

VAROVANJE ZAUPNOSTI PRI JAVNEM NAROČANJU

Javnost oziroma zaupnost v javnem naročanju je v prvi vrsti povezana s podatki, ki jih naročniku posreduje gospodarski subjekt in jih označi kot zaupne. Takih podatkov naročnik ne sme objaviti oziroma razkriti. Informacije, ki štejejo kot zaupne, so tehnične ali poslovne narave, ali pa gre za zaupne podatke, vezane na ponudbo. Dokumentacija o javnem naročilu postane v celoti javna od takrat, ko je javno naročilo oddano. Zaradi zagotovitve nemotenega poteka naročanja in dela naročnika predvsem v zvezi s pregledom in ocenjevanjem ponudb je možen vpogled v ponudbe drugih ponudnikov, ki so oddali ponudbe, šele od takrat, ko naročnik izda obvestilo o oddaji naročila. Pri teh vprašanjih je Zakon o javnem naročanju (ZJN-3) lex specialis glede na določbe Zakona o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ).

VAROVANJE POSLOVNE SKRIVNOSTI PO ZGD-1

Varovanje zaupnosti podatkov ponudnikov s statusno-pravnega vidika obravnava Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) v oddelku poslovne skrivnosti. Poslovna skrivnost je bistven del delovanja ponudnika in je rezultat znanja, ustvarjalnosti in prizadevnosti vseh udeležencev v njegovem podjetju. ZGD-1 opredeljuje kot poslovno skrivnost podatke, za katere družba oziroma drugi gospodarski subjekti tako določijo s pisnim sklepom. Pri opredelitvi poslovne skrivnosti je ZGD-1 uvedel subjektivno merilo ocenjevanja, kar pomeni, da zakon daje podlago gospodarskemu subjektu oziroma njegovemu organu, da sam odloči o tem, kaj se šteje za poslovno skrivnost in kaj ne. Bolj kot subjektivno merilo je pomembno objektivno merilo, ki pomeni, da oblikujejo poslovno skrivnost tisti podatki, za katere je očitno, da bi nastala občutna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseba (drugi odstavek 39. člena ZGD-1). Objektivno merilo je treba presojeti v vsakem konkretnem primeru posebej. Poleg vseh zgoraj omenjenih dejstev, ki se nanašajo na določevanje poslovne skrivnosti, je treba omeniti tudi negativni kriterij poslovne skrivnosti, ki določa, da se kot poslovna skrivnost ne štejejo podatki, ki so po zakonu podatki o kršitvah zakona ali dobrih poslovnih običajev (tretji odstavek 39. člena ZGD-1).

Za poslovno skrivnost se po prvem do tretjega odstavka 39. člena ZGD-1 štejejo vsi tisti podatki, za katere tako določi gospodarska družba v pisnem sklepu. Z vsebino tega sklepa morajo biti seznanjeni družbeniki, delavci, člani organov in druge osebe, ki morajo varovati vse podatke s pravno naravo poslovne skrivnosti. Ne glede na to, ali so določeni s sklepom, se za poslovno skrivnost štejejo tudi podatki, za katere je očitno, da bi nastala občutna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseba. Družbeniki, delavci, člani organov družbe in druge osebe so odgovorni za kršitev, če so vedeli, ali bi morali vedeti za tako naravo podatkov. Podatek se lahko šteje za poslovno skrivnost le tedaj, če je znan samo določenemu in omejenemu krogu ljudi, kar pomeni, da podatka, ki je dostopen ali znan širšemu krogu, ne moremo šteti za

poslovno skrivnost. Za poslovno skrivnost torej velja podatek, katerega sestavine so sicer znane, vendar je podatek kot celoto mogoče strniti le z opaznim miselnim naporom. V zvezi s podatkom je treba vedno natančno opredeliti, kaj je pravzaprav predmet vednosti in varovanja. Lahko je določen podatek sam po sebi sicer znan, zaupno naravo pa ima dejstvo, da določeno podjetje ta podatek uporablja oziroma kako ga uporablja (na primer proizvodni postopek je v strokovni literaturi natančno opisan in ga lahko zaposleni obnovijo ali reproducirajo). Ta postopek torej ne more biti predmet varstva poslovne skrivnosti. Pravno naravo poslovne skrivnosti pa na primer pomeni podatek, da je zadevna družba začela uporabljati postopek, ki je sam po sebi sicer znan zunaj njegovega okolja. Podatek, ki naj bi bil poslovna skrivnost, sme biti seveda znan le določenemu in omejenemu krogu ljudi. Obstaja tudi prepoved, da bi osebe, ki vedo za podatek, tak podatek sporočale pooblaščenim osebam.

ZJN-3 ima glede varovanja poslovne skrivnosti drugačno dikcijo, kot jo prevzema ZGD-1, saj kot poslovno skrivnost varuje podatke, ki jih ponudnik predloži in označi kot take, kar ponudniki naredijo, bodisi s predložitvijo sklepa o poslovni skrivnosti ali pa na posameznih dokumentih označijo, kaj menijo kot poslovno skrivnost. Če ponudniki v ponudbi tega ne označijo, naročnik ob vpogledu ni dolžan varovati ponudbenih podatkov kot poslovne skrivnosti, četudi ponudniki po roku za prejem ponudb ali ob vpogledu predložijo sklep o določitvi poslovne skrivnosti. Prav tako ne zapadejo pod poslovno skrivnost v postopku javnega naročanja podatki, ki so zakonsko označeni kot javni (glej spodaj drugi odstavek 35. člena ZJN-3).

VAROVANJE ZAUPNOSTI PO ZJN-3

Javnosti mora biti zagotovljen vpogled v dokumentacijo postopka oddaje javnega naročila, ki je podlaga za odločitev o oddaji javnega naročila. Načeloma je določena javnost dokumentov, objektivni razlogi pa lahko zahtevajo, da se njihova dostopnost omeji. Mejniki pri varovanju zaupnosti je tretji odstavek 35. člena ZJN-3, in sicer rok za odpiranje ponudb. Do tega roka so imena ponudnikov in vsebina ponudb zaupne narave. Ponudbe se oddajo v zapečatenih ovojnicah ali na elektronskem mediju, tako da se ne more nihče seznaniti z njihovo vsebino. Do tega roka ne veljajo pravila o javnosti dokumentov iz postopka oddaje javnega naročila.

Vsi dokumenti iz postopka oddaje javnega naročila postanejo javni po pravnomočnosti odločitve o oddaji javnega naročila, razen seveda dokumentov, ki pomenijo poslovno skrivnost, tajnih podatkov ali osebnih podatkov. Po pravnomočnosti odločitve o oddaji javnega naročila se javnost dokumentov presoja po pravilih ZDIJZ. Dileme nastopijo v času, ko so ponudbe odprte in naročnikova odločitev še ni pravnomočna. Dokumenti, ki jih je sestavil naročnik, so javni, medtem ko za dokumente ponudnikov velja pravilo zaupnosti. Naročniki naj bi obravnavali podatke gospodarskih subjektov kot zaupne, saj je tudi interes gospodarskih

subjektov, da se njihovo poslovanje ne razkriva konkurenci in njihovo sodelovanje na javnem naročanju ne razkrije več kot zahteva posebna narava javnih naročil.

Zaupnost v javnem naročanju ne velja za podatke, ki jih mora naročnik uporabiti, da izpolni svoje obveznosti po ZJN-3 glede obvestil o oddanih javnih naročilih ter obvestil kandidatom in ponudnikom. Če se postopek konča z izbiro ponudbe, mora naročnik vsem ponudnikom pojasniti, zakaj je bila določena ponudba izbrana in kakšne prednosti ima pred ostalimi ponudbami oziroma zakaj ostale ponudbe niso bile izbrane. Za podatke, ki ji je ponudnik sam označil kot zaupne, velja prepoved razkrivanja, če gre za podatke, ki niso potrebni za izpolnitev naročnikovih obveznosti. Drugi odstavek 35. člena ZJN-3 določa podatke, ki so vedno javni in ne morejo biti zaupne narave. Javni podatki so tako specifikacije ponujenega blaga, storitve ali gradnje, količina iz te specifikacije, cena na enoto, vrednost posamezne postavke in skupna vrednost iz ponudbe ter vsi tisti podatki, ki so vplivali na razvrstitev ponudbe v okviru drugih meril.

Peti odstavek 35. člena ZJN-3 določa kdaj in komu je dovoljen vpogled v ponudbe. Če je naročnik izvedel popoln pregled vseh ponudb, mora po objavi odločitve o oddaji javnega naročila omogočiti vpogled v ponudbo izbranega ponudnika le tistim ponudnikom, ki so oddali dopustno ponudbo. Če naročnik ni opravil popolnega pregleda ponudb, pa mora omogočiti vpogled vsem ponudnikom. Naročnik ponudniku, ki je v roku treh delovnih dni po objavi odločitve zahteval vpogled, dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika najkasneje v treh delovnih dneh od prejema zahteve, razen v tiste dele, ki upoštevajo določbe tega člena predstavljajo poslovno skrivnost, ali gre za tajne podatke v skladu z zakonom, ki ureja dostop do tajnih podatkov, ali za osebne podatke, ki se varujejo v skladu z zakonom, ki ureja varstvo osebnih podatkov. V postopku oddaje naročila male vrednosti lahko ponudnik zahteva vpogled v dveh delovnih dnevih od objave odločitve, naročnik pa dovoli vpogled v ponudbo izbranega ponudnika najpozneje v dveh delovnih dnevih od prejema zahteve. Vpogled je brezplačen. Za posredovanje prepisa, fotokopije ali elektronskega zapisa zahtevane informacije lahko naročnik ponudniku zaračuna materialne stroške.

DOSTOP DO INFORMACIJ JAVNEGA ZNAČAJA V POSTOPKIH JN

Informacija javnega značaja je informacija, ki izvira iz delovnega področja organa, je pa v obliki dokumenta, zadeve, dosjeja, registra, evidence ali dokumentarnega gradiva, ki ga je organ izdelal sam, ali v sodelovanju z drugim organom, ali pridobil od drugih oseb. Informacije javnega značaja so prosto dostopne pravnim in fizičnim osebam (zakon jih enotno imenuje prosilci). Prosilci imajo tako pravico zahtevati od določenega organa, ki po njihovem mnenju razpolaga z iskano informacijo, da jim informacijo posreduje. Dostop do informacije javnega značaja ni brez omejitev. ZDIJZ

v 6. členu navaja enajst primerov, v katerih lahko organ prosilcu zavrne zahtevo zaradi posebne narave podatka, ki ga prosilec želi (če prosilec na primer zahteva podatek, ki je na podlagi zakona opredeljen kot tajen, če prosilec zahteva osebni podatek, katerega posredovanje bi pomenilo kršitev predpisov o varstvu osebnih podatkov, ali če bi razkritje podatka škodovalo izvajanju sodnega ali upravnega postopka itd.).

Naročnik po ZDIJZ zapade pod osebo, ki mora vsakomur zagotoviti javnost in odprtost delovanja organa ter omogočiti uresničevanje pravic subjektov, da pridobijo informacije javnega značaja in največjo možno obveščenost javnosti o delu organa (2. člen ZDIJZ). Za dostop do informacij javnega značaja subjektom ni treba dokazati pravnega interesa (5. člen ZDIJZ). Načelo prostega dostopa do informacij javnega značaja pomeni pravno domnevo, da so vse informacije javnega značaja prosto dostopne, razen v primeru izjem. Dokazno breme je obrnjeno, saj mora zavezani organ dokazati, ali je podana pravna podlaga za nerazkritje informacije prosilcu.

Prosilec lahko zahteva dostop do informacij javnega značaja z neformalno ali formalno zahtevo, vendar pa mu ZDIJZ ne zagotavlja pravnega varstva, če zahtevo vloži neformalno. Organ mora odločiti o formalni zahtevi prosilca nemudoma, najpozneje pa v 20 delovnih dneh od dneva prejema popolne zahteve. V izjemnih okoliščinah se z zakonom določen rok lahko podaljša za največ 30 delovnih dni. Formalna zahteva prosilca se šteje za zavrnjeno, če organ prosilcu ne omogoči dostopa do informacije in tudi, če ne izda in ne vroči prosilcu odločbe o zavrnitvi v predvidenem roku (molk organa). Zoper odločbo, s katero je organ formalno zahtevo zavrnil, zoper sklep, s katerim je organ formalno zahtevo zavrgel, ter v drugih primerih, ki jih določa ZDIJZ, ima prosilec pravico do pritožbe. V pritožbenem postopku odloča Informacijski pooblaščenec.

VPOGLED V DOKUMENTACIJO JAVNEGA NAROČANJA IN ZAUPNOST

Vpogled je tisti institut v postopkih javnega naročanja, ki neizbranim ponudnikom omogoča ugotavljanje, ali je ponudba izbranega ponudnika dejansko dopustna in je naročnik sprejel pravilno in zakonito odločitev. Pri vpogledu neizbrani ponudniki pridobivajo podatke, ki jim lahko zagotovijo uveljavljanje pravnega varstva. V ZJN-3 so v 35. členu določila (glej poglavje zgoraj Varovanje zaupnosti po ZJN-3), ki določajo, kdaj in pod katerimi pogoji je možen vpogled v dokumentacijo izbranega ponudnika in kdaj v dokumentacijo ostalih ponudnikov. Zgoraj navedena pravila iz petega odstavka 35. člena ZJN-3 določajo aktivne legitimacije za vpogled, ki pa so v nasprotju z določbo prvega odstavka 14. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN), saj ta aktivno legitimacijo priznava vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila in je ali bi ji lahko z domnevano kršitvijo nastala škoda. Ponudnik, čigar ponudba je nedopustna, bo najprej prisiljen vložiti revizijski zahtevek na dopustnost svoje ponudbe. Ob morebitni ugotovitvi dopustnosti njegove

ponudbe, mu bo moral naročnik določiti nov rok za vpogled v ponudbo, po katerem lahko isti ponudnik vloži nov revizijski zahtevek, v katerem bo izpodbijal dopustnost izbrane ponudbe. S takšno ureditvijo je zakonodajalce želel preprečiti zlorabo instituta vpogleda, da bi onemogočil dostop do informacij za izkrivljanje konkurence ali oškodovanje legitimnih interesov ostalih ponudnikov. Če naročnik ni pregledal vseh ponudb, je smiselna razlaga določil ZJN-3, na podlagi katerih naročnik omogoči vpogled ponudnikom, ki so oddali dopustne ponudbe, in vsem ostalim ponudnikom, katerih ponudb ni pregledal, ne omogoči pa vpogleda ponudniku, ki je oddal nedopustno ponudbo. Prav tako vpogled ni več dopusten v dokumentacijo naročnika, pač pa samo v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika.

ZJN-3 spreminja pravila glede roka za vpogled v ponudbeno dokumentacijo. Vlagateljem v zahtevi za vpogled ni več treba navajati razlogov za vpogled, ampak morajo le pravočasno vložiti zahtevo, in sicer v roku treh delovnih dni po objavi odločitve o oddaji javnega naročila. Naročnik je dolžan omogočiti vpogled v ponudbeno dokumentacijo najkasneje v treh delovnih dneh od prejema zahteve. Po poteku roka za vložitev zahteve za vpogled ima neizbrani ponudnik možnost vpogleda samo še na podlagi določil ZDIJZ.

Pri **LEKSIKOV ZALOŽBI** je izšel strokovni e priročnik z naslovom

JAVNO NAROČANJE OD A DO Ž Vodnik skozi postopek javnega naročila 296 strani, marec 2023

Sistematika oddaje javnih naročil je velikokrat "kamen spotike", saj je treba upoštevati uravnoteženost proračuna, kar vpliva na postopke oddaje javnih naročil, načela gospodarnosti in ekonomičnosti in nenazadnje tudi enakopravnosti ponudnikov. Pravila javnega naročanja posegajo v fazo pogajanj in sklenitve pogodbe z izbranim ponudnikom, medtem ko se za pogodbene obveznosti uporabljajo civilnopravna pravila. Samo natančna določitev "pravil igre" je porok, da se bodo proračunska sredstva uporabljala z najmanjšimi stroški in največjo koristnostjo.



Več si lahko preberete na: www.leksiakov.si