državna revizijska komisija v zvezi z navedbami vlagatelja, da naročnik v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo zavzema pavšalno stališče, da ponudba izbranega ponudnika ni neobičajno nizka, pojasnjuje, da naročnik v predrevizijskem postopku nastopa kot organ pravnega varstva (prim. 2. člen ZPVPJN). Naročnik z odločitvijo o zahtevku za revizijo odloči o revizijskih navedbah in pri tem obrazloži, zakaj so revizijske navedbe utemeljene oz. neutemeljene. To pomeni, da ni naloga naročnika, da v odločitvi o zavrnitvi zahtevka za revizijo utemeljuje razloge za sprejem odločitve o oddaji javnega naročila v postopku oddaje javnega naročila, pač pa se naročnik opredeli do revizijskih navedb. V obravnavanem primeru je naročnik revizijske navedbe zavrnil kot neutemeljene, pri čemer je naročnik tudi pojasnil, zakaj šteje revizijske navedbe, povezane z očitki o neobičajno nizki ponudbi izbranega ponudnika, za neutemeljene.

Ker v obravnavanem primeru pogoji za obligatorno preverjanje neobičajno nizkih cen niso bili izpolnjeni, je bila odločitev o tem, ali bo naročnik izvedel postopek preverjanja neobičajno nizke ponudbe pridržana njemu. Ocena o tem, da ponudba izbranega ponudnika ni neobičajno nizka in da ne bo pričel postopka ugotavljanja neobičajno nizke ponudbe, je naročnikova poslovna odločitev, ki sodi v sfero njegove odgovornosti za lastno poslovanje in v katero vlagatelj (ne glede na pri tem uporabljeno argumentacijo) ni upravičen posegati. Naročnikove odločitve ali bo pričel postopek ugotavljanja neobičajno nizke ponudbe, pa s svojo presojjo tudi ne more nadomestiti Državna revizijska komisija. Glede na navedeno Državna revizijska komisija ugotavlja, da naročniku ni mogoče očitati kršitve določbe 86. člena ZJN-3 oziroma da je opustil ravnanje, ki mu ga nalaga prvi odstavek 86. člena ZJN-3, s tem povezane vlagateljeve navedbe pa gre zavrniti kot neutemeljene.

Ne glede na navedeno pa Državna revizijska komisija še dodaja, da vlagatelj navedbe o neobičajno nizki ponudbi izbranega ponudnika oz. o tem, da je ponudba izbranega ponudnika neobičajno nizka glede na cene na trgu utemeljuje na primerjavi med ponudbeno ceno izbranega ponudnika in vlagateljevo ponudbeno ceno (vlagateljeva ponudba je cca. 15% višja od ponudbene cene izbranega ponudnika) in na primerjavi med najvišjo dopustno vrednostjo

ponudbe (ki jo je naročnik navedel v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila) in ponudbeno ceno izbranega ponudnika. Čeprav je nominalna razlika med ponudbeno vrednostjo izbranega ponudnika in vlagateljevo ponudbo velika (cca. 60 mio EUR), pa procentualna razlika med ponudbeno vrednostjo izbranega ponudnika in vlagateljevo ponudbo (cca. 15%) po presoji Državne revizijske komisije ne predstavlja razlike, ki bi omogočala sklepanje o neobičajno nizki ponudbi izbranega ponudnika glede na cene na trgu. Poleg tega zaključek o neobičajno nizki ponudbi glede na cene na trgu po presoji Državne revizijske komisije ne more temeljiti zgolj na primerjavi ponudbenih vrednosti dveh ponudb, saj je lahko nižja ponudbena vrednost ene ponudbe posledica konkurenčnih prednosti ponudnika z nižjo ponudbeno ceno v primerjavi s ponudnikom z višjo ponudbeno ceno. Prav tako po presoji Državne revizijske komisije procentualna razlika (cca. 15%) med ponudbeno ceno izbranega ponudnika in najvišjo dopustno vrednostjo ponudbe, ne predstavlja takšne razlike, ki bi omogočala sklepanje o neobičajno nizki ponudbi izbranega ponudnika glede na cene na trgu.

Vlagatelj tudi ne more utemeljiti navedb o neobičajni nizki ponudbi izbranega ponudnika oz. o tem, da obstoji utemeljen dvom o možnosti izpolnitve naročila, s sklicevanjem na ponudbene cene izbranega ponudnika za nekatere postavke ponudbenega predračuna (tj. cena izkopa, v povezavi z razredom napredovanja, cena za normalni cement v povezavi s ceno za mikrofini cement ter ceno za brizgani beton v povezavi s ceno za brizgani betona, ojačan z jeklenimi vlakni). Kot je Državna revizijska komisija zapisala že v več svojih odločitvah (prim. npr. sklep št. 018-309/2013, 018-156/2016, 018-168/2017, 018-73/2020), neobičajno nizka ponudba se ne presoja glede cen posameznih postavk, ampak je ključna končna ponudba oziroma končna ponudbena cena, medtem ko je podrobnejša struktura posameznih postavk (oblikovanje cen teh postavk) znotraj te načeloma stvar poslovne politike posameznega konkurenta na relevantnem trgu. Osrednji namen instituta neobičajno nizke ponudbe namreč ni neposredno v višini cene oziroma celo v višini cen zgolj nekaterih postavk znotraj skupne cene, pač pa v vprašanju, ali je možno konkretno javno naročilo izvesti za ponujeno ceno. Zato v obravnavanem primeru ne more biti ključno, kakšno ponudbeno ceno je izbrani ponudnik ponudil za najboljši in najslabši razred napredovanja del v predoru oz. kakšna je razlika v ponudbeni ceni izbranega ponudnika za različne razrede napredovanja, kot tudi ponudbene cene izbranega ponudnika za dobavo in pripravo normalnega cementa za zapolnitvene injekcije, za dobavo in pripravo mikrofinega cementa za zapolnitvene injekcije, za nanos brizganega betona in za nanos brizganega betona, ojačanega z jeklenimi vlakni.

Državna revizijska komisija je vlagateljev dokazni predlog za postavitev strokovnjaka kot nepotrebnega zavrnila. Vlagatelj najprej predlaga postavitev strokovnjaka, ki bi podal mnenje, ali cene izbranega ponudnika za izkop, za normalni cement, mikrofini cement, za brizgani betom in za brizgani beton, ojačan z jeklenimi vlakni, pomenijo neobičajno nizko ponudbo. Vlagatelj se v tem delu dokaznega predloga zavzema, da bi se strokovnjakom rešujejo pravna vprašanja, katerih pa strokovnjak ne more razreševati, saj jih razrešuje organ, ki odloča v zadevi. Vprašanje, ali je ponudba neobičajno nizka, je namreč pravno vprašanje in ne dejansko vprašanje. Vlagatelj nadalje predlaga postavitev strokovnjaka, ki bi podal mnenje, ali je s cenami izbranega ponudnika za izkop, za normalni cement, mikrofini cement, za brizgani betom in za brizgani beton, ojačan z jeklenimi vlakni, mogoče izvesti predmetno javno naročilo »do konca«. V tem delu dokaznega predloga želi vlagatelj dokazati trditve o dejstvih, ki niso pravno odločilna oziroma pravno relevantna za rešitev predmetnega spora, saj, kot že navedeno, ni ključna cena posameznih postavk, ampak je ključna končna ponudba oziroma končna ponudbena cena. Poleg tega, četudi bi strokovnjak pritrdil stališču vlagatelja, da glede na ponudbene cene izbranega ponudnika za posamezne postavke ne bi bilo mogoče

izvesti predmetnega javnega naročila »do konca«, Državna revizijska komisija še vedno ne bi imela podlage, da bi naročniku naložila izvedbo postopka preverjanja neobičajno nizke ponudbe ali da bi celo sama sprejela zaključek o neobičajno nizki ponudbi izbranega ponudnika. Kot že navedeno, če pogoji za obligatorno preverjanje neobičajno nizke ponudbe niso izpolnjeni (kar v obravnavanem primeru niso), je odločitev o tem, ali bo naročnik pričel postopek ugotavljanja neobičajno nizke ponudbe, stvar njegove avtonomne presoje, ki sodi v sfero njegove odgovornosti za lastno poslovanje.

Vlagatelj predlaga postavitev strokovnjaka tudi iz razloga, da bi podal mnenje, ali izbrani ponudnik »s tako« ponujenimi cenami izpolnjuje vse veljavne obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava. V tem delu umanjka trditvena podlaga, vlagatelj namreč niti ne zatrjuje, da izbrani ponudnik s ponujenimi cenami ne bi izpolnjeval vseh veljavnih obveznosti izpostavljenih področjih. Manjkajoče trditvene podlage pa ne more nadomestiti izvedba dokazov, saj ta služi dokazovanju zatrjevanih (konkretnih in določnih) pravno relevantnih dejstev, ne pa dopolnjevanju pomanjkljive trditvene podlage. Izvedba tega predlaganega dokaza tako ne bi služila dokazovanju zatrjevanih (konkretnih in določnih) pravno relevantnih dejstev (ker ta umanjajo), pač pa ustvarjanju trditvene podlage. Če vlagatelj v tem delu meri na četrti odstavek 86. člena ZJN-3, ki določa, da mora naročnik zavrniti ponudbo, če ugotovi, da je ponudba neobičajno nizka, ker ni skladna z veljavnimi obveznostmi iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3, gre pojasniti, da je ugotovitev o neobičajno nizki ponudbi, ker ta ni skladna z veljavnimi obveznostmi iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3, mogoča šele po izvedenem postopku preverjanja neobičajno nizke ponudbe, za katerega pa se naročnik odloči sam.

V zvezi z navedbami vlagatelja o nelojalni konkurenci, ker je izbrani ponudnik podal »špekulativne cene«, gre najprej ugotoviti, da iz vlagateljevih navedb ni razviden niti pomen oz. vsebina pojma »špekulativne cene«, poleg tega vlagatelj tudi ne pojasni, zakaj bi podaja »špekulativnih cen« predstavljala dejanje, ki bi bilo v nasprotju z dobrimi poslovnimi običaji in s katerim bi se povzročila ali bi se utegnila povzročiti škoda drugim podjetjem (prim. 63. člen Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence – Uradni list RS, št. 36/2008 in sprem.). Ne glede na navedeno pa je v obravnavani zadevi ključno, da je Državna revizijska komisija v skladu z določbami ZPVPJN pristojna za presojo skladnosti ravnanj naročnikov s pravili javnega naročanja, medtem ko presoja skladnosti ravnanj gospodarskih subjektov s predpisi s področja konkurenčnega prava sodi v pristojnost organa za varstvo konkurence, tj. Javne agencije Republike Slovenije za varstvo konkurence.

Vlagatelj v zahtevku za revizijo zatrjuje tudi, da je izbrani ponudnik oblikoval ceno brez upoštevanja standarda ÖNORM B2203, pri čemer vlagatelj izpostavlja ponudbene cene izbranega ponudnika za izkop, normalni cement, mikrofini cement, brizgani betom in brizgani beton, ojačan z jeklenimi vlakni.

Pritrditi gre naročniku, da v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila naročnik standarda ÖNORM B2203 ni določil kot obveznega. Naročnik se je sicer v dokumentu Tehničnih specifikacij za izgradnjo drugega tira železniške proge Divača – Koper, Izkop in podpiranje predora, skliceval na ta standard v poglavju 1.04 »Seznam literature«, v katerem je naročnik pojasnil, da je v tem poglavju navedena literatura, ki je bila uporabljena pri nastajanju tega dokumenta oz. literatura, na katero se posamezne zahteve v tem dokumentu sklicujejo. Tako je iz tega dokumenta razvidno, da je naročnik določene zahteve povzel po tem standardu (npr. matrike oz. matrični sistem in obračunske linije), ni pa naročnik zahteval, da ponudniki oblikujejo ponudbene cene ob upoštevanju omenjenega standarda. Poleg tega je

iz navedb vlagatelja razvidno, da omenjeni standard (katerega sicer nobena izmed strank ni priložila) ne določa višine cene za posamezna dela (vlagatelj namreč obširno pojasnjuje, katere okoliščine je potrebno upoštevati pri oblikovanju cene za izkope), zato ni mogoč zaključek, da je ponudbena cena oblikovana v nasprotju standardom ÖNORM B2203. V zvezi z navedbami vlagatelja, da mora skladno z omenjenim standardom ponudbena cena za izkope naraščati od najboljšega razreda napredovanja del v predoru do najslabšega razreda napredovanja del v predoru, čemur smiselno pritrjuje tudi naročnik, gre ugotoviti, da vlagatelj, ki je imel vpogled v ponudbene cene izbranega ponudnika, ne zatrjuje, da ponudbena cena izbranega ponudnika ne bi naraščala, pač pa smiselno zatrjuje, da »premal« narašča oz. da je razlika med ponudbeno ceno za najboljši razred napredovanja del v predoru in ponudbeno ceno za najslabši razred napredovanja del v predoru le 0,85 EUR. Da bi standard ÖNORM B2203 določal, za kakšen odstotek mora naraščati ponudbena cena za izkope, vlagatelj ne zatrjuje, pač pa sam dela takšne izračune. Upoštevaje navedeno gre zato vlagateljeve navedbe, povezane s standardom ÖNORM B2203, zavrniti kot neutemeljene.

Vlagatelj tudi ne more uspeti z navedbami, povezanimi s posledicami oddaje javnega naročila izbranemu ponudniku. S temi navedbami vlagatelj ne ščiti svojega pravnega položaja v predmetnem postopku oddaje javnega naročila, čemer je namenjen zahtevek za revizijo, pač pa izraža skrb, da bo zaradi izbire izbranega ponudnika oškodovan naročnik, da bo ogrožena varnost na gradbišču, da bodo dela nekvalitetno opravljena, itd., s čimer vlagatelj varuje javni interes, za kar, glede na 6. člen ZPVPJN, ni aktivno legitimiran.

Na podlagi navedenega Državna revizijska komisija ugotavlja, da vlagatelj v okviru zahtevka za revizijo ni uspel izkazati naročnikovih kršitev v postopku oddaje javnega naročila. Državna revizijska komisija je zato, na podlagi prve alineje prvega odstavka 39. člena ZPVPJN, zahtevek za revizijo vlagatelja kot neutemeljen zavrnila.

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

Vlagatelj zahteva tudi povrnitev stroškov, nastalih v postopku pravnega varstva. Vlagatelj z zahtevkom za revizijo ni uspel, povrnitev stroškov pa je odvisna od utemeljenosti zahtevka za revizijo, zato je Državna revizijska komisija, upoštevajoč tretji odstavek 70. člena ZPVPJN, zavrnila vlagateljevo zahtevo za povrnitev stroškov pravnega varstva.

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

Povrnitev stroškov postopka pravnega varstva je v vlogi, s katero se je izjasnil o zahtevku za revizijo, zahteval tudi izbrani ponudnik. Državna revizijska komisija je zahtevo izbranega ponudnika za povračilo stroškov zavrnila, saj je ocenila, da v konkretnem primeru prispevek izbranega ponudnika k rešitvi zadeve ni bil bistven in ni pripomogel ne k hitrejši ne k enostavnejši rešitvi zadeve ter da posledično priglašeni stroški izbranega ponudnika niso bili potrebni (četrti in osmi odstavek 70. člena ZPVPJN).

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 3. točke izreka tega sklepa.

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

V Ljubljani, 20. 4. 2021

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

Vročiti:

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

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.