DARS d.o.o.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

E: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Številka: 090-73/2020/2

Datum: 24. 8. 2020

Zadeva: Neobvezna razlaga določb Zakona o dostopu do informacij javnega značaja

Zveza: vaše zaprosilo z dne 30. 7. 2020

**Spoštovani,**

prejeli smo vaše zaprosilo za pojasnilo v zvezi z reševanjem vloge za dostop do informacij javnega značaja po Zakonu o dostopu do informacij javnega značaja (v nadaljnjem besedilu: ZDIJZ)[[1]](#footnote-1) , ki se nanaša na posredovanje prejetih ponudb v postopku javnega naročanja. Odprti postopek po Zakonu o dostopu do informacij javnega značaja (v nadaljnjem besedilu: ZJN-3)[[2]](#footnote-2) je pravnomočno zaključen. Zavezanec po ZJN-3 in po ZDIJZ (v nadaljevanju: organ) je v odprtem postopku javnega naročanja (dobava materialov za talne označbe) v razpisni dokumentaciji v tehničnih specifikacijah določil, da mora ponudnik za ponujene materiale priložiti dokazila, ki ustrezajo standardom SIST EN:

* Certifikat neodvisnega akreditiranega certifikacijskega organa za materiale, ki so

regulirani z navedenimi standardi.

* Tehnične informacije za posamezni material po sklopih.
* Izbrani ponudnik mora ob prvi dobavi materialov dostaviti tudi varnostni list (38.člen
* Zakona o kemikalijah).

Ponudniki so v svojih ponudbah del ponudbene dokumentacije označili kot poslovno skrivnost (med drugim tudi certifikate).

Zanima vas, ali je certifikat neodvisnega akreditiranega certifikacijskega organa za materiale, ki so regulirani s standardi SIST EN 1436:2018, 1423:2012/AC:2013 in 1424:1999 (hladne plastike in barve, steklene kroglice), upoštevajoč zahtevo naročnika v razpisni dokumentaciji  za oddajo javnega naročila po odprtem postopku ( ki je sicer že pravnomočno zaključen) po njihovi predložitvi k ponudbi (vedno) javen podatek in se kot tak posreduje po ZDIJZ.

Za natančno utemeljitev neobveznega pravnega mnenja sta pomembni interpretaciji določb ZJN-3 in ZDIJZ, pri čemer se določbe ZJN-3 uporabljajo zgolj kot materialno pravno zakonodajo, ki ureja področje, v okviru katerega so zahtevani dokumenti nastali.

**Z dnem pravnomočnosti odločitve o oddaji naročila se šteje, da je prišlo do oddaje javnega naročila.[[3]](#footnote-3) Vsi dokumenti (razen tistih delov, ki vsebujejo poslovne skrivnosti ter osebne ali tajne podatke) po pravnomočnosti odločitve predstavljajo informacijo javnega značaja, torej postanejo javni.[[4]](#footnote-4)** Kateri so vsi ti dokumenti, izhaja iz definicije »dokumenta v zvezi z oddajo javnega naročila«, ki v skladu z deveto točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3 pomeni vsak dokument, ki ga pripravi oziroma navaja naročnik, da opiše ali določi elemente javnega naročila ali postopka naročanja, vključno z obvestilom o javnem naročilu, predhodnim ali periodičnim informativnim obvestilom, kadar se uporablja kot sredstvo za objavo povabila k sodelovanju, **tehničnimi specifikacijami**, opisnim dokumentom, predlaganimi pogoji javnega naročila, formati dokumentov, ki jih predložijo kandidati in ponudniki, informacijami o splošno veljavnih obveznostih in kakršnimikoli dodatnimi dokumenti ter vključno z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila. **Pred datumom pravnomočnosti odločitve se določbe zakona, ki ureja dostop do informacij javnega značaja, ne uporabljajo.**

ZJN- 3 v prvem odstavku 2. člena (točka 23.) določa, da »**tehnične specifikacije**« pomenijo:

1. v primeru javnih naročil gradenj skupek tehničnih predpisov, ki jih vključuje zlasti dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila in s katerimi so opredeljene zahtevane značilnosti materiala, proizvoda ali blaga, da ustreza uporabi, za katero jo potrebuje naročnik; te značilnosti vključujejo ravni okoljskih in podnebnih vplivov, zahteve v zvezi z oblikovanjem, prilagojenim vsem uporabnikom (vključno z dostopnostjo za invalide), ter ocenjevanje skladnosti, zahteve v zvezi z delovanjem, varnostjo ali dimenzijami, vključno s postopki zagotavljanja kakovosti, izrazoslovjem, simboli, preizkušanjem in preizkusnimi metodami, pakiranjem, označevanjem in uporabo znakov, navodili za uporabnike ter proizvodnimi postopki in metodami na posamezni stopnji življenjske dobe gradenj; te značilnosti vključujejo tudi pravila glede načrtov in izračuna stroškov, pogoje za preizkušanje, inšpekcijske preglede in pogoje za prevzem gradenj ter konstrukcijske metode ali tehnike in vse druge tehnične pogoje, ki jih lahko v zvezi z dokončanimi gradnjami in materiali ali deli, ki jih vključujejo, predpiše naročnik v skladu s splošnimi ali posebnimi predpisi;
2. v primeru javnih naročil blaga ali storitev specifikacijo v dokumentu, ki opredeljuje zahtevane značilnosti proizvoda ali storitve, kot so ravni kakovosti, okoljskih in podnebnih vplivov, zahteve v zvezi z oblikovanjem, prilagojenim vsem uporabnikom (vključno z dostopnostjo za invalide), ter ocenjevanje skladnosti, zahteve v zvezi z delovanjem, uporabo proizvoda, varnostjo ali dimenzijami, vključno z zahtevami v zvezi s proizvodom glede imena, pod katerim se prodaja, izrazoslovjem, simboli, preizkušanjem in preizkusnimi metodami, pakiranjem, označevanjem, uporabo znakov, navodili za uporabnike, proizvodnimi postopki in metodami na posamezni stopnji življenjske dobe blaga ali storitve, ter postopki ocenjevanja skladnosti.

**Po ZDIJZ je obseg informacij, s katerimi se je mogoče seznaniti, v primerjavi z ZJN-3 širši, poleg tega pa lahko zahtevo za dostop do informacij javnega značaja poda vsakdo in ne le ponudnik.**

ZDIJZ v 6. členu navaja **enajst primerov, v katerih lahko zavezanec prosilcu zavrne zahtevo.** Taki primeri so med drugimi, če prosilec zahteva podatek, ki ga zakon opredeljuje kot tajen; če prosilec zahteva podatek, **ki je opredeljen kot poslovna skrivnost**; če prosilec zahteva osebni podatek, ki ga ščiti predpis o varstvu osebnih podatkov, ali če bi razkritje podatka škodovalo izvajanju sodnega ali upravnega postopka.

Za poslovno skrivnost se štejejo informacije, ki izpolnjujejo zahteve za poslovno skrivnost v skladu z Zakonom o poslovni skrivnosti. Po tem zakonu poslovna skrivnost zajema nerazkrito strokovno znanje, izkušnje in poslovne informacije, ki izpolnjuje naslednje zahteve: [[5]](#footnote-5)

* je skrivnost, ki ni splošno znana ali lahko dosegljiva osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij;
* ima tržno vrednost;
* imetnik poslovne skrivnosti je v danih okoliščinah razumno ukrepal, da jo ohrani kot skrivnost. To pomeni, da je imetnik poslovne skrivnosti informacijo določil kot poslovno skrivnost v pisni obliki in o tem seznanil vse osebe, ki prihajajo v stik ali se seznanijo s to informacijo, zlasti družbenike, delavce, člane organov družbe in druge osebe.

Za poslovno skrivnost se ne morejo določiti informacije, ki so po zakonu javne (npr. po ZDIJZ), ali informacije o kršitvi zakona ali dobrih poslovnih običajev.

**Po prejemu zahteve za dostop do informacije javnega značaja mora organ ugotoviti, ali te informacije izpolnjujejo zahteve za poslovno skrivnost v skladu z Zakonom o poslovni skrivnosti. V tem smislu pavšalne navedbe, da npr. celotno zahtevano gradivo predstavlja poslovno skrivnost, niso sprejemljive.** Kadar zavezanec ob obravnavi zahteve ugotovi, da se zahtevane informacije javnega značaja utegnejo nanašati na poslovne skrivnosti poslovnih subjektov, mora po ustaljeni upravno-sodni praksi poslovne subjekte v skladu z ZUP pritegniti v postopek in jim dati možnost navajanja dejstev, predlaganja dokazov in odgovarjanja na nasprotne navedbe in dokaze glede obstoja poslovne skrivnosti oziroma morebitnega razkritja poslovne informacije, na katero se nanaša. **V kolikor stranski udeleženci za zahtevane informacije izkažejo obstoj poslovne skrivnosti (subjektivni oziroma objektivni kriterij), jih je zavezanec dolžan varovati. Opredelitev poslovne skrivnosti je omejena, ko gre za pogodbe sklenjene z javnimi organi in gre torej hkrati za podatke o porabi javnih sredstev.**

Ne glede na to, da so izpolnjeni pogoji za obstoj izjeme od prostega dostopa zaradi varstva poslovne skrivnosti, pa mora zavezanec v primerih, ki jih predvidevajo tretji odstavek 6. člena, prvi do četrti odstavek 6.a člena ali 7.a člen ZDIJZ, kljub temu dovoliti dostop do zahtevanih informacij javnega značaja. Dovoljena je tudi uporaba testa prevladujočega interesa po drugem odstavku 6. člena ZDIJZ.

Medtem ko je pri subjektivnem načinu določitve poslovne skrivnosti (predložitev sklepa o določitvi poslovne skrivnosti) vrsta podatka odvisna od volje družbe, pa mora biti pri objektivnem kriteriju potreba po varstvu očitna – gre le za tiste podatke, za katere je očitno, da bi nastala občutna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščena oseba. Torej, ali bi lahko bilo vsaki povprečni osebi jasno, da podatek mora biti zaupen že po svoji vsebini. Upoštevati je treba, da so lahko predmet poslovne skrivnosti samo podatki, ki pomenijo konkurenčno prednost podjetja v kakršnem koli pogledu in katerih sporočanje neupravičeni osebi bi škodilo konkurenčnemu položaju podjetja. Ne morejo pa biti kot poslovna skrivnost zajeti podatki, ki ne vplivajo na konkurenčni položaj. Dokazno breme glede obstoja poslovne skrivnosti je primarno na podjetju, čigar podatki naj bi se s poslovno skrivnostjo varovali. Družba oz. podjetje ima praviloma vsa ustrezna znanja in izkušnje o trgu, na katerem deluje in natančno ve kaj, kako in zakaj bi lahko vplivalo na konkurenčni položaj družbe.

Ne glede na navedeno mora zavezanec pri reševanju zahtevka za dostop do informacije javnega značaja upoštevati določbe ZDIJZ, kjer je navedeno, da če dokument ali njegov del le delno vsebuje informacije iz 5.a ali 6. člena ZDIJZ in jih je mogoče izločiti iz dokumenta ne da bi to ogrozilo njihovo zaupnost, pooblaščena oseba organa izloči te informacije iz dokumenta ter seznani prosilca z vsebino oziroma mu omogoči ponovno uporabo preostalega dela dokumenta.[[6]](#footnote-6)

ZJN-3 torej zaradi načela transparentnosti izrecno določa javnost nekaterih dokumentov, zato izjema poslovne skrivnosti zanje ob upoštevanju Zakona o poslovni skrivnosti, ki je tudi pomemben za opredelitev poslovne skrivnosti, ne pride v poštev. Tako za poslovno skrivnost nikoli ne more biti označena cena iz ponudbe in v primeru merila ekonomsko najugodnejše ponudbe tisti podatki, ki izkazujejo oceno oziroma uvrstitev ponudbe v okviru drugih meril, saj javnost teh podatkov zaradi načela transparentnosti zahteva že ZJN-3 neposredno. Prav tako za poslovno skrivnost ni mogoče določiti tistih podatkov iz izbrane ponudbe, ki odražajo izpolnjevanje pogojev. V primeru neizpolnjevanja pogojev bi namreč morala biti ponudba izločena, zato morajo biti v postopku dostopa do informacij javnega značaja prosto dostopni vsi tisti podatki, ki predstavljajo ne le merila, temveč tudi pogoje. Javnost mora namreč imeti preko dostopa do informacij javnega značaja možnost preveriti, ali je izbrana ponudba zadostila vsem pogojem in merilom, ki jih je postavil naročnik. Na ta način pride do izraza nadzorna funkcija pravice dostopa do informacij javnega značaja, ki preprečuje slabo upravljanje in napake pri izvajanju oblasti, med njimi tudi napake v postopkih javnega naročanja.

Poudarjamo, da je poslovno skrivnost, kot izjemo po 6. členu ZDIJZ, potrebno razlagati omejeno, torej ob upoštevanju načel transparentnosti, enakovrednosti, konkurenčnosti ter seveda za nekatere dokumente po zakonu obvezne javnosti. Prav zaradi tretjega odstavka 3. člena Zakona o poslovni skrivnosti se je treba zavedati, da v nekaterih primerih tudi podjetje samo s pisnim sklepom (torej subjektivno) vendarle ni upravičeno za poslovno skrivnost določiti kateregakoli podatka.

Naročnik torej ni nujno vezan na izrecno oznako ponudnika. Na eni strani je namreč naročnik dolžan varovati kot zaupne vse tiste ponudbene dokumente, ki sicer niso označeni kot zaupni, a predstavljajo objektivno poslovno skrivnost, na drugi strani pa je dolžan konkurenčnim ponudnikom omogočiti vpogled tudi v tiste ponudbene dokumente, kijih ponudnik označi za zaupne, vendar vsebujejo podatke, ki so že po zakonu javni ali pa pomenijo kršitev zakona oziroma dobrih poslovnih običajev. Javnega dela ponudbe predstavljajo ne le tisti podatki, ki so objavljeni ob javnem odpiranju ponudb, temveč tudi podatki, na podlagi katerih naročnik ugotavlja izpolnjevanje zahtev iz razpisne dokumentacije ter ocenjuje ponudbe in skladno z merili iz razpisne dokumentacije izbere najugodnejšo ponudbo. Ponudniki se v ponudbeni dokumentaciji običajno podrobno predstavijo naročniku in navedejo vrsto podatkov, ki so povezani z njihovim finančnim, poslovnim in statusnim položajem. Poudarjamo, da ima vsako podjetje tudi upravičen interes, da so določene informacije dostopne le omejenemu krogu oseb ter so zato po izrecni volji podjetja ali glede na njihovo objektivno zaupno naravo opredeljene kot poslovne skrivnosti. Primeroma gre tu lahko za podatke o finančnih kazalcih, kalkulativnih osnovah, analizah in strukturi cene (vendar ne o samih končnih cenah ponudbe, kot je obrazloženo tudi v nadaljevanju glede VIII. dela ponudbe), tehnologijah, opremljenosti, poslovnih referencah podjetja (če naročnik na primer njihove izkazljivosti ni zahteval), pa tudi za podatke, ki so varovani z drugimi predpisi, npr. pravice intelektualne lastnine. Če so ti podatki prosto dostopni po kakšnem drugem zakonu, seveda tudi ne morejo biti poslovna skrivnost (na primer obveznost javnega objavljanja bilanc po 55. členu ZGD-1). Vendar pa je potrebno prav zaradi opisanih načel, ki tehtnico med spoštovanjem transparentnosti in upoštevanjem poslovnih skrivnosti prevesijo dodobra v korist javnosti, naštete primere razlagati restriktivno.

Kot ste navedli, je naročnik po ZJN-3 (oziroma zavezanec po ZDIJZ) v odprtem postopku javnega naročanja (dobava materialov za talne označbe) v razpisni dokumentaciji v tehničnih specifikacijah določil, da mora ponudnik za ponujene materiale priložiti dokazila, ki ustrezajo standardom SIST EN…:

* Certifikat neodvisnega akreditiranega certifikacijskega organa za materiale, ki so

regulirani z navedenimi standardi.

* Tehnične informacije za posamezni material po sklopih.
* Izbrani ponudnik mora ob prvi dobavi materialov dostaviti tudi varnostni list (38.člen
* Zakona o kemikalijah).

Vsebina tehnične dokumentacije sama po sebi še ne predstavlja poslovne skrivnosti, saj je te zahteve kot pogoj za uvrstitev v izbirni postopek na javnem razpisu zahteval naročnik že v razpisni dokumentaciji. Ponudnik mora po navadi predložiti ustrezno poročilo o različnih meritvah, saj je naročnik v okviru tehnične specifikacije v razpisni dokumentaciji točno določi dimenzije oziroma druge parametre v skladu z veljavno zakonodajo, ki se nanaša na predmet javnega naročila. Poročilo služi kot dokaz, da materiali izbranega ponudnika ustrezajo zahtevam naročnika, kar je pomembno za transparentnost in pravilnost izbire ponudnika, saj mora dimenzija in kvaliteta zadostiti pogojem, ne samo naročnika, pac pa tudi zakona.

Po navadi naročnik v razpisni dokumentaciji navede, da mora ponudnik v ponudbi predložiti npr. poročilo neodvisnega akreditiranega laboratorija, o ustreznosti oz. skladnosti predloženih vzorcev s specifikacijo, z rezultati meritev in oceno ustreznosti lastnosti materialov (ustreza/ne ustreza). Iz poročila mora biti tudi razvidno, kateri material je bil preizkušen ter kdo je te preizkuse opravil. Tudi potrdilo o označevanju vzorcev s strani neodvisnega laboratorija, poročilo o preseku materiala, certifikat proizvajalca materiala, poročilo o preskusu, poročilo o meritvi debelin, certifikat proizvajalca o ustreznosti materiala, skladno s točko xy standarda AA, izjava o ceni vgrajenih zaščitnih elementov, tehnična dokumentacija, tehnološka navodila proizvajalca, potrdilo o prejemu vzorčnih materialov za izdelavo vzorcev in izjava, kljub subjektivnim navedbam izbranega ponudnika, da navedeni dokumenti predstavljajo poslovno skrivnost, ne predstavljajo poslovne skrivnosti, saj so v razpisni dokumentaciji naročnika po navadi navedeni kot pogoj za preverjanje skladnosti in ustreznosti. Na tej podlagi ti podatki (pogoji) v skladu s tretjim odstavkom 3. člena Zakona o poslovni skrivnosti ne morejo predstavljati poslovne skrivnosti in zato predstavljajo javni del ponudbe.

Naročnik po navadi v razpisni dokumentaciji navede tudi, da je zaželeno, da ponudnik svoji ponudbi predloži ustrezne certifikate o izpolnjevanju predpisanih pogojev/standardov. Standardi se razvijajo glede na potrebe tržišča, da bi zanesljivo izpolnili potrebe in zahteve odjemalcev za proizvod ali storitev. Delo opravljajo strokovnjaki, ki izhajajo iz industrijskega, poslovnega in tehničnega sektorja, ki sami povprašujejo po standardih in jih redno uporabljajo. Ti strokovnjaki sodelujejo še z drugimi znanstveniki, vladnimi organizacijami, izobraževalnimi ustanovami in testnimi laboratoriji. Po naravi stvari zato ne morejo ogroziti konkurenčnega položaja nekega podjetja, ampak prav nasprotno njegov konkurenčni položaj izboljšajo. Zato certifikati v tem primeru predstavljajo informacijo javnega značaja.

Na koncu opozarjamo, da v konkretnih upravnih zadevah predpise razlagajo upravni organi in sodišča, ki o njih samostojno odločajo. Ministrstvo lahko posreduje le »neobvezno in nezavezujoče« pravno mnenje, v katerem je smiselno/splošno zajet odgovor na vaše vprašanje.,

Lep pozdrav,

Pripravil: Urška Gorenc, sekretarka

Ciril Repnik vodja službe po pooblastilu

sekretar

Poslati:

naslovniku po E-pošti: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

1. Uradni list RS, št. [51/06](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2006-01-2180) – uradno prečiščeno besedilo, [117/06](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2006-01-5018) – ZDavP-2, [23/14](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2014-01-0876), [50/14](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2014-01-2077), [19/15](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2015-01-0728) – odl. US, [102/15](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2015-01-4086) in

   [7/18](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2018-01-0275). [↑](#footnote-ref-1)
2. Uradni list RS, št. [91/15](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2015-01-3570) in [14/18](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2018-01-0588). [↑](#footnote-ref-2)
3. 90. člen ZJN-3. [↑](#footnote-ref-3)
4. četrti odstavek 35. člena ZJN-3 [↑](#footnote-ref-4)
5. Uradni list RS, št. [22/19](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2019-01-0914), 2. člen. [↑](#footnote-ref-5)
6. ZDIJZ, 7. člen. [↑](#footnote-ref-6)