

Predmet C-54/21

**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda**

Datum podnošenja:

29. siječnja 2021.

Sud koji je uputio zahtjev:

Krajowa Izba Odwoławcza (Poljska)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

22. prosinca 2020.

Žalitelj:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco” sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

Druga stranka u žalbenom postupku:

Drżavno poduzeće za gospodarenje vodama Wody Polskie

Ostali žalitelji:

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 glavnog postupka

Žalba u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi za „izradu II. ažuriranja nacрта planova upravljanja riječnim slivovima (II. aPUR) zajedno s metodologijom” u

pogledu radnji koje je javni naručitelj, državno poduzeće za gospodarenje vodama Wody Polskie, učinio ili propustio učiniti u tijeku predmetnog postupka.

Predmet i pravna osnova prethodnog pitanja

Predmetni zahtjev obuhvaća dvije skupine pitanja – prva je povezana s ograničavanjem informacija gospodarskih subjekata kao poslovne tajne, a druga je pak povezana s utvrđivanjem javnih naručitelja necjenovnih kriterija ocjene ponuda te načina njihove ocjene.

Zahtjev je upućen na temelju članka 267. UFEU-a.

Prethodna pitanja

Prvo pitanje: Može li se na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načela transparentnosti utvrđenih u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/24/EU) članak 21. stavak 1. Direktive 2014/24/EU i članak 2. točka 1. Direktive (EU) 2016/943 Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja (u daljnjem tekstu: Direktiva 2016/943), osobito u njima sadržani izrazi „u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova [nisu] općenito poznate ili lako dostupne” i „imaju komercijalnu vrijednost zbog toga što su tajne” te navod da „javni naručitelj ne otkriva informacije koje su gospodarski subjekti označili kao povjerljive”, tumačiti na način da gospodarski subjekt kao poslovnu tajnu može ograničiti bilo koju informaciju zato što je ne želi otkriti gospodarskom subjektu koji se s njim natječe?

Drugo pitanje: Može li se na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načela transparentnosti utvrđenih u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24/EU članak 21. stavak 1. Direktive 2014/24/EU i članak 2. točka 1. Direktive 2016/943 tumačiti na način da gospodarski subjekti koji se natječu za dodjelu ugovora o javnoj nabavi mogu u cijelosti ili djelomično ograničiti dokumente navedene u člancima 59. i 60. Direktive 2014/24/EU i u Prilogu XII. Direktivi 2014/24/EU kao poslovnu tajnu, osobito u pogledu navođenja potrebnog iskustva, referenci, popisa osoba koje se predlažu za izvršenje ugovora i njihovih stručnih kvalifikacija, naziva i sposobnosti subjekata, na čije se sposobnosti pozivaju, ili podugovaratelja, ako se ti dokumenti zahtijevaju u svrhu dokazivanja ispunjavanja uvjeta za sudjelovanje u postupku ili za procjenjivanje prema kriterijima ocjene ponuda ili utvrđivanje usklađenosti ponude s drugim zahtjevima javnog naručitelja navedenim u dokumentaciji za nadmetanje (obavijesti o nadmetanju, specifikacijama ključnih uvjeta nabave)?

Treće pitanje: Može li se na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načela transparentnosti utvrđenih u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24/EU u vezi s člankom 58. stavkom 1., člankom 63. stavkom 1. i člankom 67. stavkom 2. točkom (b) Direktive 2014/24/EU dopustiti da javni naručitelj istodobno prihvati izjavu gospodarskog subjekta o tome da raspolaže kadrovskim resursima, subjektima na čije se resurse želi osloniti ili podugovarateljima, koje zahtijeva javni naručitelj ili koji se navode samostalno, što, u skladu s odredbama mora dokazati javnom naručitelju, te izjavu da već samo otkrivanje podataka koji se odnose na te osobe ili subjekte (prezimana, naziva, iskustva, kvalifikacija) gospodarskim subjektima koji se s njim natječu može dovesti do toga da ih ti gospodarski subjekti „potkupe”, zbog čega je te informacije potrebno obuhvatiti poslovnom tajnom? S obzirom na navedeno, može li se takva nestalna veza između gospodarskog subjekta i tih osoba i subjekata smatrati dokazom raspolaganja tim resursima, a osobito mogu li se gospodarskom subjektu na temelju toga dodijeliti dodatni bodovi u okviru kriterija ocjene ponuda?

Četvrto pitanje: Može li se na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načela transparentnosti utvrđenih u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24/EU članak 21. stavak 1. Direktive 2014/24/EU i članak 2. točka 1. Direktive 2016/943 tumačiti na način da gospodarski subjekti koji se natječu za dodjelu ugovora o javnoj nabavi mogu kao poslovnu tajnu ograničiti dokumente koji se zahtijevaju u svrhu ispitivanja usklađenosti ponude sa zahtjevima naručitelja navedenima u specifikacijama ključnih uvjeta nabave (uključujući u opisu predmeta ugovora) ili u svrhu procjenjivanja ponude u okviru kriterija ocjene ponuda, osobito ako se ti dokumenti odnose na ispunjenje zahtjeva javnog naručitelja navedenih u specifikacijama ključnih uvjeta nabave, u zakonskim odredbama ili u drugim dokumentima koji su dostupni cjelokupnoj ili zainteresiranoj javnosti, osobito ako se to procjenjivanje ne provodi u skladu s objektivno usporedivim shemama te matematički ili fizički mjerljivim i usporedivim pokazateljima, nego u skladu s pojedinačnom ocjenom javnog naručitelja? Slijedom toga, može li se članak 21. stavak 1. Direktive 2014/24/EU i članak 2. točka 1. Direktive 2016/943 tumačiti na način da se poslovnom tajnom određenog gospodarskog subjekta može smatrati izjava o izvršenju određenog predmeta ugovora, koju je on podnio u okviru podnošenja ponude, u skladu s navodima javnog naručitelja sadržanima u specifikacijama ključnih uvjeta nabave, koje javni naručitelj nadzire i ocjenjuje u pogledu usklađenosti s tim zahtjevima, čak i ako je na gospodarskom subjektu da izabere metode kojima se želi postići učinak koji zahtijeva javni naručitelj (predmet ugovora)?

Peto pitanje: Može li se na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načela transparentnosti utvrđenih u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24/EU u vezi s člankom 67. stavkom 4. Direktive 2014/24/EU u kojem se navodi da kriteriji za odabir ponude ne smiju dati neograničenu slobodu izbora javnom naručitelju, da moraju osigurati mogućnost učinkovitog nadmetanja i omogućiti učinkovitu provjeru informacija

koje su pružili ponuditelji da bi se procijenilo u kojoj mjeri ponude udovoljavaju kriterijima za odabir ponuda, dopustiti da javni naručitelj uspostavi dotični kriterij ocjene ponuda, osobito kriterij ocjenjivanja u skladu s pojedinačnom ocjenom javnog naručitelja, unatoč tomu što je već u trenutku uspostave tog kriterija poznato da će gospodarski subjekti dio ponude koja se odnosi na taj kriterij obuhvatiti poslovnom tajnom, čemu se javni naručitelj ne protivi, zbog čega konkurentski gospodarski subjekti, uslijed nemogućnosti provjere ponuda svojih konkurenata i njihove usporedbe s vlastitim ponudama, mogu steći dojam da javni naručitelj potpuno proizvoljno ispituje i ocjenjuje ponude?

Šesto pitanje: Mogu li se načela jednakog postupanja i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načelo transparentnosti utvrđena u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24/EU u vezi s člankom 67. stavkom 4. Direktive 2014/24/EU u kojem se navodi da kriteriji za odabir ponude ne smiju dati neograničenu slobodu izbora javnom naručitelju, da moraju osigurati mogućnost učinkovitog nadmetanja i omogućiti učinkovitu provjeru informacija koje su pružili ponuditelji da bi se procijenilo u kojoj mjeri ponude udovoljavaju kriterijima za odabir ponuda, tumačiti na način da ona javnom naručitelju dopuštaju uspostavu kriterija ocjene ponuda kao što su to u ovom predmetu kriteriji „koncept izrade plana” i „opis načina izvršenja ugovora”?

Sedmo pitanje: Treba li članak 1. stavke 1. i 3. Direktive 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi (u daljnjem tekstu: Direktiva o pravnoj zaštiti), kojim se državama članicama nalaže da gospodarskim subjektima osiguraju da odluke koje donose javni naručitelji mogu biti učinkovito preispitane te da su postupci pravne zaštite dostupni osobi koja ima interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja, tumačiti na način da utvrđenje tijela koje odlučuje o tome da dokumenti koje su gospodarski subjekti ograničili u određenom postupku nisu poslovna tajna, što ima za posljedicu da javni naručitelj naloži njihovo otkrivanje i ustupanje konkurentskim gospodarskim subjektima – ako takva posljedica ne proizlazi izravno iz zakonskih odredbi – dovodi do toga da tijelo koje odlučuje u postupku mora donijeti odluku sa sadržajem koji tom gospodarskom subjektu omogućuje ponovno podnošenje zahtjeva za pravnu zaštitu – u mjeri u kojoj to proizlazi iz sadržaja tih dokumenata, s kojim prethodno nije bio upoznat i zbog čega nije mogao iskoristiti pravo na djelotvornu pravnu zaštitu – u odnosu na radnju protiv koje ne bi bilo moguće podnijeti žalbu s obzirom na istek roka do njezina podnošenja, primjerice poništenjem radnje ispitivanja i ocjene ponuda na koje se odnose predmetni dokumenti ograničeni kao poslovna tajna?

Navedene odredbe prava Unije

Članak 18. stavak 1., članak 21. stavak 1., članak 55. stavci 2. i 3., članak 56. stavci 1. i 2., članak 58. stavak 4., članak 59., članak 60. stavak 1., članak 63. stavak 1., članak 67., članak 71. stavak 2. Direktive 2014/24/EU

Članak 2. stavak 1. Direktive 2016/943

Članak 1. stavci 1. i 3. Direktive 2007/66

Navedene odredbe nacionalnog prava

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Zakon od 29. siječnja 2004. o javnoj nabavi (Dz. U. iz 2004., br. 19., poz. 177.))

Članak 7.

Javni naručitelj mora pripremiti i provesti postupak javne nabave tako da se štiti pošteno tržišno natjecanje i jednako postupanje prema gospodarskim subjektima te u skladu s načelima proporcionalnosti i transparentnosti.

Članak 8.

1. Postupak nabave je javan.
2. Javni naručitelj može ograničiti pristup informacijama povezanim s postupkom javne nabave samo u slučajevima koji su utvrđeni zakonom.
 - 2.a Javni naručitelj može u specifikacijama ključnih uvjeta nabave utvrditi zahtjeve u vezi s čuvanjem povjerljive prirode podataka koji su tijekom postupka otkriveni gospodarskom subjektu.
3. Informacije koje čine poslovnu tajnu u smislu odredbi o suzbijanju nepoštenog tržišnog natjecanja ne smiju se otkriti ako je gospodarski subjekt naveo, najkasnije prilikom podnošenja ponuda ili zahtjeva za sudjelovanje u postupku, da ograničene informacije čine poslovnu tajnu. Gospodarski subjekt ne može ograničiti informacije iz članka 86. stavka 4. Odredba se odgovarajuće primjenjuje na natječaj.

Članak 36.b stavak 1.

Javni naručitelj zahtijeva da gospodarski subjekt navede dijelove ugovora koje namjerava povjeriti podugovarateljima te da navede sve tvrtke podugovaratelja.

Članak 91.

1. Javni naručitelj odabire najpovoljniju ponudu na temelju kriterija ocjene ponuda utvrđenih u specifikacijama ključnih uvjeta nabave.

2. Kriteriji ocjene ponuda jesu cijena ili trošak odnosno cijena ili trošak te drugi kriteriji koji se odnose na predmet ugovora, osobito:

1. kvaliteta, uključujući tehničke parametre, estetske i funkcionalne značajke;
2. društveni aspekti, uključujući profesionalnu i društvenu integraciju osoba iz članka 22. stavka 2., dostupnost za osobe s invaliditetom ili uzimanje u obzir potreba korisnikâ;
3. okolišni aspekti, uključujući energetske učinkovitost predmeta ugovora;
4. inovativni aspekti;
5. organizacija, stručne kvalifikacije i iskustvo osoba angažiranih za izvršenje ugovora, u slučaju da mogu znatno utjecati na kvalitetu izvršenje ugovora;
6. usluga nakon prodaje i tehnička pomoć, uvjeti isporuke kao što su datum isporuke, proces isporuke i rok isporuke ili rok izvršenja.

[...]

2.d Javni naručitelj utvrđuje kriterije ocjene ponuda na nedvosmislen i razumljiv način koji omogućuje provjeru informacija koje su pružili gospodarski subjekti.

[...]

Članak 96.

1. Tijekom provedbe postupka javne nabave javni naručitelj sastavlja zapisnik koji sadržava najmanje: [...]

5. ime i prezime ili naziv gospodarskog subjekta čija je ponuda odabrana kao najpovoljnija i razloge zašto je njegova ponuda odabrana i, ako je poznato, dio ugovora ili okvirnog sporazuma koji taj gospodarski subjekt namjerava dati u podugovor trećim stranama te, ako je to u tom trenutku poznato, imena i prezimena ili nazive podugovaratelja, ako oni postoje; [...]

7. prema potrebi, rezultate ispitivanja osnova za isključenje, ocjene ispunjavanja uvjeta za sudjelovanje u postupku ili kriterija odabira uključujući:

(a) ime i prezime ili naziv gospodarskih subjekata koji ne podliježu isključenju, koji su dokazali da ispunjavaju uvjete za sudjelovanje u postupku ili kriterije odabira te razloge za odabir tih gospodarskih subjekata,

(b) ime i prezime ili naziv gospodarskih subjekata koji podliježu isključenju, koji nisu dokazali da ispunjavaju uvjete za sudjelovanje u postupku ili kriterije odabira te razloge zašto nisu pozvani da sudjeluju u postupku;

8. razloge za odbijanje ponuda; [...]

2. Ponude, stručna mišljenja, izjave, informacija sa sastanka iz članka 38. stavka 3., obavijesti, zaključci, drugi dokumenti i informacije koje podnose javni naručitelj i gospodarski subjekti te javni ugovor čine priloge zapisniku.

3. Zapisnik i njegovi prilozi su javni. Prilozi zapisniku objavljuju se nakon odabira najpovoljnije ponude ili poništenja postupka, pri čemu se ponude objavljuju od trenutka njihova otvaranja, prethodne ponude od dana poziva na nadmetanje, a zahtjevi za sudjelovanje u postupku od dana dostave obavijesti o rezultatima ocjene ispunjavanja uvjeta za sudjelovanje u postupku.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Zakon od 16. travnja 1993. o suzbijanju nepoštenog tržišnog natjecanja (Dz. U. iz 2020., poz. 1913.))

Članak 11. stavak 2.

Poslovnom tajnom smatraju se tehničke, tehnološke i organizacijske informacije poduzeća ili druge informacije koje imaju gospodarsku vrijednost, a koje u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova nisu općenito poznate osobama koje se obično bave dotičnom vrstom informacija ili nisu lako dostupne tim osobama ako je osoba ovlaštena za upotrebu informacija ili raspolaganje njima, postupajući s dužnom pažnjom, poduzela mjere s ciljem očuvanja njihove povjerljivosti.

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 od 26. srpnja 2016. o vrstama dokumenata koje javni naručitelj može zahtijevati od gospodarskog subjekta u postupku javne nabave (Dz. U. iz 2020., poz. 1282.))

Članak 2. stavak 4.

Kako bi potvrdio da gospodarski subjekt ispunjava uvjete za sudjelovanje u postupku ili kriterije odabira u pogledu tehničke ili stručne sposobnosti, javni naručitelj može zahtijevati sljedeće dokumente:

1. [...]

2. popis izvršenih isporuka ili pruženih usluga, ili onih koje se i dalje obavljaju u slučaju periodičnih ili trajnih aktivnosti, tijekom tri godine koje su prethodile isteku roka za podnošenje ponude ili zahtjeva za sudjelovanje u postupku, a ako je razdoblje obavljanja djelatnosti kraće, u tom razdoblju, precizirajući vrijednost, predmet, datum izvršenja i subjekte za čiji su račun izvršene isporuke ili pružene usluge te prilažući dokaze iz kojih se vidi da su te isporuke ili usluge uredno izvršene odnosno pružene ili da se uredno izvršavaju odnosno pružaju, pri čemu su predmetni dokazi reference ili drugi dokumenti koje je podnio subjekt u čije su ime izvršene isporuke ili pružene usluge, ili koje se i dalje obavljaju u slučaju periodičnih ili trajnih aktivnosti, a ako iz opravdanog i objektivnog razloga

gospodarski subjekt ne može ishoditi te dokumente, taj je dokaz izjava gospodarskog subjekta; u slučaju periodičnih ili trajnih aktivnosti koje se i dalje obavljaju, reference ili drugi dokumenti kojima se potvrđuje njihovo uredno obavljanje moraju se izdati najkasnije tri mjeseca prije isteka roka za podnošenje ponuda ili zahtjeva za sudjelovanje u postupku;

3. popis alata, uređaja ili tehničke opreme koja je na raspolaganju gospodarskom subjektu u svrhu izvršenja ugovora o javnoj nabavi, zajedno s informacijom o osnovi za raspolaganje tim resursima;

4. opis tehničkih mogućnosti i organizacijsko-tehničkih mjera koje koristi gospodarski subjekt za osiguranje kvalitete te opis mogućnosti koje gospodarski subjekt ima u pogledu studija i istraživanja ili koje će biti na raspolaganju gospodarskom subjektu;

5. popis sustava upravljanja opskrbnim lancem i sustava praćenja koje će gospodarski subjekt moći primijeniti u svrhu izvršenja ugovora o javnoj nabavi; [...]

10. popis osoba koje je gospodarski subjekt predvidio za izvršenje ugovora o javnoj nabavi, posebno onih odgovornih za pružanje usluga, kontrolu kvalitete ili izvođenje radova, zajedno s informacijama u pogledu njihovih stručnih kvalifikacija, dozvola, iskustva i osposobljenosti potrebnih za izvršenje ugovora, kao i opsega aktivnosti koje obavljaju te zajedno s informacijom o osnovi za raspolaganje tim osobama.

Sažeti prikaz činjeničnog stanja i postupka

- 1 Spor u ovom predmetu odnosi se na postupak dodjele ugovora o javnoj nabavi, koji je objavilo Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (poljsko državno poduzeće za gospodarenje vodama), za „izradu II. ažuriranja nacрта planova upravljanja riječnim slivovima (II aPGW) zajedno s metodologijom”, koji se odvija u otvorenom postupku. Poziv na nadmetanje objavljen je u Službenom listu Europske unije pod brojem 2019/S 245-603343.
- 2 Planovi upravljanja riječnim slivovima ubrajaju se u temeljne planske dokumente čija se izrada i ažuriranje zahtijevaju odredbama Okvirne direktive o vodama (Direktiva 2000/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2000. o uspostavi okvira za djelovanje Zajednice u području vodne politike (SL 2000., L 327, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 1., str. 48.)) i Ustawe z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Zakon o vodama od 20. srpnja 2017. (Dz. U. iz 2018., poz. 2268., kako je izmijenjen)). Ti su dokumenti osnova za donošenje odluka koje oblikuju stanje vodnih resursa i načela njihovim upravljanjem u budućnosti. Služe koordiniranju mjera koje se odnose na stanje voda i ekosustava, vodne resurse, korištenje voda, unošenje u vode ili tlo tvari koje mogu negativno utjecati na vode, obranu od poplava te sprečavanje posljedica suša. Ugovor o javnoj nabavi odnosio se na cikličko

ažuriranje tih planova i trebalo ga je izvršiti u četiri faze: 1. faza: izrada nacrtu II. II aPGW-a zajedno s metodologijom; 2. faza: javno savjetovanje o nacrtima II aPGW-a te provođenje strateške procjene utjecaja na okoliš; 3. faza: izrada nacrtu uredbi u pogledu II aPGW-a; 4. faza: priprema izvješća Europskoj komisiji te izrada baze podataka na temelju II aPGW-a.

- 3 Javni je naručitelj u specifikacijama ključnih uvjeta nabave naveo minimalno iskustvo koje se traži od gospodarskog subjekta koji se natječe za dodjelu ugovora te je utvrdio tim koji zahtijeva za izvršenje ugovora, precizirajući minimalno iskustvo, osposobljenost i kvalifikacije članova tog tima. Isto tako, javni je naručitelj istaknuo da gospodarski subjekt koji se oslanja na resurse drugih subjekata mora dokazati da će pri izvršenju ugovora imati na raspolaganju potrebne resurse tih subjekata, osobito dostavljanjem obveze tih subjekata da će mu na raspolaganje staviti osobe potrebne za izvršenje ugovora. Gospodarski subjekti morali su dostaviti standardne popratne dokumente u postupcima dodjele ugovora o javnoj nabavi: Europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi, popis izvršenih ugovora s referencama, osoba predviđenih za izvršenje ugovora i subjekata koji gospodarskom subjektu stavljaju na raspolaganje resurse. U skladu sa zahtjevom iz članka 36.b stavka 1. Zakona o javnoj nabavi, javni je naručitelj zahtijevao da gospodarski subjekti navedu hoće li ugovor izvršiti uz sudjelovanje podugovaratelja te da navedu tvrtke (nazive) podugovaratelja i dio ugovora čije izvršenje namjerava povjeriti podugovaratelju. U obrascu za podnošenje ponuda trebalo je navesti dokumente koje je moguće ishoditi putem besplatnih i općedostupnih baza podataka (naziv dokumenta i adresa internetske stranice).
- 4 Ponudu su u postupku podnijeli: 1. gospodarski subjekti koji se zajedno natječu za dodjelu ugovora: ANTEA POLSKA, dioničko društvo sa sjedištem u Katowicama, „Pectore-Eco”, društvo s ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Gliwicama i Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy sa sjedištem u Varšavi (u daljnjem tekstu: žalitelj); 2. ARUP Polska, društvo s ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Varšavi (u daljnjem tekstu: Arup); 3. CDM Smith, društvo s ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Varšavi (u daljnjem tekstu: CDM); 4. gospodarski subjekti koji se zajedno natječu za dodjelu ugovora: Multiconsult Polska, društvo s ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Varšavi, ARCADIS, društvo s ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Varšavi, HYDROCONSULT, Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych, društvo s ograničenom odgovornošću sa sjedištem u Varšavi (u daljnjem tekstu: Multiconsult).
- 5 Ponude su ocijenjene u skladu s kriterijima za odabir ponude (dva kriterija kvalitete – „koncept izrade plana”, ponder: 42 te „opis načina izvršenja ugovora”, ponder: 18; kriterij cijene – ponder: 40).
- 6 U skladu s kriterijem „Koncept izrade plana”, u ponudi je trebalo opisati načine pristupa izvršenju ugovora:

1. metodički pristup izradi skupa mjera (u odnosu na pojedinačne mjere, načine provođenja ocjene učinkovitosti i izvedivosti za postizanje okolišnih ciljeva u pogledu pojedinačnih vodnih tijela, provođenja analize isplativosti, utvrđivanja na koji način njihovo izvršenje utječe na vodna tijela koja se nalaze dolje/gore, utvrđivanja troškova izvršenja te izvora financiranja uzimajući u obzir nacionalna i europska sredstva, provođenja klimatskog testa programâ, utvrđivanja društveno-gospodarskih posljedica izvršenja, određivanja prioriteta u pogledu mjera, utvrđivanja potencijalnih sinergija koje proizlaze iz postojanja drugih planskih dokumenata, ocjenjivanja toga mogu li se predloženim skupom mjera za određeno vodno tijelo postići okolišni ciljevi, uzimajući u obzir izvršenje mjera predviđenih za susjedna vodna tijela);
 2. metodički pristup utvrđivanju mjera iz područja zadržavanja morfološkog kontinuiteta u kontekstu planiranih okolišnih ciljeva za tijelo površinske vode, uključujući način provođenja analize/ocjene funkcioniranja postojećih postrojenja za migraciju riba (uključujući metodički pristup utvrđivanju objekata koji su prepreka migraciji, utvrđivanju jesu li navedeni objekti opremljeni postrojenjima koja omogućuju migraciju riba, ocjenjivanju funkcioniranja postojećih postrojenja u kontekstu postizanja okolišnih ciljeva, utvrđivanju mjera u tom području);
 3. koncept utvrđivanja odstupanja od postizanja okolišnih ciljeva zajedno s obrazloženjem;
 4. pristup prikazivanju položaja tijela površinske vode i tijela podzemne vode na pozadinskoj karti na način koji omogućuje lokaliziranje koncentrirane upotrebe vode barem u odnosu na mjesta iz točke 28. podtočke (r) IV. faze opisa predmeta ugovora.
- 7 S druge strane, u skladu s kriterijem „Opis načina izvršenja ugovora”, ponuda je trebala obuhvaćati:
1. opis mogućih rizika za uredno izvršenje pojedinačnih zadataka u svakoj fazi nabave, načina njihova sprečavanja u obliku popisa rizika s procjenom potencijalne vjerojatnosti njihova nastupanja i razine opasnosti,
 2. organizacijsku strukturu tima: uloge, opseg odgovornosti u strukturi uz navođenje stručnih kompetencija; protok informacija,
 3. prijedloge dodanih vrijednosti koje nisu navedene u detaljnom opisu predmeta ugovora, a koje imaju utjecaj na kvalitetu i izvršenje predmeta ugovora.
- 8 Podkriteriji u sklopu kriterija ocjenjivali su se u skladu s tablicama koje sadržavaju opisne ocjene, kojima je dodijeljen određeni broj bodova. U opisnim je ocjenama navedeno jesu li ispunjeni zahtjevi natječajne dokumentacije, jesu li počinjene stručne pogreške, jesu li opisani svi elementi podkriterija, koliko ih je opisano na jasan i cjelovit način, koliko je od predloženih rješenja u okviru određenog podkriterija optimalno i koliko njih jamči visoku razinu kvalitete i pouzdanosti ishoda radova te koliko ih je obuhvaćeno opisom dodanih vrijednosti

koje nisu navedene u detaljnom opisu predmeta ugovora, a koje imaju utjecaj na kvalitetu i izvršenje predmeta ugovora.

9 Ponude su bodovane na sljedeći način:

1. CDM – cijena (21 517 620 poljskih zlota): 33,61 bod, koncept izrade plana: 29 bodova, opis načina izvršenja ugovora: 12 bodova, ukupno: 74,61 bod (najpovoljnija ponuda),

2. Žalitelj – cijena (18 081 000 poljskih zlota): 40 bodova, koncept izrade plana: 7 bodova, opis načina izvršenja ugovora: 15 bodova, ukupno: 62 boda,

3. Multiconsult – cijena (20 662 770 poljskih zlota): 35 bodova, koncept izrade plana: 14 bodova, opis načina izvršenja ugovora: 9 bodova, ukupno: 58 bodova,

4. Arup – cijena (18 240 900 poljskih zlota): 39,65 bodova, koncept izrade plana: 9 bodova, opis načina izvršenja ugovora: 6 bodova, ukupno: 54,65 bodova.

10 Žalitelj je podnio žalbu predsjedniku Krajowe Izbe Odwoławcze (Nacionalna žalbena komisija, Poljska) te je zahtijevao poništenje odabira ponude gospodarskog subjekta CDM, ponovno ispitivanje i ocjenjivanje ponuda uz deklasifikaciju i stavljanje na raspolaganje dokumenata i informacija koje su subjekti CDM, Multiconsult, Arup ograničili kao poslovnu tajnu u okviru kriterija „koncept izrade plana” i „opis načina izvršenja ugovora” te dokumenata i informacija koje je ograničio CDM (popis usluga, popis osoba, reference, točke 5. i 13. obrasca za podnošenje ponuda), izmjenu bodovanja u korist žalitelja i na štetu CDM-a, stavljanje na raspolaganje činjeničnog obrazloženja za broj bodova dodijeljenih subjektima CDM, Multiconsult i Arup te odabir ponude koju je podnio žalitelj kao najpovoljnije ponude.

11 Žalbenom postupku na strani javnog naručitelja pristupili su Arup, CDM i Multiconsult.

12 Žalitelj je podnio prigovore u pogledu sljedećeg:

– propusta deklasifikacije informacija na temelju kojih su dodijeljeni bodovi u okviru kriterija kvalitete te ostalih informacija koje CDM nije valjano ograničio poslovnom tajnom, što predstavlja povredu članka 7. stavaka 1. i 3. u vezi s člankom 8. stavcima 1., 2. i 3. Zakona o javnoj nabavi u vezi s člankom 11. stavkom 2. Zakona od 16. travnja 1993. o suzbijanju nepoštenog tržišnog natjecanja;

– propusta propisnog obrazlaganja u pogledu ocjene kriterija kvalitete, što predstavlja povredu članka 92. stavka 1. u vezi s člankom 7. stavkom 1. Zakona o javnoj nabavi;

– propusta ocjenjivanja ponuda koje su podnijeli žalitelj i CDM na način usklađen s kriterijima ocjene ponuda i odabira ponude koju je podnio CDM kao

najpovoljnije ponude, iako je u skladu s kriterijima ocjene ponuda kao najpovoljnija ponuda trebala biti odabrana žaliteljeva ponuda, što predstavlja povredu članka 92. stavka 1. u vezi s člankom 7. stavkom 1. Zakona o javnoj nabavi.

Glavni argumenti stranaka glavnog postupka

- 13 Žalitelj je u obrazloženju naveo, u pogledu prigovora o propustu otkrivanja informacija koje CDM, Multiconsult i Arup nisu valjano ograničili poslovnom tajnom, da je načelo javnosti informacija jedno od temeljnih načela pravnog sustava Republike Poljske, koje proizlazi iz članaka 54. i 61. Ustava Republike Poljske i odredbi Ustave z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Zakon od 6. rujna 2001. o pristupu javnim informacijama (Dz. U. br. 112., poz. 1198.)). Mogućnost izuzeća od javnosti postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi ne može se zloropotrebljavati ili široko tumačiti, s obzirom na to da je načelo javnosti postupka nadređeno načelo te se izuzeća od tog načela ne mogu tumačiti na način da to dovede do njegova ograničavanja. To se pravo ne može primijeniti samo na tržišno natjecanje između gospodarskih subjekata, nego usko u granicama definicije iz članka 11. stavka 2. Zakona o suzbijanju nepoštenog tržišnog natjecanja. U skladu s člankom 96. stavkom 3. Zakona o javnoj nabavi, zapisnik i njegovi prilozi su javni te moraju biti dostupni na uvid svim zainteresiranim osobama, neovisno o tome imaju li pravni ili činjenični interes. Gospodarski subjekti koji se natječu za dodjelu ugovora moraju računati na to da će njihove ponude u pravilu biti javne i biti svjesni posljedica koje se povezuju sa sudjelovanjem u nadmetanjima koja su utvrđena odredbama o javnoj nabavi.
- 14 Obrazloženja koja su gospodarski subjekti CDM, Multiconsult i Arup pružili u pogledu obuhvaćanja poslovnom tajnom štura su i u biti se ograničavaju na navođenje sudske prakse. Iz odredbe članka 8. stavka 3. Zakona o javnoj nabavi nedvojbeno proizlazi da je ograničavanje informacija kao poslovne tajne moguće samo u pogledu tajnih informacija, a ne dokumenta u kojem bi te informacije mogle biti djelomično sadržane. Međutim, gospodarski subjekti CDA, Multiconsult i Arup poslovnom su tajnom ograničili cijeli skup dokumenata, a da pritom nisu valjano naveli zakonitost te mjere. Javni naručitelj treba detaljno provjeriti je li ograničavanje poslovnom tajnom bilo učinkovito i u kojoj mjeri, tim više što ti dokumenti izravno utječu na ocjenjivanje ponuda jer predstavljaju do 60 % ukupnih bodova u kriterijima ocjene ponuda. On je umjesto toga nekritički prihvatio objašnjenja gospodarskih subjekata, čime se žalitelju otežava provjera opravdanosti broja bodova koji su dodijeljeni tim gospodarskim subjektima. Takvo je postupanje u izravnoj suprotnosti s načelom javnosti postupka o javnoj nabavi.
- 15 U pogledu pojedinačnih dokumenata i informacija koje su ograničili njegovi konkurenti, žalitelj je istaknuo da je određeni konkurent takve informacije objavljivao u prethodnim postupcima u kojima se natjecao za dodjelu ugovora; da su ograničeni dokumenti koji su objavljeni na internetskim stranicama; da su

nalozi sadržani u ograničenom popisu bile usluge koje su se pružale javnim naručiteljima koji su dužni primjenjivati Zakon o javnoj nabavi, zbog čega su to javne informacije; da određeni gospodarski subjekt nije poduzeo mjere s ciljem očuvanja povjerljivosti, iako je to naveo u izjavi podnesenoj javnom naručitelju.

- 16 U okviru prigovora o nepotpunom obrazlaganju u pogledu dodijeljenih bodova gospodarskim subjektima CDM, Multiconsult i Arup, žalitelj je naveo da, zbog izostanka činjeničnog obrazloženja odluke o bodovima dodijeljenim gospodarskim subjektima, nije mogao točno provjeriti ocjenu koju je proveo javni naručitelj. Šturost obrazloženja u odluci javnog naručitelja koja je dostavljena gospodarskim subjektima prepreka je nadzoru ispravnog djelovanja javnog naručitelja i podnošenju zahtjeva za pravnu zaštitu.
- 17 Javni je naručitelj istaknuo da se prema pravu gospodarskog subjekta da dio ponude ograniči tajnom treba odnositi jednako kao prema načelu javnosti postupka. Subjekt koji ograničava informacije treba se pobrinuti da vjerodostojno objasni zbog čega bi se ograničene informacije trebale zaštititi poslovnom tajnom, navodi u tom pogledu trebaju se smatrati vjerojatnima, a argumentacija treba biti uvjerljiva, dosljedna i logična te uzimati u obzir prirodu postupka i ograničenih informacija. Svi su gospodarski subjekti ispunili te uvjete.
- 18 Jedan od gospodarskih subjekata koji sudjeluje u postupku naveo je da je Direktiva 2016/943 donesena kako bi se zaštitile informacije koje su platežno sredstvo gospodarstva znanja i osiguravaju konkurentsku prednost. Poduzeća na te informacije gledaju jednako kao na patente i druge oblike intelektualnog vlasništva. Iz uvodne izjave 18. te direktive jasno proizlazi da se njome tijela javne vlasti ne oslobađaju obveze čuvanja povjerljivosti u pogledu tajni koje im prenose poduzeća, uključujući u okviru postupaka dodjele ugovora o javnoj nabavi. Obveza čuvanja povjerljivosti određenih informacija koje gospodarski subjekt označi kao poslovnu tajnu proizlazi iz članka 21. stavka 1. Direktive 2014/24/EU. Izuzeće od općeg načela javnosti postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi (članak 8. stavak 1. Zakona o javnoj nabavi) jest načelo zaštite informacija koje čine poslovnu tajnu u smislu odredbi o suzbijanju nepoštenog tržišnog natjecanja (članak 8. stavak 3. Zakona o javnoj nabavi). Definicija poslovne tajne utvrđena je u članku 11. stavku 2. Zakona o suzbijanju nepoštenog tržišnog natjecanja. Načelo javnosti postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi nije apsolutno. Javni naručitelj ocjenjuje što jest, a što nije pravno zaštićena informacija te ovisno o toj odluci donosi daljnje zaštitne mjere. Aktivnosti javnog naručitelja ne bi trebale dovoditi gospodarske subjekte u opasnost od nastanka štete koja proizlazi iz deklasifikacije informacija.
- 19 Kad je riječ o zahtjevu da informacija ima gospodarsku vrijednost kao sastavni element poslovne tajne, u skladu sa sadržajem članka 39. TRIPS-a (Sporazum od 15. travnja 1994. o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva koji čini prilog Sporazumu o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije), zaštititi podliježu informacije koje imaju komercijalnu vrijednost zbog tajnosti. To znači

da informacija mora imati određenu gospodarsku vrijednost za gospodarskog subjekta upravo zato što će se čuvati u tajnosti.

- 20 Kad je riječ o ograničavanju dokumenata koji se ocjenjuju u okviru kriterija kvalitete, iz argumentacije javnog naručitelja i gospodarskih subjekata koji sudjeluju u postupku proizlazi da su ti dokumenti autorska djela i svojevrsno intelektualno vlasništvo pojedinačnih gospodarskih subjekata, odnosno njihovo znanje i iskustvo (*know-how*). Oni su djelo u smislu Ustave z dnja 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Zakon od 4. veljače 1994. o autorskom pravu i srodnim pravima (Dz. U. iz 1994., br. 24., poz. 83.) u odnosu na koje autor, odnosno gospodarski subjekt ima isključivo pravo upotrebljavati ga i njime raspolagati u svim oblicima, uključujući pravo na nadzor nad načinom upotrebe djela i pravo na odlučivanje o prvom stavljanju na raspolaganje tog djela. Otkrivanje navedenih dokumenata moglo bi ozbiljno ugroziti interese gospodarskih subjekata zato što ti dokumenti imaju gospodarsku vrijednost, a gospodarski su subjekti donijeli potrebne mjere da ih se javno ne otkrije, među ostalim, odgovarajuće unutarnje postupke, klauzule o povjerljivosti, propise o zapošljavanju, nadzor pristupa objektu, zaštitu elektroničkih dokumenata (korisničko ime i lozinka) i fizičkih dokumenata (ormarić).
- 21 Javni naručitelj pojasnio je da se svaki od koncepata gospodarskih subjekata izrađuje u svrhe određenog postupka i sadržava jedinstvena rješenja. Međutim, ideje koje su u njima sadržane nisu inovativne jer javni naručitelj ne očekuje inovativnost, nego ispunjenje zahtjeva iz specifikacije ugovora kako bi se rješenjima nastojali postići što bolji rezultati i kako bi ona bila ispravna. Otkrivanje koncepta može ugroziti interese njezina autora zato što: drugi gospodarski subjekt može predložiti kraći rok ili nižu cijenu izvršenja; koncept se može iskoristiti s obzirom na to da on nije jednokratna aktivnost, jer se određeni ugovor o javnoj nabavi naslanja na druge ugovore te se stručnjaci ili tvrtke mogu pojavljivati u različitim ugovorima; konkurent na temelju koncepta može procijeniti tko će sudjelovati u izvršenju te se određena osoba može potkupiti.
- 22 Kad je riječ o ograničavanju popisa usluga ili referenci, informacije navedene na popisu usluga jesu znanje koje bi konkurentima omogućilo da se upoznaju s mnogim aspektima djelatnosti gospodarskog subjekta (sljedivost poslovnog profila u određenom trenutku, vrste izvršenih naloga, primatelji usluga). Iz popisa usluga proizlazi i iznos prihoda ostvaren kao posljedica pružanja usluga, što je isto tako poslovna tajna.
- 23 Kad je riječ o ograničavanju popisa osoba, na njemu se nalaze podaci kojima se omogućuje identificiranje osoba, što gospodarskom subjektu može prouzročiti gubitke u slučaju da konkurenti pokušaju preuzeti te osobe. Slično tomu, podaci u obrascu za podnošenje ponuda sadržavaju detaljne podatke o subjektima trećih strana koji na raspolaganje stavljaju resurse, koji čine komercijalnu vrijednost. Djelatnost gospodarskih subjekata uglavnom se temelji na pružanju savjetodavnih usluga te su njihova jedina imovina dobra intelektualnog vlasništva koje stvaraju zaposlenici. Specifikacija predmetnih usluga zahtijeva raspolaganje

visokokvalificiranim osobljem i zaštitu informacija o osobama zaduženim za izvršenje ugovora. Podaci o kadrovskim sposobnostima imaju gospodarski značaj za gospodarske subjekte te se odnose na načela funkcioniranja poduzeća gospodarskog subjekta, njegovu unutarnju strukturu i organizaciju aktivnosti.

- 24 Osim toga, iz stajališta javnog naručitelja istaknutog na raspravi proizlazilo je da je tajnost izrade takvih planova standardna praksa u postupcima. Gospodarski subjekti primjenjuju šablonska obrazloženja u pogledu ograničavanja informacija kao poslovne tajne. Dokumenti koje zahtijeva javni naručitelj međusobno su povezani i ne mogu se odvojiti.
- 25 Kad je riječ o prigovoru o nepotpunom obrazlaganju u pogledu dodijeljenih bodova, javni naručitelj tvrdi da je proveo ocjenu svih pitanja, podkriterija i kriterija u skladu s postupkom i pravilima opisanim u specifikacijama ključnih uvjeta nabave. Svaka ponuda detaljno je preispitana, a ocjeni je priloženo detaljno obrazloženje koje je gospodarskim subjektima poslano 12. ožujka 2020. Razina detaljnosti u obrazloženjima bodovanja koja su dostavljena svim gospodarskim subjektima omogućuje provjeru točnosti broja dodijeljenih bodova bez poteškoća i izračun u koliko je slučajeva određeno pitanje ocijenjeno kao opisano na jasan i cjelovit način te koliko je javni naručitelj prijavljenih dodanih vrijednosti priznao kao tu vrijednost. Uvjet za tu provjeru bilo je detaljno upoznavanje s pravilima za ocjenu ponuda i njihovo razumijevanje, a žalitelj to nije učinio, o čemu svjedoče prigovori i pogrešno tumačenje pojedinih dijelova obrazloženja ocjene ponuda. Iz žaliteljeve argumentacije proizlazi da on ne razumije strukturu ocjenjivanja pojedinih kriterija i podkriterija te na temelju toga u žalbi iznosi pogrešne teze i zaključke kojima se potkrepljuju navodne nepravilnosti koje je počinio javni naručitelj ili pak njegova pristranost. Bodovanje podkriterija ovisilo je o broju pitanja koja su ispunjavala utvrđene zahtjeve: optimalnost rješenja i jamstvo visoke razine kvalitete i pouzdanosti ishoda radova, kao i o broju elemenata koji nisu obuhvaćeni opisom predmeta ugovora, a za koje je prihvaćeno da pozitivno utječu na kvalitetu izvršenja ugovora. Osim toga, javni je naručitelj ispod tablice u kojoj su utvrđena pravila bodovanja dodatno pojasnio da formulacija „optimalna rješenja i rješenja koja jamče visoku razinu kvalitete i pouzdanosti ishoda radova” znači „primjena od gospodarskog subjekta odgovarajuće razine detaljnosti analiza i/ili odgovarajućih alata i/ili provođenje učinkovite i stručne provjere izvornih podataka i/ili provođenje učinkovitih mjera koje jamče cjelovitost podataka i analiza”. Odbor za ocjenjivanje ponuda dosljedno je primjenjivao prethodno navedena pravila prilikom ocjene svake pristigle ponude te ona nisu izazivala dvojbe kod žalitelja ni drugih gospodarskih subjekata u fazi postupka nadmetanja. Kad je riječ o metodologiji ocjene ponuda koju je donio javni naručitelj, nije bilo dvojbi jer nije postavljeno nijedno pitanje u vezi sa specifikacijama ključnih uvjeta nabave, a nije bilo ni zahtjevâ za izmjenu u tom pogledu. Stoga javni naručitelj smatra da je pravilno izrađena.

Sažeti prikaz obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 26 Prva skupina pitanja iz zahtjeva za prethodnu odluku odnosi se na ograničavanje informacija gospodarskih subjekata kao poslovne tajne.
- 27 U skladu s presudom Suda od 29. ožujka 2012. u predmetu C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., javni naručitelj mora se na jednak i pravedan način odnositi prema natjecateljima kako gospodarski subjekti po završetku postupka odabira ponuda i u odnosu na njegov ishod ne bi stekli dojam da je javni naručitelj natjecatelje nepravedno doveo u povoljniji ili nepovoljniji položaj. Postizanje tog učinka izravno je povezano s transparentnošću dodjele ugovora, što je pak povezano s javnošću te dodjele ugovora za sudionike postupka. Javnost postupka može se ograničiti, ali u nacionalnom pravu nisu uvedena takva ograničenja u odnosu na načela navedena u članku 7. stavku 1. Zakona o javnoj nabavi, odnosno načela poštenog tržišnog natjecanja, jednakog postupanja i transparentnosti postupka. Slično tomu, odredbe iz članka 21. stavka 1. Direktive 2014/24/EU i članka 2. stavka 1. Direktive 2016/943 ne smiju dovesti do nepoštovanja načela utvrđenih u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24/EU.
- 28 U poljskom pravnom sustavu gospodarski subjekti u pravilu imaju puni pristup dokumentaciji postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi (članak 96. Zakona o javnoj nabavi). Izostanak ili ograničavanje tog pristupa dovodi do narušavanja povjerenja gospodarskih subjekata u odluke javnih naručitelja, a time i u cijeli sustav javne nabave, što pak proizlazi iz nedostatka javnosti i mogućnosti provjere djelovanja javnog naručitelja i konkurenata. Time se i gospodarskim subjektima otežava, pa čak i onemogućuje, djelotvorno podnošenje zahtjeva za pravnu zaštitu.
- 29 To što gospodarski subjekti prate tijek postupaka, upoznaju se s ponudama konkurenata te provjeravaju te ponude i informacije koje se pružaju javnom naručitelju, uobičajena je praksa u nacionalnim nadmetanjima i to se očituje u žalbama podnesenima Nacionalnoj žalbenoj komisiji u kojima se najčešće pojavljuju prigovori o neodbijanju nepravilnih ponuda i neisključivanju gospodarskih subjekata koji nisu dokazali da ispunjavaju uvjete sudjelovanja u postupku ili su pak javnom naručitelju dostavili neistinite informacije. Gospodarski subjekti često raspolažu znatno širim stručnim znanjem o predmetu ugovora i stanju u određenom sektoru u usporedbi s javnim naručiteljima te ujedno rado pristupaju javnim informacijama kako bi provjerili informacije koje pružaju konkurenti, što često dovodi do promjene u ishodu postupka.
- 30 Sve se češće pojavljuje praksa čiji je cilj sprečavanje prethodno navedenoga u obliku ograničavanja dokumenata koji se podnose u postupku ili njihovih dijelova kao dokumenata koji sadržavaju poslovnu tajnu. To se tiče dokumenata koje zahtijevaju javni naručitelji, a koji se odnose na osnove za isključenje gospodarskih subjekata iz postupka, ispunjavanje uvjeta sudjelovanja u postupku, usklađenosti ponude sa zahtjevima specifikacija ključnih uvjeta nabave te onih koji se odnose na kriterije ocjene ponuda. Na ograničavanje te vrste dokumenata gleda se kao na pokušaj da se njihov sadržaj sakrije od konkurenata kako oni ne bi

primijetili osnove za isključenje gospodarskog subjekta iz postupka ili za odbijanje ponude, koje sam javni naručitelj neće primijetiti, i kako eventualno ne bi osporavali ocjenu ponude provedenu prema kriterijima ocjene.

- 31 U skladu s odlukom Sąda Najwyższego (Vrhovni sud, Poljska) iz 2005., ograničavanje informacija kao poslovne tajne, unatoč tomu što te informacije nisu tajne, nema za posljedicu odbijanje ponude kao nezakonite, nego samo obvezu da javni naručitelj provjeri ograničenja i objavi te informacije. Gospodarski subjekti stoga su postupno počeli ograničavati sve više informacija jer to za njih nema nikakve negativne posljedice. Informacije se ograničavaju funkcionalno, odnosno gospodarski subjekti ograničavaju jedne te iste informacije kad im to odgovara te ih objavljuju također onda kada im to odgovara. Gospodarski subjekti često ograničavaju cijele dokumente, a kad ih se na raspravi pita da navedu koji su dijelovi konkretno tajni i zašto, nisu u stanju odgovoriti ili navode samo pojedinačne podatke ili kratke odlomke.
- 32 S jedne strane, javni se naručitelji boje objaviti ograničene dokumente, čak i ako smatraju da oni nisu poslovna tajna, zato što se plaše mogućih problema i naknada štete. S druge strane, to im je praktično jer drugi gospodarski subjekti nemaju uvid u te dokumente, pa ne mogu valjano propitivati odluke javnih naručitelja te se ograničava mogućnost žalbe na odluku javnog naručitelja.
- 33 Pokušaj da se doskoči navedenom problemu bila je izmjena članka 8. stavka 3. Zakona o javnoj nabavi iz 2014. kojom je uvedena obveza da gospodarski subjekti moraju navesti da su ograničene informacije poslovna tajna.
- 34 Posljednjih su se godina pojavile odredbe, kako u Direktivi 2014/24/EU tako i u Direktivi 2016/943, koje mogu dovesti do sve veće nesigurnosti javnih naručitelja i tijela koja odlučuju u pogledu stvarne mogućnosti da gospodarski subjekti ograniče informacije u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi. Te se dvojbe uglavnom povezuju s utvrđenjima u tim direktivama.
- 35 Naime, u članku 21. stavku 1. Direktive 2014/24/EU navodi se da javni naručitelj ne smije otkriti informacije koje su mu prosljedili gospodarski subjekti koje su oni označili kao povjerljive, uključujući tehničke ili trgovinske tajne i povjerljive aspekte ponuda, ali ne ograničavajući se na njih. Međutim, u članku 2. točki 1. Direktive 2016/943 poslovna se tajna definira kao informacije koje „u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova [nisu] općenito poznate ili lako dostupne” i „imaju komercijalnu vrijednost zbog toga što su tajne”. U tim je odredbama stoga istaknuta činjenica da je poduzetnik određene informacije obuhvatio poslovnom tajnom, a ne priroda tih informacija. Odredbama direktiva ne naglašava se ni obveza gospodarskog subjekta da navede da je određena informacija ili dokument poslovna tajna, kao ni obveza javnog naručitelja da ispita je li izvršeno ograničenje opravdano.
- 36 Gospodarski subjekti pokušavaju iskoristiti vrlo općenitu formulaciju odredbi direktiva te ih tumačiti, osobito članak 2. točku 1. Direktive 2016/943, kao

mogućnost ograničavanja bilo koje i svake informacije ili dokumenta koje u postupku ne žele otkriti drugim gospodarskim subjektima. To može biti svaki dokument koji je pojedinačno sastavljen za postupak nadmetanja i svaki bitan element ponude. Za gospodarske subjekte komercijalna vrijednost tih informacija proizlazi upravo iz toga što su tajne, jer kad ne bi bile tajne, konkurenti bi u ponudama mogli pronaći nedostatke. Međutim, čini se da to nije cilj mogućnosti da se gospodarskim subjektima osigura zaštita informacija, koja se predviđa člankom 21. stavkom 1. Direktive 2014/24/EU te Direktivom 2016/943. To nije ni u skladu sa zajedničkim osjećajem djelovanja u uvjetima poštenog tržišnog natjecanja.

- 37 U ovom se postupku dovodi u pitanje ograničavanje dviju vrsta dokumenata: onih kojima se opisuje osobna situacija uspješnog gospodarskog subjekta u pogledu njegova iskustva, subjekata i osoblja koje predlaže za izvršenje ugovora te onih kojima se opisuje način izvršenja ugovora.
- 38 Kad je riječ o dokumentima kojima se opisuje osobna situacija uspješnog gospodarskog subjekta u pogledu njegova iskustva, subjekata i osoblja koje predlaže za izvršenje ugovora, javni naručitelj zahtijeva službene i standardne dokumente i informacije koje su utvrđene odredbama, člankom 59. i 60. te dijelom II. Priloga XII. Direktivi 2014/24/EU, te Zakonom o javnoj nabavi i Uredbom o vrstama dokumenata koje javni naručitelj može zahtijevati od gospodarskog subjekta u postupku javne nabave.
- 39 Uzimajući u obzir to da je zakonodavac Unije točno naveo informacije koje se moraju pružiti javnom naručitelju, može se zaključiti da je pošao od pretpostavke da to nisu informacije koje su poslovna tajna. Opseg tih informacija utvrđuje se zahtjevima javnog naručitelja, a on nije tražio da se navedu pojedinosti ugovora, osobito financijski i drugi osjetljivi podaci.
- 40 Kad je riječ o informacijama u pogledu uspješno dovršenih projekata zajedno s referencama primatelja usluga, kao i pojedinostima o kvalifikacijama osoblja ili znanstvenika, one se obično reklamiraju te postavljaju na internetske stranice radi stjecanja budućih klijenata i ugleda. Stoga po svojoj prirodi nisu poslovna tajna.
- 41 Kada gospodarski subjekti navode da je razlog ograničavanja određenih informacija mogućnost preuzimanja ili „potkupljivanja”, bilo osoba predloženih u timu koji treba izvršiti ugovor, bilo subjekata koji stavljaju na raspolaganje svoje resurse/podugovaratelja, javlja se dvojba u pogledu stvarne veze između gospodarskog subjekta i navedene osobe ili subjekta te stvarne mogućnosti raspolaganja tom osobom ili subjektom i njihovim resursima. Gospodarski subjekt mora odlučiti može li se doista pozivati na stvarno raspolaganje navedenim resursima koji se u slučaju predmetnog postupka ne odnose samo na ispunjavanje minimalnih uvjeta javnog naručitelja, nego i na kriterije ocjene ponuda. Riječ je o osobama koje se navode u okviru kriterija ocjenjivanja i za čije se sudjelovanje u postupku ponudi dodjeljuju dodatni bodovi.

- 42 Nacionalna žalbena komisija u praksi nije utvrdila da na tržištu javne nabave postoji „potkupljivanje” osoblja ili trećih subjekata/podugovaratelja kao stvaran problem tog tržišta, kao ni druge prakse koje bi prelazile granice prirodnog kretanja osoblja ili slobode sklapanja ugovora među poduzetnicima. Cijenjeni stručnjaci u određenom sektoru, osobito ako su usko specijalizirani, najčešće su poznati te subjekt zainteresiran za njihovo zapošljavanje može stupiti u kontakt s njima, a djeluju i poduzeća specijalizirana za ljudske potencijale. Autori djelâ ne skrivaju svoja profesionalna postignuća, nego često javno ističu svoje rezultate, osobito ako se bave znanstvenim radom. Osim toga, ako je određeni zadatak zanimljiv i prestižan sa stručnog aspekta ili pak unosan, te ga osobe žele izvršiti, neovisno o tome za kojeg bi subjekta trebale raditi. Slično je i u slučaju podugovaratelja. Također nije zabranjeno da više gospodarskih subjekata navede istu osobu, istog podugovaratelja ili istog subjekta koji stavlja na raspolaganje svoje iskustvo – u konačnici, ugovor će ionako biti dodijeljen samo jednom gospodarskom subjektu. Stoga je prije odlučujuća činjenica kojem će od gospodarskih subjekata biti dodijeljen ugovor te uvjeti suradnje koje predloži. Kao što to proizlazi iz Direktive 2016/943, ne treba je shvaćati na način da se njome ograničava sloboda poslovnog nastana, slobodno kretanje radnika ili mobilnost radnika (članak 1. stavak 3. i uvodna izjava 13. preambule)
- 43 Osim toga, takvi podaci sadržani u ponudi mogu biti poslovna tajna, ali prije podnošenja te ponude, u trenutku kada su gospodarski subjekti u potrazi za osobljem, podugovarateljima, subjektima koji stavljaju na raspolaganje svoje resurse itd. Međutim, nakon podnošenja ponuda i s obzirom na zabranu izmjene njihova sadržaja (članak 87. stavak 1. Zakona o javnoj nabavi), informacije o osoblju ili subjektima s kojima konkurent namjerava surađivati više nisu korisne. S druge strane, korisnost tih osoba u budućnosti ovisi o tome hoće li ispuniti konkretne zahtjeve u novim nadmetanjima.
- 44 Druga vrsta dokumenata koje gospodarski subjekti ograničavaju jesu planovi koje zahtijeva javni naručitelj, a koji služe ocjenjivanju ponuda prema kriterijima kvalitete, odnosno „Koncept izrade plana” i „Opis načina izvršenja ugovora”. Gospodarski subjekti koji sudjeluju u postupku i javni naručitelj, navodeći razloge za ograničavanje predmetnih dokumenata, uglavnom su se pozivali na činjenicu da su ti dokumenti njihovi autorski planovi, odnosno djela koja su intelektualna vrijednost.
- 45 Nacionalna žalbena komisija dvoji u pogledu toga je li sama činjenica da se određeni dio ponude može smatrati intelektualnom vrijednošću istovjetna utvrđenju da je taj dio ponude poslovna tajna. Naravno, on bi mogao biti poslovna tajna kad bi bio sastavljen za vlastite potrebe gospodarskog subjekta. Međutim, ponuda se izrađuje na temelju zahtjeva specifikacija ključnih uvjeta nabave kako bi bila osnova za ispitivanje usklađenosti ponude sa zahtjevima sadržanim u specifikacijama ključnih uvjeta nabave (opisom predmeta ugovora) te osnova za procjenjivanje ponude prema kriterijima ocjene ponuda. Bez tog cilja teško je istaknuti bilo kakvu vrijednost tih djela. Isto tako, sama činjenica da se ponuda može smatrati intelektualnim djelom određenog gospodarskog subjekta ne znači

da postoji poslovna tajna; naime, djelima je svojstveno objavljivanje uz navođenje autora. Osim toga, u pitanje nije dovedena tvrdnja javnog naručitelja da planovi ne sadržavaju inovativna rješenja u sektoru, nego sadržavaju informacije koje su dostupne stručnjacima. Stoga je upitno može li se samu sposobnost vještog opisivanja nekog pitanja smatrati poslovnom tajnom.

- 46 Argumentacija gospodarskih subjekata u pogledu prednosti u tržišnom natjecanju mogla bi se primijeniti na svaki postupak nadmetanja. Prihvatanje pretpostavke da samo sastavljanje ponuda, koje istodobno ispunjavaju zahtjeve javnog naručitelja i dobivaju visoku ocjenu u okviru kriterija ocjene ponuda, čini znanje i iskustvo gospodarskog subjekta koje je poslovna tajna dovelo bi do toga da gospodarski subjekti ograniče svaku pojedinost ponude.
- 47 U skladu s uvodnom izjavom 14. preambule Direktive 2016/943, informacije se mogu smatrati poslovnom tajnom kada postoje kako legitiman interes za očuvanje njihove povjerljivosti tako i legitimno očekivanje da će se takva povjerljivost očuvati. Takvo znanje i iskustvo ili takve informacije trebale bi imati stvarnu ili potencijalnu komercijalnu vrijednost. Međutim, u argumentima javnog naručitelja i gospodarskih subjekata koji sudjeluju u postupku previše je hipotetskih tvrdnji i tvrdnji koje su proturječne istaknutim argumentima da se ne bi pojavile dvojbe o tome treba li navedene razloge za ograničavanje informacija smatrati realnim te imaju li ograničeni dokumenti stvarnu komercijalnu vrijednost koja se spominje u uvodnoj izjavi 14. preambule. S druge pak strane, gospodarski se subjekti dosljedno i snažno protive otkrivanju informacija. Tekst odredbi Direktive 2016/943 dovodi do dvojbi u pogledu toga što je dopušteno u tom području, no ne postoji ujednačena i ustaljena sudska praksa u pogledu mogućnosti ograničavanja takvih informacija kao poslovne tajne. Nacionalna žalbena komisija stoga smatra da je važno da Sud odgovori je li opravdano očekivanje gospodarskih subjekata da javni naručitelj neće objaviti prethodno navedene dokumente.
- 48 Ograničavanje određenih informacija kao poslovne tajne ima za posljedicu i to da se drugim gospodarskim subjektima ograničava, a često i onemogućuje podnošenje zahtjeva za pravnu zaštitu, kao što je jasno iz primjera razloga i argumenata iz predmetne žalbe u okviru kojih žalitelj navodi da ne može pružiti detaljnije obrazloženje s obzirom na nemogućnost pristupa informacijama.
- 49 Još jedno pitanje povezano s podnošenjem zahtjeva za pravnu zaštitu odnosi se na to da je ono, u skladu s Direktivom o pravnoj zaštiti i Zakonom o javnoj nabavi, vremenski i materijalno ograničeno.
- 50 Kad je riječ o vremenskom aspektu, člankom 182. Zakona o javnoj nabavi utvrđuju se rokovi za podnošenje žalbe na aktivnosti javnog naručitelja. U ovom slučaju žalba se može podnijeti isključivo u roku od 10 dana od trenutka kad je javni naručitelj dostavio informaciju o odabiru najpovoljnije ponude i o rezultatu ispitivanja i ocjene ponuda koje je proveo javni naručitelj, nakon čega gospodarski subjekt gubi pravo na podnošenje žalbe, pri čemu se taj rok ne može obnoviti (nijedna odredba ne predviđa takvu obnovu).

- 51 Žalitelj se žalio na ograničavanje informacija u odnosu na sve preostale ponude, čak i ako su niže rangirane u poretku ponuda – naime, on to ograničavanje kasnije ne bi mogao dovesti u pitanje, čak i da se poredak ponuda promijeni, te je ujedno podnio prigovore u pogledu CDM-ove ocjene ponude, iako nije bio upoznat s osnovom te ocjene.
- 52 Materijalno ograničavanje mogućnosti žalbe temelji se na činjenici da, u skladu s člankom 189. stavkom 2. točkama 4. i 5. Zakona o javnoj nabavi, Nacionalna žalbena komisija odbija žalbu ako utvrdi da se žalitelj poziva isključivo na iste okolnosti koje je Nacionalna žalbena komisija već razmatrala u okviru druge žalbe u vezi s istim postupkom koju je podnio isti žalitelj ili ako se žalba odnosi na radnju koju je javni naručitelj izvršio u skladu sa sadržajem presude Nacionalne žalbene komisije ili suda ili, u slučaju prihvaćanja prigovora iz žalbe, koju je izvršio u skladu sa zahtjevom sadržanim u žalbi. Stoga, ako gospodarski subjekt u žalbi podnese nekoliko prigovora, kao što je to slučaj u ovom postupku, a Nacionalna žalbena komisija utvrdi da su potvrđeni samo neki od njih, primjerice prigovor o propustu otkrivanja dokumenata, a da nisu potvrđeni oni u pogledu ocjene ponuda, javni bi naručitelj samo morao objaviti dokumente, dok se odabir ponuda ne bi otkrio, pa gospodarski subjekt više ne bi mogao dovesti u pitanje ponudu gospodarskog subjekta nakon što se upozna s njezinim cjelokupnim sadržajem.
- 53 Nacionalna žalbena komisija pita se, u slučaju da ona utvrdi da ograničeni dokumenti nisu poslovna tajna, što dovodi do toga da se javnom naručitelju naloži njihova deklasifikacija, ima li to utvrđenje za posljedicu mogućnost da gospodarski subjekt ponovno podnese žalbu u opsegu koji proizlazi iz njihova sadržaja, a s kojim ranije nije bio upoznat te nije mogao iskoristiti pravo na djelotvornu pravnu zaštitu. Nadalje, ako ta mogućnost gospodarskog subjekta ne proizlazi izravno iz zakonskih odredbi (njihova sadržaja ili tumačenja), treba li Nacionalna žalbena komisija u svojoj odluci predvidjeti takvu mogućnost gospodarskom subjektu, primjerice tako da ne naloži samo otkrivanje tih dokumenata, nego i da poništi radnju odabira najpovoljnije ponude, čime bi se omogućilo podnošenje žalbe na ponovno proveden odabir ponude. Eventualno pita i proizlazi li takva mogućnost izravno iz odredbi Direktive o pravnoj zaštiti ili njezina pravilnog tumačenja.
- 54 Druga skupina pitanja iz zahtjeva za prethodnu odluku odnosi se na utvrđivanje javnog naručitelja necjenovnih kriterija ocjene ponuda te načina njihove ocjene. Način ocjene ponuda prema tim kriterijima možda nije doveo do dvojbi u fazi upoznavanja gospodarskih subjekata s njihovim opisom sadržanim u specifikacijama ključnih uvjeta nabave, ali su se nedostaci mogli pojaviti u trenutku kad je javni naručitelj na temelju njih pokušao provesti stvarnu ocjenu ponuda.
- 55 Iz članka 67. stavka 4. Direktive 2014/24/EU proizlazi da kriteriji ocjene ponuda koje je utvrdio javni naručitelj ne smiju dati neograničenu slobodu izbora javnom naručitelju te da moraju osigurati mogućnost učinkovitog nadmetanja i omogućiti

učinkovitu provjeru informacija koje su pružili ponuditelji da bi se procijenilo u kojoj mjeri ponude udovoljavaju kriterijima za odabir ponuda. To stoga znači da moraju osigurati i mogućnost provjere ocjene koju je proveo javni naručitelj. Necjenovni kriteriji koje je sastavio javni naručitelj, a koji se odnose na ocjenu kategorija „Koncept izrade plana” i „Opis načina izvršenja ugovora” dovode do dvojbi u tom pogledu iz nekoliko razloga.

- 56 Kao prvo, navedeni kriteriji ne temelje se na jednostavno usporedivim i objektivnim podacima koji se mogu matematički ili fizički izmjeriti, kao što su pojedini parametri, izvedba, izdržljivost, funkcionalnost itd., nego na pojedinačnoj ocjeni koju je javni naručitelj opisao služeći se nepreciznim izrazima kao što su „nejasno je opisao”, „jasno je i potpuno opisao”, „dio elemenata nije opisan”, „predložena rješenja optimalna su i jamče visoku razinu kvalitete i pouzdanosti ishoda” ili pak „ne jamče visoku razinu kvalitete i pouzdanosti ishoda”, „sadržava dodane vrijednosti koje imaju utjecaj na kvalitetu i izvršenje predmeta ugovora”.
- 57 Kao drugo, navedeni kriteriji ovise o osobnom stajalištu javnog naručitelja o gornjim značajkama. Nije moguće zatražiti stručno mišljenje u pogledu ocjene sadržaja planova koje su izradili gospodarski subjekti jer oni ne sadržavaju parametre koji bi se mogli provjeriti.
- 58 Kao treće, nastalu situaciju treba razmotriti i u svjetlu toga jesu li gospodarski subjekti stvarno imali mogućnost valjano pripremiti ponude u skladu s unaprijed poznatom metodologijom ocjenjivanja.
- 59 Kao četvrto, gospodarski subjekti nisu se mogli upoznati s materijalima koje je ocjenjivao javni naručitelj, kao ni s njihovom potpunom ocjenom, te nisu mogli usporediti jesu li gospodarski subjekti usporedivo ocijenjeni u odnosu na usporedive nedostatke i prednosti u planovima.
- 60 Kao peto, u žalbi nije bilo moguće navesti konkretne prigovore u pogledu mnogih dijelova ocjene, što nije bila žaliteljeva krivnja, zbog čega su povrijeđena načela navedena u Direktivi o pravnoj zaštiti. Kao što to proizlazi iz odredbe članka 192. stavka 7. Zakona o javnoj nabavi, Nacionalna žalbena komisija djeluje u okviru podnesenih prigovora i ne može u tom smislu zamijeniti žalitelja. Žalitelj nije znao koje konkretne prigovore o ocjeni treba podnijeti u pogledu vlastite ponude, a kamoli CDM-ove ponude. Točno je da je javni naručitelj uložio napor i pripremio na desetke stranica obrazloženja izvršene ocjene, ali je očito da javni naručitelj ne može staviti na raspolaganje cjelokupno obrazloženje ocjene ako su sami planovi označeni kao poslovna tajna. Umjesto ključnih informacija navedeno je [POSLOVNA TAJNA].
- 61 Kao šesto, ugovor o javnoj nabavi u okviru kojeg gospodarski subjekt treba izvršiti posao podrazumijeva rezultate, a ne pažljivo postupanje gospodarskog subjekta. Međutim, javni naručitelj nije primjerice zahtijevao planove u obliku uzoraka projekata, nego opisa na koji će način gospodarski subjekti postupati. Stoga je teško doista utvrditi kako će ispasti konačni projekti na temelju tih

ocijenjenih planova te postoji bojazan da se ustvari ocjenjuje vještina izrade planova koji odgovaraju javnom naručitelju („Koncept izrade plana” i „Opis načina izvršenja ugovora”), a ne kvaliteta usluga koje se nabavljaju.

- 62 Javni je naručitelj stoga u predmetnom postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi predvidio kriterije ocjene ponuda u vidu cijene koja čini 40 % bodova te necjenovnih kriterija u vidu planova „koncept izrade plana” i „opis načina izvršenja ugovora” koji ukupno nose 60 % bodova. Ti se kriteriji temelje na otvorenoj ocjeni koju provodi javni naručitelj, a koja se ne temelji na čimbenicima koje je moguće matematički ili fizički provjeriti, kao što su brožani podaci, parametri, funkcionalnost itd., što u najboljem slučaju uvelike otežava provjeru ocjene ponuda koju je proveo javni naručitelj. Osim toga, svi su gospodarski subjekti označili predmetne planove kao poslovnu tajnu, što je javni naručitelj očekivao ili je mogao očekivati dok je sastavljao kriterije s obzirom na prethodno ograničavanje sličnih dokumenata, što ne dovodi samo do nemogućnosti provjere ocjene ponuda koje je proveo javni naručitelj, nego i samih ponuda. Slijedom toga, javni je naručitelj među pristiglim ponudama odabrao onu s najvišom cijenom, pri čemu je ta cijena bila jedini dostupan i provjerljiv kriterij, dok je preostale kriterije, koji su odlučivali o poretku ponuda, teško provjeriti.

RADNI DOKUMENT