

Zadeva C-54/21

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

29. januar 2021

Predložitevno sodišče:

Krajowa Izba Odwoławcza (Poljska)

Datum predložitvene odločbe:

22. december 2020

Vlagateljice zahtevka za revizijo:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco“ sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

Nasprotna stranka:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Ostale udeleženske postopka:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań
Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Predmet postopka v glavni stvari

Zahtevek za revizijo v postopku oddaje javnega naročila za „pripravo projektov druge posodobitve načrtov upravljanja voda na porečjih (II aPGW), skupaj z metodologijami“, ki se nanaša na ravnanja ali opustitve naročnika, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, med zadevnim postopkom.

Predmet in pravna podlaga predložitve

Zadevni predlog za sprejetje predhodne odločbe zajema dva sklopa vprašanj: prvi je povezan s tem, da gospodarski subjekti ob sklicevanju, da gre za poslovno skrivnost, odklonijo razkritje informacij, drugi pa s tem, da javni naročnik določi necenovna merila za ocenjevanje ponudb in način njihove presoje.

Predlog za prejetje predhodne odločbe je bil vložen na podlagi člena 267 PDEU.

Vprašanja za predhodno odločanje

Vprašanje 1.: Ali je na podlagi načela enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov in načela transparentnosti iz člena 18(1) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (v nadaljevanju: Direktiva 2014/24/EU) mogoča taka razlaga člena 21(1) Direktive 2014/24/EU in člena 2(1) Direktive (EU) 2016/943 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2016 o varstvu nerazkritega strokovnega znanja in izkušenj ter poslovnih informacij (poslovnih skrivnosti) pred njihovo protipravno pridobitvijo, uporabo in razkritjem (v nadaljevanju: Direktiva 2016/943) ter zlasti v njima vsebovanih formulacij „kot celota ali v natančni konfiguraciji in sestavi njenih komponent ni splošno znana ali lahko dosegljiva“ in „ima tržno vrednost, ker je skrivnost“ in določitev, da „javni naročnik ne razkrije informacij, ki mu jih gospodarski subjekti predložijo in označijo kot zaupne“, v skladu s katero lahko gospodarski subjekt ob sklicevanju, da gre za poslovno skrivnost, odkloni razkritje kakršne koli informacije, ker je noče razkriti gospodarskim subjektom, ki z njim konkurirajo?

Vprašanje 2.: Ali je na podlagi načela enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov in načela transparentnosti iz člena 18(1) Direktive 2014/24/EU mogoča taka razlaga člena 21(1) Direktive 2014/24/EU in člena 2(1) Direktive (EU) 2016/943, v skladu s katero lahko gospodarski subjekti, ki si prizadevajo za pridobitev javnega naročila, ob sklicevanju, da gre za poslovno skrivnost, v celoti ali v delu odklonijo razkritje dokumentov, navedenih v členih 59 in 60 Direktive 2014/24/EU ter prilogi XII k Direktivi 2014/24/EU, zlasti v zvezi z opisom pridobljenih izkušenj, referencami, seznamom oseb, ki jih predlagajo za izvedbo javnega naročila, in njihovo strokovno usposobljenostjo, imeni in sposobnostmi subjektov, na katerih sposobnosti se sklicujejo, ali podizvajalcev, če so ti dokumenti zahtevani za dokaz izpolnjevanja pogojev za

sodelovanje v postopku ali za oceno na podlagi meril za ocenjevanje ponudb ali za ugotavljanje skladnosti ponudb z drugimi zahtevami, ki jih je javni naročnik navedel v dokumentaciji postopka (obvestilu o javnem naročilu, razpisni dokumentaciji)?

Vprašanje 3.: Ali je na podlagi načela enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov in načela transparentnosti iz člena 18(1) v povezavi s členi 58(1), 63(1) in 67(2)(b) Direktive 2014/24/EU dopustno, da javni naročnik sprejme izjavo gospodarskega subjekta, da razpolaga s človeškimi viri, drugimi subjekti, katerih zmogljivosti želi uporabiti, ali podizvajalci, ki jih zahteva javni naročnik ali jih je sam priglasil, kar mora v skladu s predpisi dokazati javnemu naročniku, in obenem izjavo, da bi lahko že zaradi samega razkritja gospodarskim subjektom, ki z njim konkurirajo, podatkov o teh osebah ali subjektih (priimki, nazivi, izkušnje, usposobljenost) prišlo do tega, da bi mu jih ti gospodarski subjekti „speljali“, zaradi česar je nujno, da se te podatke šteje za poslovno skrivnost? Ali je v zvezi s tem glede na tako nestalno povezavo med gospodarskim subjektom ter temi osebami in subjekti mogoče šteti, da je razpolaganje s temi zmogljivostmi dokazano, in gospodarskemu subjektu priznati dodatne točke v okviru meril za ocenjevanje ponudb?

Vprašanje 4.: Ali je na podlagi načela enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov in načela transparentnosti iz člena 18(1) Direktive 2014/24/EU mogoča taka razlaga člena 21(1) Direktive 2014/24/EU in člena 2(1) Direktive (EU) 2016/943, v skladu s katero lahko gospodarski subjekti, ki si prizadevajo za pridobitev javnega naročila, ob sklicevanju, da gre za poslovno skrivnost, odklonijo razkritje dokumentov, ki so potrebni za ugotavljanje skladnosti ponudbe z zahtevami, ki jih je javni naročnik določil v razpisni dokumentaciji (in v tem okviru v opisu predmeta javnega naročila), ali za oceno ponudbe po merilih za ocenjevanje ponudb, zlasti če se ti dokumenti nanašajo na izpolnjevanje zahtev javnega naročnika, ki so zajete v razpisni dokumentaciji, pravnih predpisih ali v drugih dokumentih, ki so dostopni javnosti ali zainteresiranim osebam, posebej če se ta ocena ne opravi na podlagi objektivno primerljivih shem ter izmerljivih in matematično ali fizikalno primerljivih kazalcev, ampak na podlagi individualne presoje javnega naročnika? Ali je posledično člen 21(1) Direktive 2014/24/EU in člen 2(1) Direktive (EU) 2016/943 mogoče razlagati tako, da se za poslovno skrivnost danega gospodarskega subjekta lahko šteje njegova v okviru ponudbe predložena izjava, da bo predmet javnega naročila izvedel v skladu z navodili javnega naročnika, zajetimi v razpisni dokumentaciji, ki jih javni naročnik preverja in ocenjuje z vidika skladnosti s temi zahtevami, in sicer tudi, če je gospodarskemu subjektu prepuščena izbira metode, s katero bo dosegel učinek (predmet javnega naročila), ki ga zahteva javni naročnik?

Vprašanje 5.: Ali je v skladu z načelom enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov in načelom transparentnosti iz člena 18(1) Direktive 2014/24/EU v povezavi s členom 67(4) Direktive 2014/24/ES, ki določa, da merila za oddajo javnega naročila javnemu naročniku ne dajejo

neomejene svobode izbire in da morajo zagotavljati možnost učinkovite konkurence ter omogočati učinkovito preverjanje informacij, ki jih predložijo ponudniki, da se tako oceni, kako ponudbe izpolnjujejo merila za oddajo javnega naročila, dopustno, da javni naročnik določi zadevno merilo za ocenjevanje ponudb, in sicer merilo, ki ga javni naročnik vrednoti po individualni presoji, čeprav je že ob določitvi tega merila jasno, da bodo gospodarski subjekti del ponudbe, ki se nanaša na to merilo, označili za poslovno skrivnost, čemur javni naročnik ne nasprotuje, tako da lahko gospodarski subjekti, ki si konkurirajo, zato, ker ne morejo preveriti ponudb konkurentov in jih primerjati z lastnimi, dobijo vtis, da je javni naročnik ponudbe preučil in ocenil povsem arbitrarno?

Vprašanje 6.: Ali je načelo enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov in načelo transparentnosti iz člena 18(1) Direktive 2014/24/EU v povezavi s členom 67(4) Direktive 2014/24/ES, ki določa, da merila za oddajo javnega naročila javnemu naročniku ne dajejo neomejene svobode izbire in da morajo zagotavljati možnost učinkovite konkurence ter omogočati učinkovito preverjanje informacij, ki jih predložijo ponudniki, da se tako oceni, kako ponudbe izpolnjujejo merila za oddajo javnega naročila, mogoče razlagati tako, da lahko javni naročnik določi takšno merilo za ocenjevanje ponudb, kakršni sta v tem postopku merili „zasnova študije“ in „opis načina izvedbe javnega naročila“?

Vprašanje 7.: Ali je treba člen 1(1) in (3) Direktive 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Direktiva o revizijskih postopkih), v skladu s katerim morajo države članice zagotoviti, da imajo gospodarski subjekti možnost učinkovite revizije odločitev, ki jih sprejmejo naročniki, in da so revizijski postopki na voljo osebam, ki imajo ali so imele interes za dodelitev določenega javnega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda, razlagati tako, da mora revizijski organ, če ugotovi, da dokumenti, katerih razkritje so gospodarski subjekti v danem postopku odklonili, niso poslovna skrivnost, zaradi česar se javnemu naročniku naloži – če taka obveznost ne izhaja neposredno iz zakonodaje – naj jih razkrije in da na razpolago konkurenčnim gospodarskim subjektom, izdati takšno odločitev, ki temu gospodarskemu subjektu omogoči ponovno vložitev zahtevka za revizijo – v obsegu, ki izhaja iz vsebine teh dokumentov, ki mu prej ni bila znana, zaradi česar ni mogel uveljavljati pravnega sredstva – v zvezi z ravnanjem, glede katerega zahtevka za revizijo zaradi izteka roka za njegovo vložitev ne bi mogel uveljavljati, na primer takšno, s katero razveljavi preučitev in oceno ponudb, na katere se nanašajo zadevni dokumenti, katerih razkritje je bilo ob sklicevanju na poslovno skrivnost odklonjeno?

Navedeni predpisi prava Unije

Direktiva 2014/24/EU: členi 18(1), 21(1), 55(2) in (3), 56(1) in (2), 58(4), 59, 60(1), 63(1), 67, 71(2).

Direktiva 2016/943: člen 2, točka 1.

Direktiva 2007/66: člen 1(1) in (3).

Navedeni nacionalni predpisi

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zakon z dne 29. januarja 2004 o javnem naročanju; Dz. U. iz leta 2004, št. 19, pozicija 177; v nadaljevanju: zakon o javnem naročanju)

Člen 7

Javni naročnik mora pri pripravi in izvedbi postopka oddaje javnega naročila zagotoviti pošteno konkurenco in enako obravnavanje gospodarskih subjektov ter spoštovanje načel sorazmernosti in transparentnosti.

Člen 8

1. Postopek oddaje javnega naročila je javen.
2. Javni naročnik lahko dostop do informacij, povezanih s postopkom oddaje javnega naročila, omeji samo v primerih, določenih z zakonom.
 - 2a. Javni naročnik lahko v razpisni dokumentaciji opredeli zahteve v zvezi z ohranitvijo zaupnosti informacij, ki se v okviru postopka posredujejo gospodarskemu subjektu.
3. Informacije, ki so poslovna skrivnost v smislu predpisov o preprečevanju nepoštenne konkurence, se ne razkrijejo, če je gospodarski subjekt najpozneje do izteka roka za oddajo ponudb ali prijav za sodelovanje v postopku izjavil, da se jih ne sme dati na razpolago, in izkazal, da te informacije pomenijo poslovno skrivnost. Gospodarski subjekt ne more odkloniti razkritja informacij iz člena 86(4) tega zakona. Določba se ustrezno uporablja za natečaje.

Člen 36b(1)

Javni naročnik od gospodarskega subjekta zahteva, naj navede dele naročila, katerih izvedbo namerava prepustiti podizvajalcem, in firme podizvajalcev.

Člen 91

1. Javni naročnik izbere ponudbo, ki je najugodnejša glede na merila za ocenjevanje ponudb, opredeljena v razpisni dokumentaciji.

2. Merila za ocenjevanje ponudb so cena ali strošek in druga merila, ki se nanašajo na predmet javnega naročila, zlasti:

- 1) kakovost, vključno s tehničnimi parametri, estetskimi in funkcionalnimi lastnostmi;
- 2) družbeni vidiki, vključno s poklicnim in družbenim vključevanjem oseb iz člena 22(2), dostopnostjo za invalidne osebe ali upoštevanjem potreb uporabnikov;
- 3) okoljski vidiki, vključno z energetske učinkovitostjo predmeta javnega naročila;
- 4) vidiki v zvezi z inovativnostjo;
- 5) organiziranost, poklicna usposobljenost in izkušnost oseb, dodeljenih za izvajanje javnega naročila, če lahko bistveno vplivajo na kakovost izvedbe javnega naročila;
- 6) poprodajne storitve in tehnična pomoč, pogoji dobave, kot so datum dobave, postopek dobave in rok za dobavo ali dokončanje del.

[...]

2d. Javni naročnik merila za ocenjevanje ponudb določi nedvoumno in razumljivo ter tako, da je mogoče preverjanje informacij, ki jih predložijo gospodarski subjekti.

[...]

Člen 96

1. Javni naročnik v okviru postopka oddaje javnega naročila sestavi zapisnik, v katerem so navedeni vsaj ti podatki: [...]

5) ime gospodarskega subjekta, katerega ponudba je bila izbrana kot najugodnejša, in razlogi za izbiro njegove ponudbe ter, če je znano, delež javnega naročila ali okvirnega sporazuma, ki ga ta gospodarski subjekt namerava oddati v podizvajanje tretjim osebam, pa tudi imena morebitnih podizvajalcev, če so v tistem trenutku znana; [...]

7) če je to upoštevno, rezultati preučitve razlogov za izključitev, presoje izpolnjevanja pogojev za sodelovanje v postopku ali izbirnih meril, vključno z:

a) imeni gospodarskih subjektov, ki niso bili izključeni, ki so dokazali, da izpolnjujejo pogoje za sodelovanje v postopku ali izbirna merila, ter razlogi za izbiro teh gospodarskih subjektov,

b) imeni gospodarskih subjektov, ki se izključijo, ki niso dokazali, da izpolnjujejo pogoje za sodelovanje v postopku ali izbirna merila, ter razlogi, iz katerih niso bili povabljeni k sodelovanju v postopku;

8) razlogi za zavrnitev ponudb; [...].

2. K temu zapisniku se priložijo ponudbe, izvedenska mnenja, izjave, informacije s sestanka iz člena 38(3), obvestila, vloge, drugi dokumenti in informacije, ki jih predložijo naročnik in gospodarski subjekti ter pogodba o oddaji javnega naročila.

3. Zapisnik s prilogami je javen. Priloge k zapisniku so na voljo po izbiri najugodnejše ponudbe ali razveljavitvi postopka, pri čemer so ponudbe na voljo že od njihovega odprtja, predhodne ponudbe od datuma povabila k predložitvi ponudb, prijave za sodelovanje v postopku pa od datuma obvestila o rezultatih presoje izpolnjevanja pogojev sodelovanje v postopku.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zakon z dne 16. aprila 1993 o preprečevanju nepoštena konkurence; Dz. U. iz leta 2020, pozicija 1913; v nadaljevanju: zakon o preprečevanju nepoštena konkurence)

Člen 11(2)

Za poslovno skrivnost se štejejo tehnične, tehnološke, organizacijske informacije podjetja ali druge informacije z gospodarsko vrednostjo, ki kot celota ali v natančni konfiguraciji in sestavi njihovih komponent niso splošno znane ali lahko dosegljive osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij, če je subjekt, pooblaščen za njihovo uporabo ali razpolaganje z njimi, s potrebno skrbnostjo ukrepal, da jih ohrani kot zaupne.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (uredba ministra za razvoj z dne 26. julija 2016 o vrstah dokumentov, ki jih javni naročnik lahko zahteva od gospodarskega subjekta v okviru postopka oddaje javnega naročila; Dz. U. iz leta 2020, pozicija 1282)

Člen 2(4)

Za potrditev, da gospodarski subjekt izpolnjuje pogoje za sodelovanje v postopku ali izbirna merila glede tehnične ali strokovne usposobljenosti, lahko javni naročnik zahteva te dokumente:

1) [...]

2) seznam dobav ali storitev, opravljenih – v primeru periodičnih ali stalnih storitev pa tudi teh, ki se še vedno opravljajo – v treh letih pred iztekom roka za predložitev ponudb ali prijav za sodelovanje v postopku oziroma v obdobju dejavnosti, če je to krajše od treh let, skupaj z navedbo njihovih vrednosti,

predmetov, datumov izvedbe in subjektov, za katere so bile dobave ali storitve opravljene, in priložitvijo dokazil, iz katerih je razvidno, da so bile te dobave ali storitve opravljene oziroma se opravljajo ustrezno, pri čemer so ti dokazi lahko reference ali drugi dokumenti, ki jih izda subjekt, za katerega so bile dobave ali storitve opravljene oziroma – v primeru periodičnih ali stalnih storitev – se opravljajo, če pa gospodarski subjekt teh dokumentov iz utemeljenih objektivnih razlogov ne more pridobiti, izjava gospodarskega subjekta; v primeru periodičnih ali stalnih storitev, ki se še vedno opravljajo, morajo biti reference ali drugi dokumenti, ki potrjujejo ustrezno opravljanje teh storitev, izdani najpozneje tri mesece pred iztekom roka za oddajo ponudb ali prijav za sodelovanje v postopku;

3) opis orodij, obrata ali tehnične opreme, ki so gospodarskemu subjektu na voljo za izvedbo javnega naročila, skupaj z navedbo podlage za razpolaganje s temi sredstvi;

4) opis tehničnih sredstev in organizacijsko-tehničnih ukrepov, ki jih gospodarski subjekt uporablja za zagotovitev kakovosti, ter opis sredstev za študije in raziskave, ki jih ima ali s katerimi bo razpolagal gospodarski subjekt;

5) navedba sistemov upravljanja dobavne verige in sistemov za sledenje, ki jih bo gospodarski subjekt lahko uporabljal za izvajanje naročila; [...]

10) seznam oseb, ki jih gospodarski subjekt zadolži za izvedbo javnega naročila, zlasti teh, ki so odgovorne za opravljanje storitev, nadzor kakovosti ali vodenje gradbenih del, skupaj z informacijami o njihovi strokovni usposobljenosti, licencah, izkušnjah in izobrazbi, potrebnih za izvedbo javnega naročila, ter obsegom dejavnosti, ki jih opravljajo, ter podatkom o podlagi za razpolaganje z delom teh oseb.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Spor v tej zadevi se nanaša na odprt postopek oddaje javnega naročila, ki ga je Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (poljska direkcija za vode) razpisala za „pripravo projektov druge posodobitve načrtov upravljanja voda na porečjih (II aPGW), skupaj z metodologijami“. Razpis je bil v Uradnem listu Evropske unije objavljen pod številko 2019/S 245-603343.
- 2 Načrti upravljanja voda na porečjih so temeljni dokumenti načrtovanja, katerih izdelava in posodabljanje se zahtevata z določbami Okvirne direktive o vodah (Direktiva 2000/60/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2000 o določitvi okvira za ukrepe Skupnosti na področju vodne politike; UL, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 15, zvezek 5, str. 275) in ustava z dne 20. julija 2017 r. Prawo wodne (zakon z dne 20. julija 2017 o vodah; Dz. U. iz leta 2018, pozicija 2268, kakor je bil spremenjen). Ti dokumenti pomenijo podlago za sprejemanje odločitev o oblikovanju stanja vodnih virov in načel prihodnjega upravljanja z njimi. Namenjeni so usklajevanju dejavnosti v zvezi s stanjem vod in ekosistemov, vodnimi viri, rabo vode, vnašanjem v vode ali tla snovi, ki lahko

negativno vplivajo na vode, varstvom pred poplavami in preprečevanjem posledic suše. Naročilo se je nanašalo na ciklično posodobitev teh načrtov in naj bi bilo izvedeno v štirih fazah: I. faza: priprava projektov II aPGW, skupaj z metodologijami; II. faza: javna posvetovanja o projektih II aPGW in izvedba strateške presoje vplivov na okolje; III. faza: priprava osnutkov uredb o II aPGW; IV. faza: priprava poročila Evropski komisiji in ustvaritev podatkovnih baz iz II aPGW.

- 3 V razpisni dokumentaciji je javni naročnik določil minimalne izkušnje, ki jih mora imeti gospodarski subjekt, ki si prizadeva za pridobitev naročila, in opredelil delovno skupino, ki je potrebna za izvedbo naročila, in minimalne izkušnje, izobrazbo in usposobljenost, ki jih morajo imeti člani te skupine. Naročnik je prav tako opozoril, da mora gospodarski subjekt, ki namerava uporabiti sredstva drugih subjektov, dokazati, da bo imel pri izvajanju naročila na razpolago potrebna sredstva teh subjektov, in sicer s predložitvijo zagotovil teh subjektov, da mu bodo zagotovili osebe, ki jih potrebuje za izvedbo naročila. Gospodarski subjekti so morali predložiti potrdila, ki se običajno zahtevajo v postopkih javnega naročanja: enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila, sezname izvedenih naročil z referencami, oseb, dodeljenih za izvedbo naročila, in subjektov, ki bodo gospodarskemu subjektu zagotavljali sredstva. V skladu z zahtevo iz člena 36b(1) zakona o javnem naročanju je naročnik zahteval, naj gospodarski subjekti navedejo, ali bodo naročilo izvedli ob sodelovanju podizvajalcev ter če da, navedejo firme (imena) podizvajalcev in dele naročila, katerih izvajanje jim bo prepuščeno. V obrazcu za predložitev ponudbe je bilo treba navesti dokumente, ki jih je mogoče pridobiti iz brezplačnih in splošno dostopnih podatkovnih baz (ime dokumenta in naslov spletnega mesta).
- 4 V postopku so ponudbe predložili: 1. gospodarski subjekti, ki si skupaj prizadevajo za pridobitev naročila: družba ANTEA POLSKA Spółka akcyjna s sedežem v Katowicach, družba „Pectore-Eco” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Gliwicach in Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy (institut za varstvo okolja – državni raziskovalni institut) s sedežem v Varšavi (v nadaljevanju: vlagateljica zahtevka za revizijo); 2. družba ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi (v nadaljevanju: Arup); 3. družba CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi (v nadaljevanju: CDM); 4. gospodarski subjekti, ki si skupaj prizadevajo za pridobitev naročila: družba Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi, družba ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s sedežem v Varšavi, družba HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych s sedežem v Varšavi (v nadaljevanju za vse skupaj: Multiconsult).
- 5 Ponudbe so bile ocenjene v skladu z merili za oddajo javnih naročil (dve merili kakovosti – „zasnova študije“, ponder: 42, in „opis načina izvedbe javnega naročila“, ponder: 18 – ter merilo cene, ponder: 40).

- 6 V skladu z merilom „zasnova študije“ bi morali biti v ponudbi opisani pristopi k izvedbi javnega naročila:
1. metodološki pristop k oblikovanju sklopa ukrepov (in sicer – za vsak posamezen ukrep – načini: ocenjevanja učinkovitosti in realističnosti, kar zadeva doseganje okoljskih ciljev posameznih vodnih teles; izvedbe analize stroškovne učinkovitosti; ugotavljanja, kako njihovo izvajanje vpliva na spodnja/zgornja vodna telesa; določitve stroškov izvajanja in virov financiranja ob upoštevanju nacionalnih in evropskih sredstev; izvedbe podnebne preizkusa programov; ugotavljanja socialno-gospodarskih posledic izvedbe ukrepov; določitve prednostnega reda ukrepov; ugotavljanja potencialnih sinergij z drugimi obstoječimi dokumenti načrtovanja; presoje, ali bo predlagani sklop ukrepov za dano vodno telo omogočil doseganje okoljskih ciljev, ob upoštevanju izvajanja ukrepov, načrtovanih za sosednja vodna telesa);
 2. metodološki pristop k določitvi ukrepov na področju ohranjanja morfološke kontinuitete v okviru načrtovanih okoljskih ciljev za vodna telesa površinskih voda, vključno z načinom izvedbe analize/ocene delovanja obstoječih naprav za selitev rib (vključno z metodološkim pristopom k ugotavljanju, katere gradnje pomenijo oviro za selitev, določanju, ali so te gradnje opremljene z napravami, ki omogočajo selitev rib, ocenjevanju delovanja obstoječih naprav v kontekstu doseganja okoljskih ciljev, ugotavljanju potrebnih ukrepov na tem področju);
 3. zasnova načina ugotavljanja odstopanj od doseganja okoljskih ciljev, skupaj z utemeljitvijo;
 4. pristop k takšni vizualizaciji vodnih teles površinskih in podzemnih voda na zemljevidu, da bo mogoče ugotavljanje točkovne rabe vod, in sicer vsaj glede na kraj iz točke 28(r) IV. faze opisa predmeta naročila.
- 7 V skladu z merilom „opis načina izvedbe javnega naročila“ pa je morala ponudba vsebovati:
1. opis potencialnih tveganj za pravilno izvajanje posameznih nalog v vsaki fazi javnega naročila, metod za njihovo preprečevanje in odvratanje v obliki registra tveganj z oceno potencialne verjetnosti njihovega nastanka in stopnje nevarnosti;
 2. organizacijsko strukturo delovne skupine: vloge, obseg odgovornosti glede na navedeno strokovno usposobljenost; pretok informacij;
 3. predloge dodanih vrednosti, ki niso zajete v podrobnem opisu predmeta javnega naročila, a vplivajo na kakovost in izvedbo predmeta naročila.
- 8 Podmerila v okviru meril so bila ocenjevana v skladu s tabelami z opisnimi ocenami, ki jim je bilo pripisano določeno število točk. V opisnih ocenah je bilo navedeno, ali so bile izpolnjene zahteve iz razpisne dokumentacije, ali so bile storjene vsebinske napake, ali so bili opisani vsi elementi podmerila, koliko od

njih je bilo opisanih jasno in celovito, koliko rešitev, predlaganih za določeno podmerilo, je optimalnih in zagotavljajo visoko raven kakovosti in zanesljivosti rezultatov del ter koliko je v opisu dodanih vrednosti, ki jih ni v podrobnem opisu predmeta javnega naročila, a vplivajo na njegovo kakovost in izvedbo.

9 Ponudbe so prejele te točkovne ocene:

1. Družba CDM – cena (21.517.620 zł): 33,61 točk, zasnova študije: 29 točk, opis načina izvedbe javnega naročila: 12 točk, skupaj: 74,61 točk (najugodnejša ponudba);

2. Vlagateljica zahtevka za revizijo – cena (18.081.000 zł): 40 točk, zasnova študije: 7 točk, opis načina izvedbe javnega naročila: 15 točk, skupaj: 62 točk;

3. Multiconsult – cena (20.662.770 zł): 35 točk, zasnova študije: 14 točk, opis načina izvedbe javnega naročila: 9 točk, skupaj: 58 točk,

4. Družba Arup – cena (18.240.900 zł): 39,65 točk, zasnova študije: 9 točk, opis načina izvedbe javnega naročila: 6 točk, skupaj: 54,65 točk.

10 Vlagateljica zahtevka za revizijo je tega vložila pri Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (predsednik nacionalnega revizijskega senata, Poljska); z njim je predlagala razveljavitev izbire ponudbe družbe CDM, ponovno preučitev in oceno ponudb ter umik statusa zaupnosti in omogočitev vpogleda v dokumente in informacije, katerih razkritje so ob sklicevanju, da gre za poslovno skrivnost, ponudniki CDM, Multiconsult in Arup odklonili v okviru meril „zasnova študije“ in „opis načina izvedbe javnega naročila“, in dokumente in informacije, katerih razkritje je odklonila družba CDM (seznam storitev, seznam oseb, reference, točki 5 in 13 obrazca za predložitev ponudbe), spremembo točkovanja v prid vlagateljice zahtevka za revizijo in v škodo družbe CDM, objavo dejanske obrazložitve za število točk, priznanih ponudnikom CDM, Multiconsult in Arup, ter izbiro ponudbe vlagateljice zahtevka za revizijo kot najugodnejše ponudbe.

11 V revizijskem postopku so na strani javnega naročnika intervenirali ponudniki Arup, CDM in Multiconsult.

12 Vlagateljica zahtevka za revizijo uveljavlja te očitke:

– zavrnitev odprave tajnosti informacij, ki so bile predložene kot zaupne in na podlagi katerih so bile priznane točke v okviru meril kakovosti, in drugih informacij, ki jih družba CDM ob predložitvi ni veljavno označila kot poslovno skrivnost, s čimer je bil kršen člen 7(1) in (3) v povezavi s členom 8(1), (2) in (3) zakona o javnem naročanju v povezavi s členom 11(2) zakona o preprečevanju nepoštenne konkurence;

– neustrezna obrazložitev ocene meril kakovosti, s čimer je bil kršen člen 92(1) v povezavi s členom 7(1) zakona o javnem naročanju;

- to, da ponudbi, ki sta ju oddali vlagateljica zahtevka za revizijo in družba CDM, nista bili ocenjeni v skladu z merili za ocenjevanje ponudb, in to, da je bila kot najugodnejša izbrana ponudba družba CDM, čeprav bi morala biti v skladu z merili za ocenjevanje ponudb kot najugodnejša izbrana ponudba, ki jo je oddala vlagateljica zahtevka za revizijo, s čimer je bil kršen člen 92(1) v povezavi s členom 7(1) zakona o javnem naročanju.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

- 13 Vlagateljica zahtevka za revizijo je v njegovi utemeljitvi v zvezi z očitkom o nerazkritju informacij, katerih razkritje so ponudniki CDM, Multiconsult in Arup ob njihovi predložitvi neveljavno odklonili kot poslovno skrivnost, navedla, da je načelo javnosti informacij javnega značaja eno temeljnih načel pravnega sistema Republike Poljske, ki izhaja iz členov 54 in 61 Ustave Republike Poljske in določb ustava z dne 6. wrzešnia 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (zakon z dne 6. septembra 2001 o dostopu do informacij javnega značaja; Dz. U. št. 112, pozicija 1198). Možnosti izključitve javnosti v postopku oddaje javnega naročila se ne sme zlorabiti ali razumeti preširoko; načelo javnosti v postopku je namreč temeljno načelo, tako da izjem od tega načela ni mogoče razlagati tako, da bi se zaradi te razlage omejilo samo načelo. Te možnosti se ne sme uporabljati v konkurenčnem boju med gospodarskimi subjekti, temveč le v mejah opredelitve iz člena 11(2) zakona o preprečevanju nepoštene konkurence. V skladu s členom 96(3) zakona o javnem naročanju je zapisnik s prilogami javen, vpogled vanj pa bi moral biti omogočen vsem zainteresiranim osebam, ne glede na to, ali imajo za to pravni ali dejanski interes. Gospodarski subjekti, ki si prizadevajo za pridobitev javnega naročila, morajo upoštevati, da bodo njihove ponudbe praviloma javne, in se zavedati posledic, ki izhajajo iz udeležbe v postopkih, opredeljenih s predpisi o javnem naročanju.
- 14 Gospodarski subjekti CDM, Multiconsult in Arup so sklicevanje na poslovno skrivnost utemeljili lakonično in se pri tem v bistvu omejili na navedke sodne prakse. Iz določbe člena 8(3) zakona o javnem naročanju nedvoumno izhaja, da se je na poslovno skrivnost mogoče sklicevati le v zvezi s podatki, ki so tajni, ne pa glede celotnega dokumenta, v katerem so lahko tudi taki podatki. Gospodarski subjekti CDM, Multiconsult in Arup pa so ob sklicevanju na poslovno skrivnost odklonili razkritje celotnih sklopov dokumentov, ne da bi ustrezno dokazali zakonitost takšnega ravnanja. Javni naročnik bi moral podrobno preveriti, ali in v kakšnem obsegu je bilo sklicevanje na poslovno skrivnost veljavno, zlasti, ker ti dokumenti neposredno vplivajo na ocenjevanje ponudb, saj se nanašajo na merili, ki skupaj pomenita kar 60 % ocene ponudb. Javni naročnik pa je nekritično sprejel pojasnila gospodarskih subjektov, kar vlagateljici zahtevka za revizijo otežuje oblikovanje stališča o upravičenosti števila točk, ki je bilo dodeljeno tem gospodarskim subjektom. Tako ravnanje je v očitnem nasprotju z načelom javnosti postopka javnega naročanja.

- 15 Vlagateljica zahtevka za revizijo je glede posameznih dokumentov in informacij, katerih razkritje so njeni konkurenti odklonili, navedla, da je zadevni konkurent tovrstne informacije razkril v preteklih postopkih, v katerih je sodeloval, da je odklonil razkritje dokumentov, ki so objavljeni na spletu, da so bila javna naročila, navedena na seznamu, katerega razkritje je odklonil, storitve, izvedene za naročnike, ki morajo uporabljati zakon o javnem naročanju, tako da gre pri tem za informacije javnega značaja, da zadevni gospodarski subjekt ni sprejel ustreznih ukrepov za ohranitev zaupnosti, čeprav je tako navedel v izjavi, predloženi javnemu naročniku.
- 16 V zvezi z očitkom nepopolne obrazložitve števila točk, priznanih gospodarskim subjektom CDM, Multiconsult in Arup, je vlagateljica zahtevka za revizijo navedla, da se zaradi neobstoja dejanske obrazložitve odločitve o številu točk, dodeljenih gospodarskim subjektom, ni mogla podrobno opredeliti glede ocene, ki jo je opravil javni naročnik. Zaradi lakoničnosti obrazložitve odločitve, ki jo je sporočil gospodarskim subjektom, sta otežena nadzor na pravilnostjo ravnanj javnega naročnika in uporaba pravnih sredstev.
- 17 Javni naročnik je poudaril, da bi morala imeti pravica gospodarskega subjekta, da del ponudbe označi za poslovno skrivnost, enako težo kot načelo javnosti postopka. Subjekt, ki odkloni razkritje informacij, bi si moral prizadevati verodostojno pojasniti, zakaj bi morale biti informacije, katerih razkritje je odklonil, varovane kot poslovne skrivnosti, trditve v zvezi s tem bi morale biti podprte, argumentacija pa bi morala biti prepričljiva, skladna in logična ter upoštevati značilnosti postopka in nerazkritih informacij. To so storili vsi gospodarski subjekti.
- 18 Eden od gospodarskih subjektov, ki se je udeležil postopka, je trdil, da je bila Direktiva 2016/943 sprejeta zaradi zagotovitve varstva informacij, ki so valuta gospodarstva, ki temelji na znanju, in omogočajo konkurenčno prednost. Te informacije so za podjetja enako pomembne kot patenti in druge vrste intelektualne lastnine. Iz uvodne izjave 18 te direktive je razvidno, da morajo javni organi zaupnost poslovnih skrivnosti, ki so jim posredovane, varovati tudi v postopkih oddaje javnih naročil. Obveznost varovanja zaupnosti nekaterih informacij, ki jih gospodarski subjekt označi za poslovno skrivnost, izhaja iz člena 21(1) Direktive 2014/24/EU. Izjema od splošnega načela javnosti postopka oddaje javnega naročila (člen 8(1) zakona o javnem naročanju) je načelo varstva informacij, ki pomenijo poslovno skrivnost v smislu določb zakona o preprečevanju nepoštene konkurence (člen 8(3) zakona o javnem naročanju). Opredelitev poslovne skrivnosti je določena v členu 11(2) zakona o preprečevanju nepoštene konkurence. Načelo javnosti postopka javnega naročanja ni absolutno. Javni naročnik presodi, kaj je in kaj ni pravno varovana informacija, in glede na to odločitev sprejme nadaljnje varstvene ukrepe. Zaradi dejanj javnega naročnika gospodarski subjekti ne bi smeli biti izpostavljeni tveganju, da jim bo zaradi odprave tajnosti njihovih informacij nastala škoda.

- 19 Glede zahteve, da mora imeti informacija za to, da se jo lahko šteje za poslovno skrivnost, ekonomsko vrednost, je v členu 39 TRIPS (Sporazum o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine z dne 15. aprila 1994, ki je priloga k Sporazumu o ustanovitvi Svetovne trgovinske organizacije) določeno, da so informacije s trgovinsko vrednostjo predmet varstva zato, ker so zaupne. To pomeni, da mora imeti dana informacija za gospodarski subjekt neko ekonomsko vrednost ravno zato, ker bo ostala zaupna.
- 20 Javni naročnika in gospodarski subjekti, ki so se udeležili postopka, glede odklonitve razkritja dokumentov, ki so predmet ocene v okviru meril kakovosti, trdijo, da gre za avtorske študije in svojevrstno intelektualno lastnino posameznih gospodarskih subjektov, njihovo strokovno znanje in izkušnje. Pomenijo delo v smislu ustava z dne 4. lutega 1994 r. o prawié autorskim i prawach pokrewnych (zakon z dne 4. februarja 1994 o avtorski in sorodnih pravicah; Dz. U. iz leta 1994, št. 24, pozicija 83), glede katerega ima avtor – gospodarski subjekt izključno pravico do uporabe in razpolaganja na vseh področjih izkoriščanja, vključno s pravico do nadzora nad načinom uporabe dela in pravico do odločanju o prvi objavi dela. Razkritje zadevnih dokumentov bi lahko resno škodovalo interesom gospodarskih subjektov, saj imajo ekonomsko vrednost, gospodarski subjekti pa so sprejeli potrebne ukrepe, da se jih ne razkrije javnosti, kot so, med drugimi, ustrezni notranji postopki, klavzule o zaupnosti, pravilniki o delu, nadzor nad dostopom do zgradb, zaščita elektronskih (z uporabniškim imenom in geslom) in fizičnih (z zaprtjem v omare) dokumentov.
- 21 Javni naročnik je pojasnil, da je vsaka zasnova, ki jo predstavijo gospodarski subjekti, pripravljena za potrebe določenega postopka in vključuje unikatne rešitve. Vendar zamisli, ki jih vsebujejo, niso inovativne, ker naročnik ne pričakuje inovacij, temveč izpolnitev zahtev specifikacij javnega naročila, tako da bi rešitve pripomogle k doseganju kar najboljših rezultatov in bile pravilne. Razkritje zasnove lahko škoduje interesom njenega avtorja, ker bi drug gospodarski subjekt lahko predlagal krajši rok za izvedbo ali nižjo ceno, ker je zasnovo mogoče izkoristiti, saj se jo lahko uporabi večkrat, ker je zadevno javno naročilo povezano z drugimi javnimi naročili in se lahko strokovnjaki ali podjetja pojavljajo v različnih javnih naročilih, ker lahko na podlagi zasnove konkurent presodi, kdo bo sodeloval pri izvedbi, in dano osebo privabi v svoje podjetje.
- 22 Glede odklonitve razkritja seznama opravljenih storitev in referenc: informacije, razvidne s seznama storitev, pomenijo znanje, na podlagi katerega bi se konkurenca lahko seznanila z mnogimi vidiki dejavnosti gospodarskega subjekta (preučitev profila dejavnosti v danem obdobju, vrste izvedenih naročil, prejemniki storitev). Iz seznama storitev so razvidni tudi prihodki, ustvarjeni z opravljanjem storitev, kar prav tako pomeni poslovno skrivnost.
- 23 Glede odklonitve razkritja seznama oseb: v njem so podatki, na podlagi katerih je mogoča identifikacija oseb, zaradi česar gospodarski subjekt lahko utрпи škodo, če bi jih konkurenca skušala pridobiti kot sodelavce. Podobno so v podatkih iz obrazca za predložitev ponudbe lahko podrobni podatki o tretjih subjektih, ki

zagotavljajo sredstva, ki imajo trgovinsko vrednost. Poglavitni del dejavnosti gospodarskih subjektov je zagotavljanje svetovalnih storitev in ti gospodarski subjekti nimajo drugega premoženja kot le pravice intelektualne lastnine, ki jo ustvarijo njihovi delavci. Posebnost zadevnih storitev zahteva visoko usposobljeno osebje in varstvo informacij o osebah, ki bodo izvajale javna naročila. Podatki o človeških virih imajo za gospodarske subjekte ekonomsko vrednost in se nanašajo na pravila delovanja podjetja gospodarskega subjekta, njegovo notranjo strukturo in organizacijo poslovanja.

- 24 Iz stališča, ki ga je javni naročnik predstavil na obravnavi, je poleg tega izhajalo, da je v postopkih običajno, da se tovrstne študije označi za tajne. Gospodarski subjekti za odklonitev razkritja informacij kot poslovnih skrivnosti uporabljajo šablonske utemeljitve. Dokumenti, ki jih zahteva javni naročnik, so med seboj povezani in jih ni mogoče ločiti.
- 25 V zvezi z očitkom pomanjkljive obrazložitve števila priznanih točk javni naročnik trdi, da je vsako vprašanje, podmerilo in merilo ocenil v skladu s postopkom in pravili, opisanimi v razpisni dokumentaciji. Vsaka od ponudb je bila natančno preanalizirana, oceni pa je priložena podrobna obrazložitev, ki je bila gospodarskim subjektom poslana 12. marca 2020. Raven podrobnosti obrazložitve točkovanja, predstavljena vsem gospodarskim subjektom, omogoča enostavno preveritev ustreznosti števila priznanih točk in ugotovitev, v koliko primerih je bilo ocenjeno, da je določeno vprašanje obravnavano jasno in celovito, ter koliko zatrjevanih dodanih vrednosti je javni naročnik priznal kot take. Za to preveritev se je bilo treba natančno seznaniti s pravili ocenjevanja ponudb in jih razumeti, vlagateljica zahtevka za revizijo pa tega ni storila, kar je razvidno iz njenih očitkov in napačne razlage posameznih odlomkov obrazložitve ocene ponudb. Iz argumentacije vlagateljice zahtevka za revizijo izhaja, da ne razume načina ocene posameznih meril in podmeril in da na tej podlagi v zahtevku za revizijo oblikuje napačne teze in sklepe, ki naj bi utemeljevali, da je javni naročnik ravnal nepravilno ali pristransko. Točkovanje podmeril je bilo odvisno od števila vprašanj, pri katerih so bile izpolnjene posebne zahteve: optimalnost rešitev in jamstvo visoke ravni kakovosti in zanesljivosti rezultatov del ter število elementov, ki presegajo opis predmeta javnega naročila in za katere je bilo ugotovljeno, da pozitivno vplivajo na kakovost izvedbe javnega naročila. Javni naročnik je poleg tega pod tabelo, v kateri so opredeljena pravila za priznanje točk, pojasnil, da s formulacijo „optimalne rešitve, ki zagotavljajo visoko raven kakovosti in zanesljivosti rezultatov“, razume to, da „gospodarski subjekt uporabi ustrezno stopnjo podrobnosti analiz in/ali ustrezna orodja in/ali izvede učinkovito in strokovno preveritev izvornih podatkov in/ali sprejme učinkovite ukrepe za zagotovitev popolnosti podatkov in analiz“. Zgoraj navedena pravila je razpisna komisija dosledno uporabila pri ocenjevanju vsake ponudbe in med postopkom javnega razpisa niso vzbujala dvomov vlagateljice zahtevka za revizijo ali drugih udeleženih gospodarskih subjektov. O načinu ocenjevanja ponudb, ki ga je privzel naročnik, niso bili izraženi nobeni dvomi, saj v zvezi z razpisno dokumentacijo ni bilo postavljeno nobeno vprašanje in ni bil predložen noben predlog za njeno spremembo. Javni naročnik zato meni, da je bila oblikovana pravilno.

Kratka predstavitev obrazložitve predloga

- 26 Prvi sklop vprašanj, ki jih zajema predlog za sprejetje predhodne odločbe, se nanaša na položaj, v katerem gospodarski subjekti ob sklicevanju, da gre za poslovno skrivnost, odklonijo razkritje informacij.
- 27 V skladu s sodbo Sodišča z dne 29. marca 2012 v zadevi SAG ELV Slovensko a.s. in drugi (C-599/10) mora javni naročnik različne kandidate obravnavati enako in lojalno, tako da gospodarski subjekti na koncu postopka izbire ponudb glede na njegov izid ne bi dobili vtisa, da nekatere kandidate neupravičeno obravnava bolje ali slabše. Doseganje takega učinka je neposredno povezano s transparentnostjo postopkov oddaje naročil, ki pa je odvisna od njihove javnosti za udeležence. Javnost postopka je mogoče omejiti, vendar v nacionalnem pravu take omejitve v zvezi z načeli iz člena 7(1) zakona o javnem naročanju, torej načeli poštene konkurence, enakega obravnavanja in transparentnosti postopka, niso določene. Podobno posledica uporabe določb člena 21(1) Direktive 2014/24/EU in člena 2(1) Direktive 2016/943 ne bi smela biti nespoštovanje načel iz člena 18(1) Direktive 2014/24/EU.
- 28 V poljskem pravnem redu imajo gospodarski subjekti načeloma poln dostop do dokumentacije postopka oddaje javnega naročila (člen 96 zakona o javnem naročanju). Posledica preprečitve ali omejitve takega dostopa je spodkopavanje zaupanja gospodarskih subjektov v odločitve javnih naročnikov in s tem v celotni sistema javnega naročanja, ki izvira iz nejavnosti in nezmožnosti preveritve ravnanj naročnika in konkurentov. Izvajalcem pa je zaradi preprečitve ali omejitve dostopa otežena ali celo onemogočena učinkovita uporaba pravnih sredstev.
- 29 To, da gospodarski subjekti spremljajo potek postopkov, se seznanjajo s ponudbami konkurentov ter preverjajo te ponudbe in informacije, ki so predložene javnim naročnikom, je običajna praksa pri javnih naročilih na Poljskem in se kaže tudi v zahtevkih za revizijo, vloženih pri Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat), v katerih prevladujejo očitki o nezavrnitvi nepravilnih ponudb in neizključitvi izvajalcev, ki niso izpolnili pogojev za sodelovanje v postopku ali so naročniku predložili napačne podatke. Gospodarski subjekti imajo o predmetu naročila in razmerah v danem sektorju pogosto veliko več strokovnega znanja kot naročniki ter brez oklevanja uporabljajo dostop do informacij javnega značaja za preverjanje podatkov, ki jih predložijo konkurenti, s čimer pogosto dosežejo spremembo izida postopka.
- 30 Vse bolj pogosta je praksa, namenjena preprečevanju zgoraj opisanega ravnanja, ki temelji na odklonitvi razkritja dokumentov, predloženih v postopku, ali delov teh dokumentov, ob sklicevanju na to, da vsebujejo poslovno skrivnost. To je podano pri dokumentih, ki jih zahtevajo naročniki in ki se nanašajo na razloge za izključitev gospodarskih subjektov iz postopka, izpolnjevanje pogojev za sodelovanje v postopku, skladnost ponudbe z zahtevami iz razpisne dokumentacije in merila za ocenjevanje ponudb. Splošno dojemanje je, da se z odklonitvijo razkritja tovrstnih dokumentov želi skriti vsebino teh dokumentov

pred konkurenti, da ti ne bi mogli zapaziti razlogov za izključitev gospodarskega subjekta iz postopka ali zavrnitev ponudbe, ki jih naročnik ne bi opazil, oziroma da ne bi izpodbijali ocene ponudbe, ki jo ta opravi v skladu z merili ocenjevanja.

- 31 V skladu z odločbo Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče) iz leta 2005 posledica odklonitve razkritja informacij ob sklicevanju, da gre za poslovno skrivnost, čeprav te informacij niso take narave, ni zavrnitev ponudbe kot nezakonite, temveč le obveznost javnega naročnika, da odklonitve razkritja preveri in te informacije objavi. Gospodarski subjekti so zato postopoma pričeli odklanjati razkritje vse večjega obsega informacij, saj zaradi tega nimajo nobenih negativnih posledic. Gospodarski subjekti se za odklonitev razkritja informacij odločajo funkcionalno, to je, razkritje istih informacij odklonijo ali dovolijo glede na to, ali jim to koristi. Izvajalci pogosto odklonijo razkritje celotnih dokumentov, ko pa so med obravnavo zaproseni, naj navedejo, kateri konkretni odlomki vsebujejo skrivnost in zakaj gre za skrivnost, pa ne znajo odgovoriti ali navedejo samo posamezne podatke ali kratke odlomke.
- 32 Javni naročniki se po eni strani bojijo objaviti dokumente, katerih razkritje so gospodarski subjekti odklonili, tudi če menijo, da pri njih ne gre za poslovno skrivnost, saj jih je strah morebitnih težav in odškodninskih zahtevkov. Po drugi strani pa je to zanje lažje, saj zaradi tega drugi gospodarski subjekti nimajo vpogleda v te dokumente, tako da ne morejo učinkovito izpodbijati odločitev javnega naročnika, njihova možnost za učinkovito uveljavljanje zahtevka za revizijo zoper odločitev javnega naročnika pa je omejena.
- 33 Opisani problem se je skušalo reševati s spremembo člena 8(3) zakona o javnem naročanju, opravljeno leta 2014, s katero je bila uvedena obveznost gospodarskih subjektov, da dokažejo, da gre pri informacijah, katerih razkritje so odklonili, za poslovno skrivnost.
- 34 V zadnjih letih so se pojavili predpisi – tako v Direktivi 2014/24/EU kot v Direktivi 2016/943 – zaradi katerih utegne pri javnih naročnikih in revizijskih organih rasti negotovost glede tega, kakšna je dejansko možnost gospodarskih subjektov, da v postopku oddaje javnega naročila odklonijo razkritje informacij. Ti dvomi so povezani predvsem z izrazi, uporabljenimi v teh direktivah.
- 35 V členu 21(1) Direktive 2014/24/EU je namreč navedeno, da javni naročnik ne razkrije informacij, ki mu jih gospodarski subjekti predložijo in označijo kot zaupne, vključno, vendar ne omejeno na, tehnične ali poslovne skrivnosti in zaupne vidike ponudb. V členu 2(1) Direktive 2016/943 pa je poslovna skrivnost opredeljena kot informacija, ki „kot celota ali v natančni konfiguraciji in sestavi njenih komponent ni splošno znana ali lahko dosegljiva“ in „ima tržno vrednost, ker je skrivnost“. V teh določbah je torej poudarjeno dejstvo, da je podjetnik neke informacije označil za skrivnost, in ne sama narava teh informacij. V določbah Direktive prav tako nista poudarjeni obveznost gospodarskega subjekta, da dokaže, da dana informacija ali dokument pomeni poslovno skrivnost, in obveznost javnega naročnika, da preveri, ali je odklonitev razkritja utemeljena.

- 36 Gospodarski subjekti skušajo izkoristiti zelo splošno formulacijo določb direktiv in jo razlagati – zlasti člen 2(1) Direktive 2016/943 – tako, da je mogoče odkloniti razkritje kakršne koli in vsake informacije ali dokumenta, ki jih v postopkih ne želijo razkriti drugim gospodarskim subjektom. To je lahko vsak dokument, pripravljen posebej za postopek javnega razpisa, vsak pomemben element ponudbe. Za gospodarske subjekte imajo te informacije tržno vrednost ravno zato, ker so tajne; če ne bi bile tajne, bi lahko konkurenti v ponudbah našli napake. Vendar se zdi, da to ni namen možnosti zaščite informacij, ki je gospodarskim subjektom priznana v členu 21(1) Direktive 2014/24/EU in z Direktivo 2016/943. To prav tako ni v skladu s splošnim dojemanjem poslovanja v pogojih poštene konkurence.
- 37 V obravnavanem postopku se graja odklonitev razkritja dveh vrst dokumentov: teh, v katerih je opisan subjektivni položaj uspešnega ponudnika, povezan z njegovimi izkušnjami, subjekti in osebjem, ki jih predlaga za izvedbo naročila, ter teh, v katerih je opisan način izvedbe naročila.
- 38 Glede dokumentov, v katerih je opisan subjektivni položaj uspešnega ponudnika, povezan z njegovimi izkušnjami, subjekti in osebjem, ki jih predlaga za izvedbo naročila, javni naročnik zahteva uradne in standardne dokumente ter podatke, določene v členih 59 in 60 ter delu II Priloge XII k Direktivi 2014/24/EU in zakonu o javnem naročanju ter uredbi o vrstah dokumentov, ki jih javni naročnik lahko zahteva od gospodarskega subjekta v okviru postopka oddaje javnega naročila.
- 39 Na podlagi dejstva, da je zakonodajalec Unije navedel konkretne informacije, ki jih je treba predložiti naročnikom, je mogoče sklepati, da je izhajal iz tega, da pri tem ne gre za informacije, ki so poslovne skrivnosti. Obseg teh informacij je opredeljen z zahtevami naročnika, ki pa ni zahteval navedbe podrobnosti – zlasti finančnih – pogodbe ali drugih občutljivih podatkov.
- 40 Informacije o uspešno izvedenih projektih in ustrezne reference strank ter posebna usposobljenost osebja ali strokovnih delavcev pa se pogosto oglašujejo in so objavljene na spletnih straneh zaradi pridobivanja prihodnjih strank in povečanja ugleda. Po svoji naravi torej niso poslovna skrivnost.
- 41 Trditev gospodarskih subjektov, da je razlog za odklonitev razkritja informacij možnost, da bodo osebe, ki so jih predlagali kot člane delovne skupine za izvedbo naročila, ali subjekte, ki zagotavljajo svoja sredstva/podizvajalce, konkurenti pridobili na svojo stran oziroma „speljali“, vzbuja dvom glede dejanskega razmerja med gospodarskim subjektom in osebo oziroma subjektom, ki jo oziroma ga je navedel, in tega, ali dejansko lahko razpolaga z delom te osebe ali subjekta in njunimi sredstvi. Gospodarski subjekt bi se moral odločiti, ali se res lahko sklicuje na dejansko razpolaganje z navedenimi sredstvi, ki se v tem postopku ne nanašajo le na izpolnjevanje minimalnih zahtev javnega naročnika, temveč tudi na merila za ocenjevanje ponudb. Gre za osebe, ki se navedejo v

okviru ocenjevanega merila in za katerih sodelovanje v postopku se priznajo dodatne točke.

- 42 Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) v praksi na trgu javnih naročil ni ugotovil tega, da bi bilo „speljevanje“ osebja ali tretjih subjektov/podizvajalcev realen problem na tem trgu, ali drugih praktik, ki ne bi bile zajete v okviru naravnega pretoka kadrov ali svobode sklepanja pogodb med podjetniki. Strokovnjaki, ki so v nekem sektorju cenjeni, zlasti ti z ozko specializacijo, so običajno znani in subjekt, ki jih želi zaposliti, lahko stopi z njimi v stik, obstajajo pa tudi specializirana podjetja za iskanje in selekcijo kadrov. Avtorji študij svojih poklicnih dosežkov ne skrivajo in jih pogosto javno oglašujejo, zlasti če izvajajo znanstveno dejavnost. Poleg tega, če je neka naloga s strokovnega vidika zanimiva in prestižna ali dobičkonosna, se jo bodo te osebe hotele lotiti, ne glede na to, za kateri subjekt bi v okviru tega delale. Podobno je v primeru podizvajalcev. Prav tako ni prepovedi, da bi isto osebo, istega podizvajalca ali isti subjekt, ki dajo na voljo svoje izkušnje, v ponudbi navedel več kot en gospodarski subjekt – navsezadnje bo naročilo tako ali tako oddano samo enem gospodarskemu subjektu. Zato so odločilni predvsem to, kateri gospodarski subjekt bo pridobil zadevno naročilo, in pogoji sodelovanja, ki jih bo predlagal. Direktive 2016/943 se, kot izhaja iz njenega besedila, ne bi smelo razlagati v smislu, da omejuje svobodo ustanavljanja, prosto gibanje ali mobilnost delavcev (člen 1(3) in uvodna izjava 13).
- 43 Tovrstni podatki iz ponudbe sicer lahko pomenijo poslovno skrivnost, vendar pred oddajo te ponudbe, ko gospodarski subjekti iščejo osebe, podizvajalce, subjekte, ki zagotavljajo sredstva itd. Po oddaji ponudb in ob upoštevanju prepovedi spreminjanja njihove vsebine (člen 87(1) zakona o javnem naročanju) pa poznavanje osebja ali subjektov, s katerimi namerava sodelovati konkurent, ni več koristno. Korist iz pridobitve teh oseb za sodelovanje v prihodnosti pa je odvisna od tega, ali bodo izpolnjevale konkretne zahteve drugih javnih naročil.
- 44 Druga vrsta dokumentov, katerih razkritje so gospodarski subjekti zavrnil, so študije, ki jih zahteva naročnik in so namenjene ocenjevanju ponudb po merilih kakovosti, torej merilih „zasnova študije“ in „opis načina izvedbe javnega naročila“. Gospodarski subjekti, ki so se udeležili postopka, in javni naročnik so se v zvezi z razlogom za odklonitev razkritja zadevnih dokumentov v glavnem sklicevali na dejstvo, da gre za avtorske študije, dela z intelektualno vrednostjo.
- 45 Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) ima dvome, ali je na podlagi samega dejstva, da se lahko šteje, da ima nek del ponudbe intelektualno vrednost, že mogoče ugotoviti, da lahko pomeni poslovno skrivnost. Tako bi seveda lahko bilo, če bi bil pripravljen za interno uporabo gospodarskega subjekta. Ponudba pa je pripravljena na podlagi zahtev iz razpisne dokumentacije, saj bo podlaga za preverjanje skladnosti ponudbe z zahtevami iz razpisne dokumentacije (opisom predmeta javnega naročila) in podlaga za ovrednotenje ponudbe po merilih za ocenjevanje ponudb. Če te študije niso namenjene temu, je težko govoriti o tem, da imajo kakršno koli vrednost. Tudi samo dejstvo, da je

ponudbo mogoče šteti za intelektualno delo določenega gospodarskega subjekta, ne pomeni, da gre za skrivnost; značilnost avtorskih del je namreč to, da se – ob navedbi avtorja – objavljajo. Prav tako ni bila prerekana izjava javnega naročnika, da študije ne vsebujejo inovativnih rešitev v sektorju – vsebujejo torej znanja, ki so na voljo strokovnjakom. Zato je dvomljivo, ali se za poslovno skrivnost lahko šteje že sama spretnost veččega opisa problema.

- 46 Argumentacija gospodarskih subjektov glede konkurenčne prednosti bi se lahko uporabila v katerem koli postopku javnega razpisa. Sprejetje stališča, da že sama priprava ponudb, ki izpolnjujejo zahteve naročnika in so obenem prejele visoko oceno po merilih za ocenjevanje ponudb, pomeni strokovno znanje in izkušnje gospodarskega subjekta, ki so poslovna skrivnost, bi privedlo do tega, da bi gospodarski subjekti odklanjali razkritje vsake podrobnosti ponudbe.
- 47 V skladu z uvodno izjavo 14 Direktive 2016/943 se podatki lahko štejejo za poslovno skrivnost, kadar obstajata legitimni interes, da so še naprej zaupni, in legitimno pričakovanje, da se ohrani takšna zaupnost. Takšno strokovno znanje in izkušnje ali podatki bi morali imeti dejansko ali potencialno trgovsko vrednost. V stališčih javnega naročnika in gospodarskih subjektov, ki so se udeležili postopka, pa je toliko hipotetičnih predpostavk, ki so v nasprotju z zgoraj navedenim argumentom, da se porajajo dvomi, ali je mogoče razloge, ki so jih navedli za odklonitev razkritja informacij, šteti za resnične in ali imajo dokumenti, katerih razkritje so odklonili, dejansko tržno vrednost, omenjeno v uvodni izjavi 14 Direktive. Po drugi strani pa gospodarski subjekti vendarle soglasno in odločno nasprotujejo razkritju informacij. Besedilo določb Direktive 2016/943 vzbuja dvome o tem, kaj je v tem obsegu dopustno; prav tako ni enotne in ustaljene sodne prakse glede možnosti odklonitve razkritja tovrstnih informacij ob sklicevanju, da gre za poslovne skrivnosti. Zato je po mnenju Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) pomembno, da Sodišče odgovori, ali je pričakovanje gospodarskih subjektov, da naročnik omenjenih dokumentov ne razkrije, upravičeno.
- 48 Posledica odklonitve razkritja nekaterih informacij ob sklicevanju, da pomenijo poslovno skrivnost, je tudi ta, da se drugim gospodarskim subjektom oteži – pogosto pa tudi onemogoči – uporaba pravnih sredstev, kot je razvidno iz očitkov in argumentov iz obravnavanega zahtevka za revizijo, v katerih njegova vlagateljica navaja, da zaradi nezmožnosti dostopa do informacij ne more natančneje obrazložiti svojih trditev.
- 49 Nadaljnje vprašanje v zvezi z uporabo pravnih sredstev je, da je v skladu z Direktivo o revizijskih postopkih in zakonom o javnem naročanju pravno sredstvo časovno in vsebinsko omejeno.
- 50 Kar zadeva časovni vidik, člen 182 zakona o javnem naročanju določa roke, v katerih je zoper ravnanje javnega naročnika mogoče vložiti zahtevek za revizijo. V obravnavanem primeru ga je mogoče vložiti le v roku 10 dni po tem, ko je javni naročnik sporočil informacijo o izbiri najugodnejše ponudbe in rezultatu preučitve

in ocene ponudb, do katerega je prišel; po tem roku gospodarski subjekt izgubi pravico do vložitve zahtevka za revizijo, vrnitev v prejšnje stanje pa ni mogoča (nikjer ni določena).

- 51 Vlagateljica je zahtevek za revizijo vložila v zvezi z odklonitvijo razkritja informacij v vseh preostalih ponudbah, čeprav so prejele manj točk; pozneje te odklonitve razkritja namreč ne bi mogla grajati, tudi če bi se točkovanje ponudb spremenilo; očitke je uveljavljala tudi zoper oceno ponudbe družbe CDM, čeprav ni poznala podlage za to oceno.
- 52 Vsebinska omejitev možnosti vložitve zahtevka za revizijo pa je v tem, da v skladu s členom 189(2), točki 4 in 5, zakona o javnem naročanju Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) zahtevek za revizijo zavrne, če ugotovi, da se vlagatelj sklicuje izključno na te okoliščine, o katerih je Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) že odločil v okviru drugega zahtevka za revizijo, ki se je nanašal na isti postopek in ki ga je vložil isti vlagatelj, ali če se zahtevek za revizijo nanaša na ravnanje, ki ga je naročnik izvedel na podlagi odločbe Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) ali sodišča ali – v primeru pritrditve očitkom iz zahtevka za revizijo – ki ga je izvedel v skladu z zahtevo, uveljavljano v zahtevku za revizijo. Če torej gospodarski subjekt v zahtevku za revizijo uveljavlja, kot v zadevnem postopku, več očitkov, Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) pa ugotovi, da je mogoče pritrditi le nekaterim od njih – na primer očitku v zvezi z odklonitvijo razkritja dokumentov –, drugim – denimo temu v zvezi z oceno ponudb – pa ne, bi bil javni naročnik obvezan le k razkritju dokumentov, izbira ponudbe pa bi ostala veljavna, tako da bi se gospodarski subjekt lahko seznanil s celotno vsebino ponudbe drugega gospodarskega subjekta, ne bi pa je mogel več izpodbijati.
- 53 Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) se sprašuje, ali bi v primeru, če bi prišel do ugotovitve, da dokumenti, katerih razkritje je bilo odklonjeno, ne pomenijo poslovne skrivnosti, zaradi česar bi naročnik odredil njihovo razkritje, ta ugotovitev pomenila podlago za to, da lahko gospodarski subjekt zahtevek za revizijo ponovno vloži v obsegu, ki ustreza vsebini teh dokumentov, ki je prej ni poznal in v zvezi s katero ni mogel veljavno uporabiti pravnega sredstva. Če torej ta možnost za gospodarski subjekt ne izhaja neposredno iz zakonskih določb (njihove vsebine ali razlage), ali bi jo moral Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) v svoji odločbi gospodarskemu subjektu priznati, na primer tako, da ne le odredi razkritje teh dokumentov, temveč tudi razveljavi izbor najugodnejše ponudbe, zaradi česar bi bil mogoč zahtevek za revizijo zoper ponovno opravljeni izbor ponudbe. Podredno, ali takšna možnost izhaja neposredno iz določb Direktive o revizijskih postopkih ali njihove pravilne razlage.
- 54 Drugi sklop vprašanj iz tega predloga za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na določitev s strani javnega naročnika necenovnih meril za ocenjevanje ponudb in načina njihove ocene. Možno je, da način ocenjevanja ponudb po teh merilih ni vzbujal dvomov v fazi, v kateri so se gospodarski subjekti seznanili z opisom teh

meril, podanim v razpisni dokumentaciji, vendar so se napake pojavile, ko se je javni naročnik na njihovi podlagi loti dejanskega ocenjevanja ponudb.

- 55 Iz člena 67(4) Direktive 2014/24/EU izhaja, da merila za ocenjevanje ponudb, ki jih določi javni naročnik, temu ne dajejo neomejene svobode izbire in da morajo zagotavljati možnost učinkovite konkurence in omogočati učinkovito preverjanje informacij, ki jih predložijo ponudniki, da se tako oceni, kako ponudbe izpolnjujejo merila za oddajo javnega naročila. To torej pomeni, da bi morala zagotavljati tudi možnost preverjanja ocene, ki jo opravi javni naročnik. Necenovna merila, ki jih je v tem okviru oblikoval javni naročnik in ki se nanašajo na oceno „zasnove študije“ in „opisa načina izvedbe naročila“, v tem smislu vzbujajo dvome iz več razlogov.
- 56 Prvič, zadevna merila ne temeljijo na lahko primerljivih in objektivnih podatkih, ki jih je mogoče izmeriti matematično ali fizično, kot so posamezni parametri, zmogljivost, vzdržljivost, funkcionalnost in podobno, temveč na individualni oceni, ki jo je naročnik opisal z nenatančnimi formulacijami, kakršne so na primer: „nejasno opisano“, „jasno in v celoti opisano“, „nekateri elementi niso opisani“, „predlagane rešitve so optimalne in zagotavljajo visoko raven kakovosti in zanesljivosti rezultatov“ ali „ne zagotavljajo visoke ravni kakovosti in zanesljivosti rezultatov“, ponudba „vsebuje dodane vrednosti, ki vplivajo na kakovost in izvedbo predmeta naročila“.
- 57 Drugič, obravnavana merila so odvisna od individualnega prepričanja javnega naročnika o zgoraj navedenih lastnostih. Za oceno vsebine študij, ki so jih izdelali gospodarski subjekti, ni mogoče določiti izvedenca, saj v teh merili ni preverljivih parametrov.
- 58 Tretjič, nastali položaj je treba preučiti tudi z vidika, ali so gospodarski subjekti dejansko imeli možnost ustrezno pripraviti ponudbe glede na prej znano metodo ocenjevanja.
- 59 Četrtič, gospodarski subjekti niso imeli niti možnosti, da se seznanijo z gradivom, ki ga je ocenil naročnik, in celovito oceno tega gradiva, niti možnosti primerjave, ali so bili za primerljive prednosti in slabosti študij gospodarski subjekti ocenjeni primerljivo.
- 60 Petič, pri veliko elementih ocene vlagateljica v zahtevku za revizijo brez svoje krivde ni mogla oblikovati konkretnih očitkov, s čimer so bila kršena načela iz Direktive o revizijskih postopkih. Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni revizijski senat) v skladu s členom 192(7) zakona o javnem naročanju o zadevah presoja v okviru uveljavljanih očitkov in glede tega ne more nadomestiti vlagateljice zahtevka za revizijo. Ta v obravnavani zadevi ni vedela, katere konkretne očitke lahko uveljavlja zoper oceno lastne ponudbe, kaj šele ponudbe CDM. Javni naročnik je sicer izkazal prizadevanje in pripravil več kot deset strani dolgo obrazložitev svoje ocene, vendar je očitno, da ne more dati na voljo celotne

obrazložitve, če so same študije zaupne. Ključne informacije so bili nadomeščene z napisi [POSLOVNA SKRIVNOST].

- 61 Šestič, naročilo je naročilo rezultata, in ne skrbnega delovanja gospodarskega subjekta, v okviru katerega naj bi izdelal delo. Vendar javni naročnik ni zahteval študije v obliki, na primer, vzorcev projektov, temveč opise pristopa, ki ga bodo privzeli gospodarski subjekti. Zato je težko dejansko presoditi, kako bodo te ocenjene študije dejansko izražene v končnih projektih, in obstaja bojazen, da se dejansko ocenjuje sposobnost izdelave študij, ki ustrezajo naročniku („zasnova študije“ in „opis načina izvedbe javnega naročila“), in ne kakovost naročenih storitev.
- 62 V zadevnem postopku oddaje javnega naročila je javni naročnik torej določil merila za ocenjevanje ponudb, od katerih je imelo merilo cene ponder v višini 40%, necenovni merili „zasnova študije“ in „opis načina izvedbe javnega naročila“ pa ponder v skupni višini 60%. Ti merili sta predmet proste ocene javnega naročnika, ki ne temelji na matematično ali fizično preverljivih dejavnikih, kot so številčne vrednosti, parametri, funkcionalnost itd., kar vsaj znatno oteži preverjanje ocene ponudb, ki jo je opravil javni naročnik. Poleg tega so vsi gospodarski subjekti zadevne študije označili za poslovno skrivnost, kar je javni naročnik ob oblikovanju meril pričakoval ali bi lahko pričakoval glede na predhodno zavračanje razkritja podobnih dokumentov, zaradi česar je onemogočeno ne samo preverjanje ocene ponudb, ki jo je opravil javni naročnik, temveč tudi samih ponudb. Javni naročnik je med oddanimi ponodbami tako izbral to z najvišjo ceno, ki je bila edino merilo, ki je bilo javno in preverljivo, medtem ko je drugi merili, ki sta bili odločilni za končni vrstni red ponudb, težko preveriti.