



Številka: 021-18/2005/32

Datum: 05.12.07

Informacijski pooblaščenec po pooblaščenki Nataši Pirc Musar (v nadaljevanju Pooblaščenec), na podlagi 2. člena Zakona o Informacijskem pooblaščenju (Ur. l. RS, št. 113/05 in 51/07-ZUstS-A; v nadaljevanju ZInfP), tretjega in četrtega odstavka 27. člena Zakona o dostopu do informacij javnega značaja (Ur. l. RS, št. 51/06- uradno prečiščeno besedilo in 117/06 – ZDavP-2; v nadaljevanju ZDIJZ) in prvega odstavka 252. Zakona o splošnem upravnem postopku (Ur. l. RS, št. 24/06-UPB in 105/06-ZUS-1, v nadaljevanju ZUP), o pritožbah z dne 2. 2. 2005 in z dne 25. 2. 2005 družbe Istrabenz - Gorenje d.o.o., Dunajska 106, Ljubljana, ki jo zastopa Odvetniška družba Colja, Rojs & Partnerji d.n.o., Tivolska 48, Ljubljana (v nadaljevanju prosilec), zoper odločbi Elektro – Slovenija d.o.o., Hajdrihova 2, Ljubljana (v nadaljevanju organ) št. 113/6/sr in št. 243/6/sr, v zadevi dostopa do informacije javnega značaja izdaja naslednjo

ODLOČBO:

1. 1. in 4. točka odločbe Pooblaščenca št. 021-18/2005/14 z dne 5. 10. 2005 se odpravita.
2. Postopka po pritožbah prosilca z dne 2. 2. 2005 in z dne 25. 2. 2005 se združita.
3. Pritožbama se ugodi in se izpodbijani odločbi odpravita.
4. Organ je prosilcu v roku 15 dni od prejema te odločbe dolžan posredovati naslednje zahtevane dokumente in dokumentacijo:
 - seznam vseh ponudnikov, ki so sodelovali v navedenem postopku,
 - seznam vseh ponudnikov, ki jim je bila priznana sposobnost,
 - dopisi in vsa korespondenca med organom in ponudniki,
 - natančne podatke o proizvodnih virih in prenosnih poteh, ki bodo uporabljene za ponujeno terciarno regulacijo ponudnikov,
 - zapisnik z odpiranja ponudb,
 - podatek o tem, kolikšen je skupen finančni znesek, ki ga je agencija predvidela za sistemske storitve v letu 2005 (terciarna regulacija, sekundarna regulacija frekvence in moči, zagon agregatov brez zunanjšega napajanja): v dokumentu Agencije RS za energijo z dne 17. 1. 2005, št. 1-05/E2.2.-3/TS-06,
 - dopisi in vsa korespondenca med organom in Borzenom v zvezi z navedenim postopkom,
 - vsebina pogodbe z izbranim ponudnikom,
 - dopisi in vsa korespondenca ter zapisniki ali zabeležke sestankov ter seznam sestankov (vključno z navedbo prisotnih) med organom in Agencijo ter



drugimi subjekti v zvezi z navedenim postopkom za zakup rezerve za leto 2005.

5. Pritožbi prosilca se v delu, v katerem zahtevata naslednje dokumente, kot neutemeljeni zavrneta:

- obrazložen načrt potrebnega obsega posameznih sistemskih storitev za leto 2005, ki ga je bil sistemski operater dolžan Agenciji predložiti po 50. členu Akta o določitvi metodologije za obračunavanje omrežnine in metodologije za določitev omrežnine za elektroenergetska omrežja (Ul. RS, št. 84/04, dalje: Akt) vključno s potrdilom o pošiljanju tega načrta na Agencijo pred rokom,
- dopisi in vsa korespondenca ter zapisniki ali zabeležke sestankov ter seznam sestankov (vključno z navedbo prisotnih) med organom in Agencijo ter drugimi subjekti v zvezi z vsemi vrstami sistemskih storitev, ki so predvidene za leto 2005.

O b r a z l o ž i t e v:

Prosilec je dne 17. 12. 2004 na organ vložil zahtevo za dostop do informacij javnega značaja v zvezi z zakupom minutne rezerve moči za terciarno regulacijo frekvence iz regulacijskih območij zunaj Slovenije v letu 2005 (zakup rezerve). V zahtevi je pojasnil, da je sodeloval v postopku Povabila organa k oddaji prijave za priznanje sposobnosti za sodelovanje na avkciji za zakup rezerve, v katerem mu je bila priznana sposobnost, kljub temu pa je bil obveščen, da je cena zakupa iz njegove ponudbe na avkciji preseгла zamejeno ceno zakupa, podano s strani organa. Kljub več pozivom na organ ter na Agencijo RS za energijo (Agencija), prosilec ni dobil bistvenih podatkov, ki bi omogočali preveriti pravilnosti odločitev organa. Prosilec je informacije zahteval v obliki vpogleda in fotokopije. Navedene informacije, ki jih je prosilec zahteval, so:

1. seznam vseh ponudnikov, ki so sodelovali v navedenem postopku,
2. seznam vseh ponudnikov, ki jim je bila priznana sposobnost,
3. dopisi in vsa korespondenca med organom in ponudniki,
4. natančne podatke o proizvodnih virih in prenosnih poteh, ki bodo uporabljene za ponujeno terciarno regulacijo ponudnikov,
5. konkretno navedbo izbranega ponudnika.

Prosilec je dne 10. 1. 2005 na organ vložil ponovno in dodatno zahtevo za dostop do informacij. V dodatni zahtevi je prosilec zahteval še informacije, ki s prvotno zahtevo niso bile zahtevane:

6. obrazložen načrt potrebnega obsega posameznih sistemskih storitev za leto 2005, ki ga je bil sistemski operater dolžan Agenciji predložiti po 50. členu Akta o določitvi metodologije za obračunavanje omrežnine in metodologije za določitev omrežnine za elektroenergetska omrežja (Ul. RS, št. 84/04, v nadaljevanju: Akt; Sprejme ga

- Agencija na podlagi Energetskega zakona) najkasneje do 31. 8. 2004 vključno s potrdilom o pošiljanju tega načrta na Agencijo pred določenim rokom,
7. zapisnik z odpiranja ponudb,
 8. dopisi in vsa korespondenca ter zapisniki ali zabeležke sestankov ter seznam sestankov (vključno z navedbo prisotnih) med organom in Agencijo ter drugimi subjekti v zvezi z vsemi vrstami sistemskih storitev, ki so predvidene za leto 2005,
 9. dopisi in vsa korespondenca ter zapisniki ali zabeležke sestankov ter seznam sestankov (vključno z navedbo prisotnih) med organom in Agencijo ter drugimi subjekti v zvezi z navedenim postopkom za zakup rezerve za leto 2005,
 10. podatek o tem, kolikšen je skupen finančni znesek, ki ga je Agencija predvidela za sistemske storitve v letu 2005 ter kolikšen del tega skupnega zneska je namenjen za posamezne sistemske storitve (terciarna regulacija, sekundarna regulacija frekvence in moči, zagon agregatov brez zunanjšega napajanja),
 11. dopisi in vsa korespondenca med organom in Borzenom v zvezi z navedenim postopkom,
 12. vsebino pogodbe z izbranim ponudnikom.

Organ je dne 14. 1. 2005 glede zahteve prosilca z dne 17. 12. 2004 izdal zavrnilno odločbo št. 113/6/sr, s katero je zahtevo v celoti zavrnil. V obrazložitvi je pojasnil, da so ponudbe na zahtevo organa morale vsebovati v celoti izpolnjen obrazec "Obrazec z obvezno vsebino prijave", ki se je nahajal v prilogi št. 1. Za priznanje sposobnosti je moral kandidat na pogoje B5, B6, B7, B8, B9, C1, C2, C3, D1 in E1 odgovoriti s "sprejemem". V tem delu, tako organ, so torej ponudbe vseh ponudnikov identične, saj bi v nasprotnem primeru organ ponudbo izločil iz nadaljnega obravnavanja. Obrazec je vseboval še točko A, kjer so bili navedeni podatki o kandidatu, ter točke B1, B2, B3 in B4. Podatek iz točke B1 pove ime regulacijskega območja, od koder je izvirala rezerva moči, ter vseh regulacijskih območij na poti do regulacijskega območja, ki ga upravlja organ. Podatek iz točke B2 pove firmo, sedež in telefon 24-urne dežurne službe, ki v imenu kandidata izvaja fizično dobavo energije. Podatka iz točke B3 in B4 govorita o ponujeni količini rezerve moči in razponu moči, v okviru katerega je možno aktiviranje zakupljene rezerve. Organ je nadalje pojasnil, da so kandidati za priznanje sposobnosti ponudbi morali priložiti tudi naslednja potrdila:

- a) potrdilo vodje regulacijskega območja, od koder rezerva moči izvira ter vseh regulacijskih območij na poti do regulacijskega območja Slovenije, če rezerva moči ne izvira iz sosednjega regulacijskega območja, da so pripravljene spreminjati vozni red izmenjave v petnajstih minutah po aktiviranju rezerve, znotraj tekoče ure;
- b) potrdilo pooblaščenih služb, da bi v imenu ponudnika zagotavljala 24-urno dežurstvo ter izvajala zahteve naročnika za dobavo električne energije iz naslova koriščenja rezerve moči;
- c) potrdilo o rezervaciji čezmejne prenosne zmogljivosti za dobavo iz naslova koriščenja rezerve moči na ozemlje regulacijskega območja Slovenije znotraj NTC na mejah, kjer je ta definirana oziroma izjavo, s katero operater sosednjega regulacijskega območja kandidatu potrjuje uporabo TRM v primerih uspeha na drugi fazi postopka za izbiro ponudnika za zakup rezerve moči.

Organ je vsakemu ponudniku nato dodelil identifikacijsko oznako, s katero je lahko ponudnik sodeloval na avkciji za zakup rezerve. Identifikacijska oznaka je bila vsakemu ponudniku s priznano sposobnostjo dodeljena, da bi se izognilo morebitnim zlorabam ob pristopu ponudnikov na avkcijo z namenom izkrivljanja konkurence. Organ je nadalje menil, da je za zagotovitev konkurenčnega delovanja ponudnikov na avkciji nujno varovati tudi podatek o številu ponudnikov s priznano sposobnostjo, še posebej pri majhnem številu ponudnikov. Organ je tako zatrdil, da je s tem omogočil gospodarno razpolaganje z javnimi sredstvi, ki so mu bila na voljo za zakup rezerve, hkrati pa ni kršil načela enakopravnosti ponudnikov. Iz navedenih razlogov je štel, da ne more razkriti imen ponudnikov, katerim je bila sposobnost priznana, saj bi lahko prosilec te informacije zlorabil z namenom onemogočanja konkurence pri naslednjem zakupu rezerve.

Podobno je štel, da so podatki iz točk B1, B2, B3, B4 poslovno občutljivi, saj je iz teh podatkov in potrdil, ki so jih ponudniki morali predložiti prijavi, razviden vir energije, tranzitna pot in s tem pogodbene relacije med ponudnikom storitve in njegovimi poslovnimi partnerji. Organ zatrjuje, da bi razkritje teh podatkov po energetske zakonodaji, ki v najvišjo kategorijo postavlja delovanje tržnega okolja, za organ pomenilo kršitev brez primere. Ekonomsko ugodnejše razmerje med ponudnikom in virom rezerve se namreč v tržnem okolju odraža v bolj konkurenčni ponudbi na avkciji, zato bi razkritje podatkov, ki jih prosilec zahteva, izničilo vso konkurenčno prednost, ki so si jo drugi ponudniki zagotovili s svojo tehnično ekonomsko rešitvijo.

Organ je nadalje poudaril, da ni nepomembno dejstvo, da bi razkritje zahtevanih podatkov v neugoden položaj pri naslednjem zakupu rezerve postavilo tudi organ. S potencialnim izkrivljanjem konkurence (medsebojnim dogovorom), ki je zaradi specifičnosti storitve že sama po sebi okrnjena, bi lahko ponudniki oblikovali ponudbo, ki bi vrednostno presegala razpoložljiva finančna sredstva organa. Organ je na tem mestu še enkrat poudaril, da je kot sistemski operater po zakonu dolžan rezervo moči za terciarno regulacijo zakupiti vsako leto.

Poudaril je tudi, da je kot izvajalec dejavnosti prenosa električne energije skladno z določilom 39. člena Energetskega zakona (Ur. l. RS, št. 79/1999 z dopolnitvami; v nadaljevanju EZ) dolžan varovati zaupnost poslovno občutljivih podatkov, ki jih pridobi od svojih strank, pri opravljanju dejavnosti ali nalog po tem zakonu, razen če predpis ne zahteva, da se taki podatki objavijo ali posredujejo državnim organom. Med drugim se je organ že v Povabilu k oddaji prijave za priznanje sposobnosti za sodelovanje na avkciji za zakup rezerve zavezal, da bo vse podatke v zvezi s prijavo, razen kolikor je to potrebno za izvedbo avkcije, varoval kot poslovno skrivnost.

Organ je na koncu navedel, da gre ob vsem tem za konkretna razmerja, v katera organ vstopa pri opravljanju svoje dejavnosti in ki so potrebna za izvedbo nalog, ki mu jih kot gospodarski javni službi nalaga zakon. Poleg tega je organ pod nadzorom Agencije, ki skladno s 86. členom EZ najmanj enkrat letno do 30. junija za preteklo leto predloži Vladi RS poročilo o stanju na področju energetike, ki mora obsegati tudi podatke o izvajanju nalog sistemskih operaterjev iz 23. a člena EZ.

Prosilec je dne 2. 2. 2005 zoper odločbo organa št. 113/6/sr vložil pritožbo. V njej je pojasnil razloge za vztrajanje pri zahtevi. Z obrazložitvijo organa, da gre pri zahtevanih podatkih za podatke, ki so opredeljeni kot poslovna skrivnost v skladu z Zakonom o gospodarskih družbah (Ur. l. RS, št. 30/93 z dopolnitvami; v nadaljevanju ZGD), se ni strinjal, saj po njegovem mnenju navedeni podatki ne izpolnjujejo pogojev po 39. členu ZGD. Organ svojo odločitev sicer utemeljuje na obstoju izjeme poslovne skrivnosti, vendar v obrazložitvi v ničemer ne obrazloži, zakaj naj bi posamezen podatek bil poslovna skrivnost. Poleg tega je prosilec izrecno navedel, da je zahteval izključno podatke, ki se nanašajo na izpolnjevanje pogojev po Povabilu o načinu vodenja postopka izbire in možnosti pravnih sredstev.

Prosilec je izrecno opozoril, da organ v nasprotju z zakonom, postopka ni izpeljal v skladu z Zakonom o javnih naročilih (Ur. l. RS, št. 36/04; v nadaljevanju ZJN-1) ter je zaradi tega dejstva ter zaradi dejstva, da pogoji dopuščajo možnost izbire ponudnika, ki ne zagotavlja terciarne rezerve v skladu z zakonom ter ostalimi predpisi, prosilec zoper organ vložil dva zahtevka za revizijo po Zakonu o reviziji postopkov javnega naročanja (Ur. l. RS, št. 78/1999 z dopolnitvami; v nadaljevanju ZRPJN). Prosilec opozarja, da je pri obravnavi enega od obeh zahtevkov organ (zahtevek je sicer zavrgel) z odločanjem po določbah ZRPJN smiselno priznal, da bi moral postopek biti voden po ZJN-1. Prosilec (op. Pooblaščenca: v postopku po ZRPJN pritožnik) je še opozoril, da tudi Akt določa, da morajo biti pogodbe, sklenjene po predpisih, ki urejajo javna naročila oziroma po preglednem postopku, ki zagotavlja izbiro najugodnejšega ponudnika in v katerem se smiselno uporabljajo določila predpisov, ki urejajo javna naročila. Prosilec je nadalje izpostavil, da je tako jasno, da tudi v primeru, če ZJN-1 (upravičeno) ne bi bil uporabljen, organ ne bi bil upravičen do zavrnitve najosnovnejših podatkov o razpisu in zagotavljanju gospodarske javne službe, saj ga k temu zavezujejo predpisi. Prosilec je opozoril tudi, da je zakup rezerve moči za terciarno regulacijo ena izmed sistemskih storitev organa kot sistemskega operaterja, njena neustrezna izbira pa lahko realno ogrozi varno in zanesljivo delovanje celotnega elektroenergetskega sistema, kar predstavlja splošni javni interes. Glede na navedeno bi moralo biti jasno, da osnovni podatki o ponudnikih, priznanju sposobnosti, izpolnjevanju pogojev in podatki o izbranem ponudniku, ne morejo biti poslovna skrivnost. Prosilec je še izrecno zavrnil zavajajoče citiranje 39. člena EZ, saj se vsebina člena nanaša na podatke s strani strank organa, s čimer pa po mnenju prosilca gotovo niso mišljeni podatki o postopku s ponudniki na razpisih, temveč podatki o strankah – odjemalcih. Prosilec še navaja, da je s tem, ko organ ne sporoči najosnovnejših podatkov o rezultatih razpisa, ostalim ponudnikom kršena ustavno zagotovljena pravica do pravnega sredstva. Ostali ponudniki imajo namreč pravico do vložitve zahtevka za revizijo ter tožbe v pravnem postopku za razveljavitev razpisa po 210. členu Obligacijskega zakonika (Ur. l. RS, št. 83/2001) ter pravico do sprožitve postopka po 88. členu EZ. Ponudniki teh svojih pravic ne morejo uresničiti, če niso obveščeni o osnovnih podatkih razpisa, na katerem so sodelovali. Prosilec nadalje poudarja, da organ napačno utemeljuje, da so podatki o seznamu vseh ponudnikov, ki so v postopku sodelovali, poslovna skrivnost. Po mnenju prosilca so vsi ponudniki sodelovali prostovoljno, z namenom skleniti pogodbo o prodaji zakupa rezerve. Sodelovanje v postopku tako ne

more biti poslovna skrivnost. Enake argumente prosilec navaja tudi glede razkritja podatkov o seznamu ponudnikov, ki jim je priznana sposobnost. Prosilec nadalje pojasnjuje, da vztraja tudi pri razkritju informacij o natančnih virih in poteh ponujene terciarne regulacije ponudnikov.

Organ je dne 9. 2. 2005 izdal zavrnilno odločbo št. 243/6/sr, s katero je prosilčevo dodatno zahtevo z dne 10. 1. 2005 zavrnil, ugodil pa ji je v točki, v kateri prosilec zahteva informacijo o konkretni navedbi izbranega ponudnika in slednjega navedel.

Organ v obrazložitvi zavrnilne odločbe najprej zavrača očitke prosilca, da ta kljub več pozivom ni prejel bistvenih podatkov, ki bi omogočali preveriti pravilnosti odločitev v postopku zakupa rezerve. Organ je navedel, da je na dan odločbe (9. 2. 2005) rok za odgovor bil še odprt in zato ni jasno, v čem naj bi organ kršil 51. člen Akta. Organ je na vse zahteve prosilca, ki jih je le-ta vložil, odgovoril v predpisanem roku. Organ je opozoril, da prosilec poskuša pridobiti informacije v zvezi z zakupom rezerve na več načinov. Tako je vložil dva zahtevka za revizijo postopka javnega naročanja, dve zahtevi za dostop do informacij javnega značaja, zahtevo za dostop do informacij javnega značaja, ki jo je naslovil na Javno agencijo RS za energijo, na isti naslov pa je poslal tudi zahtevo za odpravo nezakonitosti oziroma nepravilnosti skladno z EZ ter dodatne zahteve in obrazložitve v zvezi z zahtevkom za razveljavitev postopka zakupa rezerve. V navedeni odločbi organ še opozarja, da v njej odloča izključno o zahtevah prosilca za dostop do informacij javnega značaja. Organ pojasnjuje, da bi razkritje zahtevanih informacij pomenilo razkritje podatkov, ki so opredeljeni kot poslovna skrivnost v skladu z ZGD. Iz posameznih dokumentov so namreč razvidne ponujena cena, ponujena količina, izbrana cena, ime in telefonska številka kontaktne osebe ponudnika ter imena vseh ponudnikov, katerim je bila sposobnost priznana.

Organ navaja, da vsebina pogodbe z izbranim ponudnikom vsekakor ne more biti informacija javnega značaja, saj vsebuje vse podatke o ceni, količini ter proizvodnih virih in prenosnih poteh, ki bodo uporabljene. Organ na tem mestu ponavlja svoje stališče, da bi razkritje teh podatkov po energetske zakonodaji, ki v najvišjo kategorijo postavlja delovanje tržnega okolja, za systemskega operaterja pomenilo kršitev brez primere. Organ ponavlja, da se ekonomsko ugodnejše razmerje med ponudnikom in virom rezerve namreč v tržnem okolju odraža v bolj konkurenčni ponudbi na avkciji, zato bi razkritje podatkov, ki jih prosilec zahteva, izničilo vso konkurenčno prednost, ki so si jo drugi ponudniki zagotovili s svojo tehnično ekonomsko rešitvijo, trdom in poznavanjem razmer na predmetnem trgu. Organ tudi opozarja, da je v konkretnem primeru trg na eni strani močno omejen, na drugi strani pa obstaja dolžnost organa, da vsako leto zakupi tovrstno rezervo, z namenom zagotovitve zanesljivega obratovanja omrežja. Tako razkritje zahtevanih podatkov omogoča medsebojno dogovarjanje ponudnikov in s tem zlorabo pridobljenih informacij, za organ pa to pomeni ogromno škodo. Tako bi npr. prosilec, če bi bil edini, kateremu je bila priznana sposobnost, pa bi to vedel, lahko to informacijo zlorabil in ponudil izjemno visoko ceno, saj bi se zavedal, da na strani organa obstaja zakonska obveza zakupiti tovrstno rezervo, drugih ponudnikov na trgu pa ni. Organ tako meni, da posamezne zahtevane informacije (na primer število ponudnikov, ki jim je bila sposobnost priznana ipd.) same po

sebi niso poslovna skrivnost, vendar pa v kombinaciji z drugimi pridobljenimi informacijami omogočijo zlorabe v smislu izkrivljanja oziroma onemogočanja konkurence na trgu. Organ zatrjuje, da je vse te navedbe potrebno razumeti in upoštevati glede na dejstvo, da se na trgu tovrstne rezerve število ponudnikov bistveno ne spreminja iz leta v leto, da so poti (prenosna omrežja), po katerih se tovrstna rezerva v primeru potreb "pripelje" v elektroenergetski sistem kratkoročno nespremenljive ter, da se količina zakupljene rezerve bistveno ne spreminja iz leta v leto. Kakršenkoli dogovor med sposobnimi ponudniki bi tako posledično privedel do veliko višje cene, ki bi jo organ moral plačati za zakup ter s tem do škode, ki bi jo organ utrpel.

Smiselno je organ nato ponovno opozoril, da mora kot sistemski operater varovati poslovno občutljive podatke, k čemur ga zavezujejo tudi že omenjeni 39. člen EZ, 2. odstavek 31. člena Uredbe o načinu izvajanja GJS, 11. člen Navodila ter 12. člen Direktive 2003/54/EC. Prav tako pa se je organ že v Povabilu k oddaji prijave za priznanje sposobnosti za sodelovanje na avkciji zavezal, da bo vse podatke v zvezi s prijavo varoval kot poslovno skrivnost.

Navsezadnje si je organ v zavrnilni odločbi zastavil tudi vprašanje, do kod sega interes javnosti, skladno z 2. členom ZDIJZ. Vsekakor ne gre spregledati dejstva, da je organ pod nadzorom Javne Agencije RS za energijo. Dejstvo, ali je organ naloge sistema operaterja izvajal skladno z zakonom ali ne, torej ugotovljata tako Javna agencija RS za energijo ter tudi Vlada RS.

Organ si je zastavil tudi vprašanje, ali gre v konkretnem primeru za interes javnosti ali pa gre le za interes ponudnika, ki mu je bila sposobnost priznana, vendar pa zaradi občutno previsoke cene ni uspel pridobiti posla, meni pa, da z drugimi dopustnimi pravnimi sredstvi teh podatkov ne bo uspel pridobiti. Organ še opozarja, da je imel ponudnik možnost pravnega varstva ves čas postopka in da je svojo pravico tudi izkoristil (zahtevki za revizijo postopka javnega naročanja, dve zahtevi za dostop do informacij javnega značaja). Glede na dejstvo, da je imel prosilec pravico zahtevati podatke, ki jih zahteva sedaj, tudi po drugih predpisih (in jih tudi je), se postavlja vprašanje, ali bi odločitev Pooblaščenca, da gre v konkretnem primeru za informacije javnega značaja in da jih je organ dolžan posredovati prosilcu, posegala v drugačne odločitve drugih organov (npr. Državne revizijske komisije), ki o isti zadevi odločajo. Že zaradi možnosti takega vpliva je utemeljeno sklepati, tako organ, da zahtevane informacije niso informacije javnega značaja, temveč da gre za informacije, ki izhajajo iz konkretnih razmerij med izvajalcem gospodarske javne službe in ponudniki na trgu, z namenom zagotoviti izvedbo nalog, ki jih izvajalcu gospodarske javne službe nalaga zakon.

Prosilec je dne 25. 2. 2005 na organ vložil pritožbo zoper zavrnilno odločbo 243/6/sr, v kateri vztraja pri svojih zahtevah in ponavlja svojo pravno argumentacijo zahteve. Predlaga, da Pooblaščenec odločbo organa odpravi in naloži organu, da mora prosilcu nemudoma omogočiti dostop do informacij v obliki vpogleda in fotokopij dokumentov v zvezi z zakupom rezerve.

Pooblaščenec je na podlagi sodbe Upravnega sodišča RS št. U 2409/2005-20 z dne 30. 3. 2007 (v nadaljevanju odločba US), v ponovljenem postopku ponovno preskusil utemeljenost odločitve iz 2. in 3. točke odločbe Pooblaščenca št. 021-18/2005/14 z dne 5. 10. 2005. Z odločbo US je bilo Pooblaščenču naloženo, da:

- prizadetim strankam, ki so sodelovale v postopku (ponudnikom), nudi možnost sodelovanja v postopku v skladu s prvim odstavkom 7. člena, prvim in drugim odstavkom 9. člena in prvim odstavkom 138. člena ZUP v zvezi z ugotavljanjem izjeme iz 2. točke prvega odstavka 6. člena ZDIJZ,
- razčisti tudi predhodno vprašanje, po katerem konkretnem postopku je potekalo oziroma bi moralo potekati predmetno naročilo oziroma ali je bila predmet pogodbe električna energija kot taka, ali sistemska storitev zakupa minutne rezerve moči, od česar je odvisna uporaba izjeme iz 3. točke prvega odstavka 109. člena ZJN-1.

V skladu z zgornjimi navedbami, je Pooblaščenec na podlagi:

- 44. člena ZUP, ki določa, da mora organ ves čas postopka po uradni dolžnosti skrbeti za to, da so v postopku udeleženi vsi, na katerih pravice ali pravne koristi bi lahko vplivala odločba,
- prvega odstavka 7. člena ZUP, ki določa, da mora organ pri odločanju in postopanju omogočiti strankam, da čim lažje zavarujejo in uveljavijo svoje pravice,
- prvega odstavka 9. člena ZUP, ki določa, da je treba stranki dati možnost, da se izjavi o vseh dejstvih in okoliščinah, ki so pomembne za odločitev,
- drugega odstavka 9. člena ZUP, ki določa, da mora v primeru, ko so v postopku udeležene stranke z nasprotujočimi interesi, vsaka stranka imeti možnost, da se izjavi o zahtevkih in navedbah stranke z nasprotnimi interesi,

z dopisi št. 021-18/2005/22, 021-18/2005/23, 021-18/2005/24, 021-18/2005/25, 021-18/2005/26 in 021-18/2005/27 z dne 22. 5. 2007 in 23. 5. 2007 stranske udeležence pozval, da se v postavljenem roku opredelijo:

- Ali katera izmed zahtevanih informacij oziroma dokumentov predstavlja poslovno skrivnost po določilu 39. člena ZGD in s tem izjemo od prostega dostopa do informacij javnega značaja po določilu 2. točke prvega odstavka 6. člena ZDIJZ?
- Kakšna škoda bi nastala v primeru razkritja posameznega dokumenta, v primeru, da gre za poslovno skrivnost po drugem odstavku 39. člena ZGD?

Na poziv se je odzval le en ponudnik – izbrano podjetje (vhodna dokumenta št. 021-18/2007/30 in 021-18/2007/31 z dne 12. 6. 2007 in 5. 7. 2007), ki je v vlogi navedel, da razkritje vsebine pogodbe, sklenjene z najboljšim ponudnikom, lahko škodljivo vpliva na interese obeh strank – cena in ostali elementi pogodbe predstavljajo poslovno skrivnost obeh strank. Enako velja za ostale informacije, ki so povezane z osnovnimi elementi sklenjene pogodbe.

Pritožba je utemeljena.

Prosilec je na Pooblaščenca naslovil dve pritožbi, in sicer eno z dne 2. 2. 2005, kot pritožbo na odločbo organa št. 113/6/sr, in drugo z dne 25. 2. 2005 kot pritožbo na odločbo organa št. 243/6/sr. Ker se vsebina obeh pritožb nadgrajuje in prosilec z drugo pritožbo zahteva istovrstne informacije, kakor s prvo, njegova pravna argumentacija pa je vsebinsko enotna, prav tako pa tudi organ obe svoji zavrnilni odločbi utemeljuje z vsebinsko enotno argumentacijo, je Pooblaščenec obe zadevi na podlagi 130. člena ZUP, kot objektivno kumulacijo, združil v en postopek. O obeh zahtevah in obeh zavrnilnih odločbah je tako odločil z eno odločbo. Takšno ravnanje narekuje tudi načelo ekonomičnosti postopka, kot ga določa 14. člen ZUP.

Ključni argumenti, ki jih organ v svojih zavrnilnih odločbah in dopisih o odstopu pritožbe Pooblaščenču izpostavlja, so, da se v primeru razkritja zahtevanih informacij boji izkrivljanja konkurence ter prosilčevega zlorabljanja informacij z namenom onemogočanja konkurence. Organ zatrjuje, da z ohranjanjem tajnosti celotnega naročila ter celotne dokumentacije skupaj z vsemi dokumenti, korespondenco, zahtevanimi potrdili, podatki o ponudnikih ter pogodbo in končno ceno oddaje naročila, pravzaprav varuje konkurenčnost ponudnikov, da tako omogoča gospodarno razpolaganje z javnimi sredstvi, zagotavlja načelo enakopravnosti ponudnikov ter delovanje tržnega okolja.

1 O organu kot zavezancu po ZDIJZ

Organ je pravni naslednik javnega podjetja Elektro - Slovenija p.o., Ljubljana, ki je bilo v sodni register pri Okrožnem sodišču v Ljubljani vpisano dne 23. 11. 1990 pod št. reg. vložka 1-09227-00. Ustanovitelj in edini lastnik javnega podjetja je Republika Slovenija, ki izvršuje ustanoviteljske pravice prek Vlade RS, kakor določa 1. člen Uredbe o preoblikovanju Javnega podjetja Elektro - Slovenija p. o., v Javno podjetje Elektro - Slovenija d. o. o. (v nadaljevanju: Uredba o preoblikovanju). Po vpogledu v sodni register Pooblaščenec ugotavlja, da je vanj pod vpisno številko 200507522 vpisan subjekt Elektro-Slovenija d.o.o. s skrajšano firmo ELES d.o.o., Ljubljana, s sedežem Hajdrihova 2, 1000 Ljubljana ter z matično številko 5427223 (organ). Njegov edini ustanovitelj in lastnik z vložkom 42.528.794.741,27 SIT je Republika Slovenija, ki jo zastopa Vlada RS.

Glavna dejavnost, ki jo izvaja organ, je prenos elektrike. Izvaja jo kot gospodarsko javno službo (3. člen Uredbe o preoblikovanju). Temeljna funkcija organa je zagotavljanje nemotene in kakovostne oskrbe države z električno energijo. Organ s svojim prenosnim omrežjem povezuje in nadzoruje celoten slovenski elektroenergetski sistem. 6. člen Uredbe o preoblikovanju določa tudi, da za obveznosti javnega podjetja subsidiarno odgovarja Republika Slovenija, kot ustanoviteljica.

ZDIJZ ureja postopek, ki vsakomur omogoča prost dostop in ponovno uporabo informacij javnega značaja, s katerimi razpolagajo državni organi, organi lokalnih skupnosti, javne agencije, javni skladi in druge osebe javnega prava, nosilci javnih pooblastil in izvajalci javnih služb. ZDIJZ posega v širok spekter delovanja javnega sektorja, ne samo v delu, ko med zavezance zajema izjemno širok krog organov javnega sektorja (v interesu zagotavljanja transparentnosti delovanja celotnega javnega sektorja, ne le državne

uprave), ki morajo na prvi stopnji slediti določilom zakona, temveč tudi, ali pa predvsem, v segmentu same definicije informacije javnega značaja. Informacija javnega značaja je namreč vsaka tista informacija, ki izvira iz delovnega področja organa, nahaja pa se v obliki dokumenta, zadeve, registra, dosjeja, evidence ali dokumentarnega gradiva, ki ga je organ izdelal sam, v sodelovanju z drugim organom ali pridobil od drugih oseb.

Področje proizvodnje električne energije ureja Energetski zakon (Ur. l. RS, št. 27/2007, v nadaljevanju EZ), ki v 3. čl. določa, da se s tem zakonom zagotavlja konkurenčnost na trgu energije po načelih nepristranskosti in preglednosti, upošteva varstvo potrošnikov in izvajanje učinkovitega nadzora nad oskrbo z energijo. Po 5. čl. EZ se določbe tega zakona med drugim uporabljajo tudi za pravne in fizične osebe, ki opravljajo dejavnost na področju proizvodnje električne energije in toplote za daljinsko ogrevanje, pri čemer je ta dejavnost tržna dejavnost, kolikor ta zakon ne določa drugače. Po 6. čl. EZ je za proizvodnjo električne energije in toplote za daljinsko ogrevanje nad 1 MW v posamezni elektrarni ali toplarni potrebno pridobiti licenco, ki jo izda Agencija za energijo. V 7. čl. EZ in nadaljnjih so določeni pogoji za izdajo licence, prenehanje veljavnosti, odvzem licence ter dejstvo, da register izdanih licenc vodi Agencija za energijo. 20. člen EZ določa, da so obvezne republiške gospodarske javne službe po tem zakonu naslednje: dejavnost systemskega operaterja prenosnega omrežja, dejavnost systemskega operaterja distribucijskega omrežja, dobava električne energije tarifnim odjemalcem in organiziranje trga z električno energijo. Organizacijo in način izvajanja teh gospodarskih javnih služb uredi vlada v skladu s tem zakonom in z zakonom, ki ureja gospodarske javne službe.

Uredba o preoblikovanju v 1. členu določa, da je organ javno podjetje. Prva alineja 1. odstavka 3. člena Uredbe o preoblikovanju določa, da organ opravlja dejavnost prenosa elektrike (šifra dejavnosti po standardni klasifikaciji dejavnosti (SKD): E/40.104), drugi odstavek istega člena pa določa, da dejavnost iz 1. alineje prejšnjega odstavka "prenos elektrike" obsega dejavnost systemskega operaterja prenosnega omrežja električne energije (organa) in se izvaja kot obvezna gospodarska javna služba. Organ je torej tako imenovani systemski operater prenosnega omrežja električne energije. Nadalje EZ v 4. členu določa, da je dejavnost systemskega operaterja prenos oziroma distribucija električne energije ali zemeljskega plina ter upravljanje, vzdrževanje, obratovanje in razvoj prenosnega oziroma distribucijskega omrežja, skladišča zemeljskega plina ali terminala za utekočinjen zemeljski plin. Tudi krovni sektorski pravni akt, EZ v 20. členu (Oskrba z električno energijo) dejavnost systemskega operaterja prenosnega omrežja določa za obvezno republiško gospodarsko javno službo. Organ kot systemski operater prenosnega elektroenergetskega omrežja v Republiki Sloveniji skrbi za prenos električne energije in upravljanje omrežja. Tudi statut organa št. 312-17/2001-6 z dne 20. 6. 2002, ki ga je sprejela Vlada RS v 3. členu določa, da je glavna registrirana dejavnost organa po SKD prenos električne energije. Isti člen statuta nadalje določa, da se prenos električne energije in upravljanje prenosnega omrežja, ki ju zajema navedena dejavnost, izvajata kot gospodarski javni službi. Enako določata tudi 2. in 5. člen Uredbe o načinu izvajanja GJS. Statut organa v 1. členu organ ponovno opredeljuje kot javno podjetje.

Pooblaščenec tako ugotavlja, da organ opravlja obvezno gospodarsko javno službo ter je javno podjetje in kot tak oseba javnega prava, zato je v skladu s 1. členom ZDIJZ zavezanec za posredovanje informacij javnega značaja.

2 Omrežnina kot vir plačila za storitev zakupa rezerve

Kot bo pojasnjeno spodaj v točki 3, so posebni naročniki na področju infrastrukture uvrščeni med naročnike po ZJN-1 (uporablja se zakon, ki je veljal v času obravnavanega naročila), primarno ne zato, ker bi pridobivali javna sredstva, temveč zaradi svojega privilegirane položaja in posebne narave dejavnosti. Tudi v navedenem primeru je dejavnost organa z zakonom določena kot obvezna državna gospodarska javna služba in je kot takšna bistvenega pomena za državo kot celoto, prav tako pa tudi za vsakega državljan kot posameznika. Omenjeno izjemno pomembnost dejavnosti organa za javnost ter pomen gospodarnega in zakonitega zagotavljanja navedenega zakupa moči je Pooblaščenec analiziral še s preučitvijo same pravne opredelitve pojma "omrežnine".

EZ v 4. členu določa pojem omrežnine: "Omrežnina je del cene za uporabo omrežij, ki je namenjen plačevanju izvajanja gospodarske javne službe, dejavnosti sistemskih operaterjev distribucijskih in prenosnih omrežij in pokrivanje stroškov sistemskih storitev." Nadalje 4. člen določa ceno za uporabo omrežja kot ceno, ki jo odjemalec električne energije oziroma zemeljskega plina plača za dostop do omrežij, in je sestavljena iz omrežnine ter dodatkov k omrežnini, ki jih določi Vlada Republike Slovenije, za pokrivanje stroškov delovanja Agencije Republike Slovenije za energijo, obveznega odkupa električne energije, sprostitev dolgoročnih prenosnih zmogljivosti za prenos zemeljskega plina, stroškov dobaviteljev zaradi neustavitve dobave energije in evidentiranja sklenjenih pogodb za oskrbo z električno energijo. Nadalje 4. člen določa pojem odjemalca: "Odjemalec je pravna ali fizična oseba, ki je na pogodbeni osnovi oskrbovana z energijo ali gorivi za lastno rabo ali za nadaljnjo prodajo".

Iz navedenega torej izhaja, da je omrežnina kot vir sredstev, iz katerega so financirane sistemske storitve, vključno z obravnavano sistemsko storitvijo zakupa rezerve, strošek, ki ga plačujejo vsi odjemalci električne energije v slovenskem elektroenergetskem omrežju, tako pravne osebe javnega in zasebnega prava, kot tudi vse fizične osebe, ki so v Republiki Sloveniji odjemalci električne energije.

Javna agencija Republike Slovenije za energijo je na podlagi EZ sprejela že omenjeni Akt o določitvi metodologije za obračunavanje omrežnine in metodologije za določitev omrežnine za elektroenergetska omrežja. Akt v 1. členu za svoj namen med drugim določa vzpostavitev metodologije za obračunavanje omrežnine tudi za posamezne sistemske storitve. Akt v 7. členu določa strukturo omrežnine, in sicer kot sestavljeno iz naslednjih delov:

1. del omrežnine za prenosno omrežje;
2. del omrežnine za distribucijsko omrežje;
3. del omrežnine za sistemske storitve;
4. del omrežnine za posebne sistemske storitve;

5. del omrežnine za uporabo čezmejnih prenosnih zmogljivosti povezovalnih vodov.

Akt v 4. členu kot cilje in načela za obračunavanje omrežnine določa spodbujanja stroškovne učinkovitosti izvajalcev po načelu zamejene cene (op. Pooblaščenca: Regulator trga električne energije v Republiki Sloveniji - Agencija RS za energijo - določa regulativni okvir, ki zagotavlja prenosnemu podjetju (organu) sredstva v okviru cene za uporabo omrežij in regulira podjetje po načelu zamejene - najvišje - cene) in sicer ločeno za posamezne sistemske storitve, hkrati pa trajno dvigovanje oziroma ohranjanje ravni kakovosti električne energije, ki vsebuje kakovost napajanja, zanesljivost napajanja in kakovost storitev na področju električne energije. Akt v 11. členu specifično in izrecno določa, da se iz dela omrežnine, ki je določen za pokrivanje stroškov sistemskih storitev, financirajo našteje sistemske storitve:

1. sekundarna regulacija frekvence in moči;
2. terciarna regulacija in minutna rezerva;
3. regulacija napetosti in jalove moči;
4. zagon agregatov brez zunanjega napajanja.

Razvidno je torej, da prek plačevanja omrežnine sredstva za zakup rezerve plačujejo vsi odjemalci električne energije v državi, torej vsi državljani oz. prebivalci ter vse pravne osebe, ki uporabljajo električno energijo. Dejavnost organa je tako za splošno javnost, državljane posameznike, pa tudi za celotno gospodarstvo izrednega pomena.

3 Splošno o pomenu in smislu pravil javnega naročanja, uzakonjenih v ZJN-1

Pravila o javnem naročanju posegajo v pogodbeno razmerja civilne narave, ki jih sklepa javni sektor z gospodarskimi subjekti. Poglavitni namen pravil o javnem naročanju je zagotoviti konkurenco pri poslovanju z javnim sektorjem. Ko oseba javnega sektorja sklepa posel, v posameznih primerih ne smejo prevladati neekonomski merila oziroma razlogi, ki z vidika varstva trga niso opravičljivi. Neovirano delovanje trga in konkurence je sicer treba s posebnimi pravili zagotavljati tudi med samimi gospodarskimi subjekti. Pravila javnega naročanja želijo odpraviti tiste ovire za delovanje svobodnega trga, ki so pogojene s posebnim režimom delovanja javnega sektorja. S tem je mišljeno dejstvo, da imajo oblastni organi možnost vplivanja ne le na odločitve oseb javnega sektorja v zvezi z izvajanjem javnih funkcij, ampak tudi na njihove poslovne odločitve. Enako tudi z vidika EU pravila o javnem naročanju preprečujejo neenakopravno obravnavanje ponudnikov iz posameznih držav članic ter zagotavljajo prost pretok blaga in storitev. Poleg varstva konkurence in zaščite vseh, ki so udeleženi na trgu, je namen pravil o javnem naročanju tudi zagotoviti gospodarno porabo javnih sredstev, saj pravila o javnem naročanju od oseb javnega sektorja zahtevajo, da pred izbiro pridobijo več konkurenčnih ponudb.

Načeli odprtosti in transparentnosti, utemeljeni tako v ZDIJZ kot tudi v ZJN-1, zagotavljata izvrševanje več funkcij pravice do informacij javnega značaja,

in sicer demokratično, gospodarsko in nadzorno funkcijo. Zadnja omogoča državljanom nadzor nad pravilnostjo dela javne uprave, zato lahko preprečuje slabo upravljanje, zlorabo oblasti in korupcijo. Podobne elemente lahko prenesemo v širši javni sektor, kamor sodijo tudi javna podjetja, ki mnogokrat opravljajo pomembne funkcije, v obravnavanem primeru obvezno državno gospodarsko javno službo.

Pooblaščenec nadalje z namenom pojasniti institute konkurenčnosti ponudnikov, gospodarnosti porabe javnih sredstev, enakopravnosti ponudnikov ter preprečevanje omejevanja konkurence – institute, na katere svojo zavrnjeno odločbo opira tudi organ, pojasnjuje osnovna temeljna načela javnega naročanja vsebovana v poglavju 1.4 ZJN-1.

2.1 Načelo gospodarnosti in učinkovite porabe javnih sredstev (4. člen ZJN-1)

4. člen ZJN-1 z načelom gospodarnosti in učinkovitosti porabe javnih sredstev določa, da mora naročnik z izvedbo javnega naročila in izborom ponudbe zagotoviti, da je poraba sredstev za naročnika najbolj gospodarna glede na namen javnega naročila in na predmet javnega naročila. Načelo gospodarnosti in učinkovitosti porabe javnih sredstev zahteva, da se nakupi blaga in storitev opravijo s čim manj sredstvi, da porabljenih sredstev zagotavljajo ustrezno kvaliteto in da predmeti javnih naročil sledijo potrebam javnega sektorja (glej Komentar ZJN-1, Dr. Vesna Kranjc, GV Založba, Ljubljana 2004, v nadaljevanju Komentar ZJN-1).

2.2 Načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-1)

5. člen ZJN-1 določa načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki. Naročnik ne sme omejevati konkurence med ponudniki, zlasti ne sme omejevati možnih ponudnikov z neupravičeno uporabo omejitvenega postopka ali z uporabo diskriminatornih meril in mora pri tem ravnati skladno s predpisi o varstvu konkurence (glej Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence, Ur. l. RS, št. 56/1999, 37/2004, v nadaljevanju ZPOmK; ter Zakon o varstvu konkurence, Ur. l. RS, št. 18/1993, 56/1999, 110/2002, v nadaljevanju ZVK). Načelo pomeni, da mora biti vsem zainteresiranim in sposobnim ponudnikom omogočeno poslovanje z javnim sektorjem pod enakimi pogoji. Teorija javnega naročanja izkazuje, da odprt dostop do javnega sektorja obenem pospešuje učinkovito porabo javnih sredstev in vpliva na racionalnejše poslovanje naročnikov. V splošnih pravilih o varstvu konkurence ZPOmK pri osebni veljavnosti (osebna veljavnost pove, za katere osebe zakon velja) izrecno izpostavlja osebe javnega sektorja. V 2. členu določa, da ZPOmK velja za vse pravne in fizične osebe, ki opravljajo gospodarsko dejavnost ne glede na njihovo pravno obliko in lastninsko pripadnost, tudi za javna podjetja in druge pravne osebe javnega prava, ki opravljajo gospodarsko dejavnost. Prepoved omejevanja konkurence z nezakonito izbiro postopka in meril je neposredno naslonjena tudi na načelo enakopravnosti ponudnikov. Če naročnik tako odda naročilo po postopku, ki ne zahteva objave, dejansko onemogoči zainteresiranim ponudnikom, da se seznanijo z možnostjo pridobitve pravnega posla z državo. Naročnik tako krši prost dostop do javnega sektorja in omejuje konkurenco, temeljni postulat javnih naročil namreč je, da zagotavljajo neoviran in enakopraven dostop do javnega sektorja. S tega stališča je potrebno presojati tudi temeljne razloge za javnost podatkov v postopkih javnega naročanja. Javnost, vključno z

neuspešnimi ponudniki, je upravičena vedeti, kako in zakaj se naročnik odloča porabljati javna sredstva; na tak način se zagotavlja poštena konkurenca; prav tako pa seznanitev z vsebino ponudb konkurentom omogoča spoznati, kako naj bodo v prihodnje bolj učinkoviti.

2.3 Načelo transparentnosti porabe javnih sredstev (6. člen ZJN-1)

6. člen ZJN-1 opredeljuje načelo transparentnosti porabe javnih sredstev. Postopki javnih naročil morajo biti namreč pregledni (transparentni), s tem pa je povezana tudi zahteva po javnosti (publiciteti). Preglednost in javnost postopkov sta določena v javnem interesu in v interesu zainteresiranih ponudnikov. V javnem interesu zato, da sta razvidna namen in način porabe javnih sredstev. Zainteresiranim ponudnikom pa mora biti dana možnost, da se seznanijo s potrebami javnega sektorja, pomembnimi dejstvi, odločitvami in dejanji v konkretnih postopkih oddaje naročil. V zvezi z načelom transparentnosti ZJN-1 postavlja na prvo mesto zahtevo, da se smejo javna sredstva koristiti le takrat, če je bil dobavitelj ali izvajalec izbran po predpisanem postopku in za tisto blago, gradnjo ali storitev, ki je opredeljeno v pogodbi o oddaji javnega naročila. Vpogled v pogodbo kot končni pravni akt vsakega pravilno oddanega javnega naročila tako s svojo javnostjo zagotavlja nadzor nad pravilnostjo in zakonitostjo oddanega posla. Komentar ZJN-1 poudarja tudi, da je javnost postopka javnega naročanja potrebno zagotoviti v vseh fazah postopka. Javnost je v konkretnih pravilih ZJN-1 v posameznih fazah postopka in za posamezne udeležence namreč zagotovljena različno. Razlogov za takšno razlikovanje je več. Omejitve narekujejo predvsem interesi posameznih ponudnikov, pa tudi interesi naročnikov. Javnost postopka je najširša ob objavi javnega razpisa. Takrat se s potrebami naročnika lahko seznanijo vsakdo. Zakon zagotavlja tudi dostop do razpisne dokumentacije (24. člen ZJN-1) in prisotnost na javnem odpiranju ponudb (73. člen ZJN-1). Na javnem odpiranju ponudb se ponudniki razkrijejo naročniku, javnosti in konkurenčnim ponudnikom. Namen javnega odpiranja je prav v ugotovitvi imen ponudnikov in vsebine njihovih ponudb, zato se v zapisnik (ki ga mora naročnik vročiti vsem ponudnikom – 75. člen ZJN-1) vpišejo zlasti naziv ponudnika ter njegova ponudbena cena in morebitni popusti. Poleg naštetih sestavin se v zapisnik lahko zapišejo tudi drugi podatki, predvsem tisti, na podlagi katerih naročnik vrednoti in ocenjuje ponudbe, mora pa naročnik ves čas postopka paziti, da ne razkrije ponudnikovih poslovnih skrivnosti. V nadaljnjem postopku je javnost v določeni meri zožena, vendar še vedno pomembno prisotna, nikakor in nikoli pa ne v celoti izključena. Že na deklarativni ravni ZJN-1 opozarja, da ima pravice pridobivati podatke o postopku oddaje javnega naročila oseba, ki ima ali je imela interes za dodelitev naročila in če je njena zahteva po pridobivanju podatkov v skladu z zakonom.

Za vse ponudbe velja v delu, ki se nanaša na izpolnjevanje pogojev in meril, načelo javnosti. Postopek primerjanja, ocenjevanja in vrednotenja ponudb ter sam akt izbire najugodnejšega ponudnika mora biti transparenten, objektiviziran in racionalen. Naročnik mora v dokumentih, ki jih sprejema v tej fazi (poročilo oz. obvestilo o oddaji naročila), vsem ponudnikom jasno, razvidno in objektivno primerljivo predstaviti vse okoliščine, zaradi katerih posamezne ponudbe v postopku pridobijo določene attribute (nepravočasna, nepravilna, nesprejemljiva, neprimerna, najugodnejša). Ob tem mora naročnik preveriti in obdelati številne podatke in dokumente, ki jih v ponudbi predstavi posamezen ponudnik in

od katerih je odvisna pravilnost oz. ugodnost njegove ponudbe. Problematika javnosti te faze postopka se zato v praksi pojavlja predvsem v povezavi z nadzorom naročnikovega vrednotenja in ocenjevanja ponudb (ter s tem povezanim revizijskim postopkom) oz. kot vprašanje pravice (neuspešnega) ponudnika do vpogleda v ponudbeno dokumentacijo konkurenčnih ponudnikov (Andraž Žvan, Varovanje poslovnih skrivnosti, Pravna praksa 27-28, 2003). Pomembno je torej opozoriti, da sicer že sam ZJN-1 v teku postopka pozna različne stopnje javnosti, nikoli pa te javnosti v celoti ne izključuje, saj bi to bilo v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja.

Navedeno načelo se konkretizira tudi v pravici do vpogleda v ponudbeno dokumentacijo konkurenčnih ponudnikov. Zahteva po transparentnosti postopkov oddaje javnih naročil vključuje tudi javnost (publiciteto). Namen načela transparentnosti oz. javnosti je na eni strani zagotoviti konkurenco, enakopraven položaj vseh ponudnikov na trgu javnih naročil in posledično gospodarno porabo javnih sredstev, na drugi strani pa je javnost postopka vrednotenja in ocenjevanja ponudb in s tem povezana možnost vpogleda v dokumentacijo postopka oddaje javnega naročila, nujen predpogoj za uveljavljanje učinkovitega pravnega varstva, ki ga ponudnikom kot enega izmed temeljnih načel zagotavlja tudi ZRPJN. V primeru, ko posamezna oseba, ki ima ali je imela interes za dodelitev naročila, zahteva vpogled v dokumentacijo postopka oddaje javnega naročila, ji je naročnik v skladu z načelom transparentnosti oz. javnosti to dolžan omogočiti, in sicer tako glede dokumentacije, ki jo sprejema sam naročnik, kot tudi glede dokumentacije, ki jo naročnik pridobi od posameznih ponudnikov.

2.4 Načelo enakopravnosti ponudnikov (7. člen ZJN-1)

7. člen ZJN-1 opredeljuje načelo enakopravnosti ponudnikov. Naročnik mora zagotoviti, da med ponudniki v vseh elementih in fazah postopka oddaje javnega naročanja ni razlikovanja. Toda svobodna konkurenca in enakopraven položaj sama po sebi ne pomenita, da so vsi ponudniki enaki ali da imajo vsi enake možnosti za pridobitev posla. Poenostavljeno povedano, pravila o javnih naročilih želijo zagotoviti, da je tudi pri poslovanju javnega sektorja izbran ponudnik oziroma ponudba, ki je objektivno najboljša. Naročnik torej ni dolžan vsem ponudnikom zagotoviti enakovrednosti, je pa dolžan zagotoviti enakopravne možnosti za pridobitev javnega naročila. Enakovrednosti namreč ne zahtevata ne načelo enakopravnosti in ne načelo zagotavljanja svobodne konkurence. Naročnik bo torej izbral ponudbo, ki je pod enakimi kriteriji najboljša.

Kakor v sklepu št. 018-197/01-22-1427 z dne 19. 10. 2001 navaja Državna revizijska komisija: Naročnik sme in mora razlikovati med vsemi potencialnimi ponudniki. Ponudnike mora diskriminirati, toda diskriminirati (op. Pooblaščenca: razločevati) jih mora s pogoji in merili, ki so objektivno opravičljivi. Če so merila zgolj diskriminatorna (op. Pooblaščenca: torej dovoljena), potem to ni omejevanje konkurence, ampak zagotavljanje konkurence – to pa je cilj prava javnih naročil. Obveznost zagotavljanja konkurence je kršena takrat, ko naročnik izbira med ponudniki ne glede na njihove objektivne prednosti. Naročnik bi omogočil določenemu ponudniku monopolni položaj takrat, ko bi onemogočil, da bi javno naročilo dobili enakovredni ali boljši konkurenti. Če pa vrednoti okoliščine, ki so

vrednotenja objektivno vredne, to ni zagotavljanje monopolnega položaja. Enakopraven položaj ponudnikov mora biti zagotovljen v zvezi z določitvijo pogojev in meril, pri enakem obravnavanju v enakih primerih ter tudi pri uveljavljanju procesnih pravic. Naročnik v zvezi z oddajo javnega naročila izključuje določene ponudnike in njihove ponudbe, pravilne ponudbe pa ocenjuje oziroma vrednoti. V postopku jih nujno razlikuje, načelo enakopravnosti pa med drugim zahteva, da jih vrednoti po kriterijih, ki so objektivno opravičljivi, predvsem pa preverljivi.

2.5 Zaupnost podatkov (8. člen ZJN-1)

Javnost pa je v določenem delu seveda mogoče in potrebno tudi omejiti. 8. člen ZJN-1 javnost deloma omejuje, in sicer v dobro ponudnikov. Postopki oddaje javnega naročila, predvsem osnovni odprti postopek in druga faza omejenega postopka, od ponudnikov zahtevajo, da se takoj (v ponudbi) popolno predstavijo naročniku. Navesti in dokumentirati morajo okoliščine, povezane s svojim statusom in poslovanjem, še bolj pa to velja za predstavitev okoliščin v zvezi s samim predmetom javnega naročila. Popolno razkritje utemeljuje ponudbo in omogoča naročniku odločitev pri izbiri. Zainteresirani ponudniki so pripravljeni razkriti naročniku svoje poslovne povezave, finančne zmožnosti, tehnične dosežke, ker računajo na pridobitev posla. Nekateri od teh podatkov so lahko določeni kot poslovna skrivnost ali pa vsaj veljajo za zaupne in jih sicer ponudniki ne razkrivajo splošni javnosti. Del javnosti bi se lahko za določene podatke zanimal iz špekulativnih razlogov, zato bi to lahko, če se zahteva po javnosti ne bi omejevala, posamezne ponudnike odvrčalo od sodelovanja v postopkih. Namen navedenega pravila o zaupnosti podatkov je prepovedati naročnikom takšno razkrivanje podatkov, ki za dosego ciljev javnega naročanja ni potrebno ali ki celo nasprotuje ciljem javnega naročanja. Poudariti je torej potrebno, da je mogoče pred javnostjo zakriti zgolj tiste podatke, ki za izbiro in ocenjevanje ponudb na podlagi objavljenih meril in kriterijev niso relevantni, in ne kar *a priori* podatkov, določenih po osebni diskreciji ponudnika.

3 Organ kot naročnik po ZJN-1

3.1 Seznam naročnikov po Zakonu o javnih naročilih

Skladno z zahtevami direktiv EU mora vsaka država članica pripraviti seznam naročnikov, zavezanih za oddajo naročil po predpisih o javnih naročilih. Namen seznamov je seznaniti javnost s konkretnimi osebami, ki morajo pri oddaji poslov ravnati po pravilih o javnem naročanju. ZJN-1 v 4. odstavku 2a. člena določa, da Vlada na predlog ministra, pristojnega za finance, določi sezname naročnikov ali kategorije naročnikov, jih objavi v Uradnem listu Republike Slovenije in posreduje Evropski komisiji. Navedeni seznam je objavljen tudi na spletnih straneh Ministrstva za finance:

http://www.gov.si/mf/slov/javnar/seznam_naroc_zjn.pdf).

Seznam, sprejet na podlagi Uredbe o kategorijah in seznamih naročnikov po Zakonu o javnih naročilih (Ul. RS, št. 73/2004), pod zaporedno številko 69 kot naročnika, zavezanega za oddajo naročil po ZJN-1, določa tudi subjekt Elektro Slovenija, d.o.o. Ljubljana, z matično številko 5427223.

3.2 Organ kot naročnik po 2.a členu in 1. točki prvega odstavka 103. člena

Organ po ZJN-1 glede na svoj status kot javno podjetje sodi med naročnike po statusnem kriteriju (2.a člen ZJN-1), po dejavnosti, ki jo opravlja (prenos elektrike), pa konkretnije med naročnike na infrastrukturnem področju (103. člen ZJN-1). Po 2.a členu je pojem osebe javnega prava potrebno razlagati v funkcionalnem in ne formalnem smislu (Komentar ZJN-1). Da je pravna oseba lahko naročnik po tej določbi ZJN-1, je pomembno, da izvaja dejavnosti v splošnem interesu.

Direktive EU o javnem naročanju od držav članic zahtevajo, da vse osebe javnega prava uvrstijo med naročnike. Razlog za to je, da prav pri osebah javnega prava obstaja zaradi njihove narave bojazen, da pri izbiri ponudnikov blaga in storitev ne bodo vedno ravnale tako, da bi omogočale konkurenco in enakopraven položaj vseh zainteresiranih ponudnikov. V državah članicah obstajajo med osebami javnega prava različne pravno-organizacijske oblike. Zato direktive EU ne naštevajo konkretnih pravno-organizacijskih oblik pravnih oseb, ki so naročniki, ampak za potrebe javnega naročanja pojasnjujejo pojem "oseba javnega prava":

Naročniki po pravilih EU so (točka b 1. člena direktive EU 93/36/EEC z 14. 6. 1993 o naročanju blaga, točka b 1. člena direktive Sveta EU 93/37/EEC z 14. 6. 1993 o naročanju gradenj, točka b 1. člena direktive EU 92/50/EEC z 18. 6. 1993 o naročanju storitev):

- a.) organi oblasti ali državni organi,
- b.) ostale osebe javnega prava.

Pravila EU v zvezi z javnim naročanjem opredeljujejo naslednje lastnosti osebe javnega prava:

- a) oseba mora imeti status pravne osebe,
- b) oseba mora biti ustanovljena z namenom zadovoljevanja potreb v splošnem interesu,
- c) poleg delovanja s posebnim namenom zadovoljevanja potreb v splošnem interesu mora biti izpolnjen še eden od naslednjih kriterijev:

- oseba je v celoti ali v pretežni meri financirana s strani države, regionalne, lokalne oblasti ali
- država, regionalna ali lokalna oblast ima možnost usmerjati to osebo pri njenem poslovanju ali
- država, regionalna ali lokalna oblast lahko imenuje najmanj polovico članov uprave.

Po komentarju ZJN-1 so torej izrecno navedene organizacijske oblike iz prvega odstavka 2.a člena nesporno osebe javnega prava, tako po opredelilnih elementih direktiv EU o javnem naročanju, kot po slovenski zakonodaji in pravni teoriji. Komentar tudi primeroma navaja, da so sicer običajna javna podjetja naročniki na podlagi 3. točke prvega odstavka 2.a člena ZJN-1 in ne po posebnih pogojih 103. člena. Javna podjetja, ki na primer vodijo letališča ali skrbijo za energetska omrežja, pa oddajajo javna naročila po pogojih za infrastrukturno področje, določenih v poglavju 3.4 ZJN-1. Tako lahko prosto izbirajo med običajnimi postopki oddaje ali pa se sklicujejo na katero od "ugodnosti" iz poglavja 3.4 (na primer na neposredno oddajo posla mešanemu podjetju po prvem odstavku 109. člena ZJN-1).

ZJN-1 v 103. členu natančno določa osebno veljavnost za oddajo tistih naročil, ki jih oddajajo naročniki na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem (infrastrukturnem) področju. Za naročnika na infrastrukturnem področju ZJN-1 v 1. točki 1. odstavka 103. člena tako določa osebe, ki dejavnost opravljajo na področju oskrbovanja ali delovanja stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom ali distribucijo elektrike. ZJN-1 v tem členu povzema besedilo direktive EU z infrastrukturnega področja in zato relevantne dejavnosti določa le okvirno oziroma opisno. Matični zakoni (npr. s področja energetike) podrobneje določajo, katere dejavnosti so gospodarske javne službe.

Omeniti je potrebno še, da sicer pri posebnih naročnikih na področju infrastrukture ne gre za to, da bi za poslovanje pridobivali javna sredstva. Pri njih je razlog za uvrstitev med naročnike po ZJN-1 njihov privilegiran položaj zaradi posebne narave dejavnosti. Prav tako je pomembno vedeti tudi, da so določbe ZJN-1, ki zavezujejo naročnike k oddaji naročila za blago, gradnje in storitve in za oddajo naročila za blago, gradnje in storitve na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju, že sicer ohlapnejše od tistih, ki sicer veljajo za naročnike, zavezane ravnati po splošnem delu ZJN-1. Razlog za izjem in posebno ureditev področja infrastrukture iz splošnih pravil o javnem naročanju leži v drugačni naravi subjektov, ki delajo na tem področju in zaradi drugačne ureditve teh dejavnosti. Po splošnih pravilih ZJN-1 so naročniki osebe javnega prava. Osebe javnega prava izvajajo javne funkcije in javne službe. Izvajajo naloge, ki nesporno izhajajo iz funkcij sodobne države (na primer sodstvo, policija, obramba). Za posamezna področja družbenega življenja pa je vprašanje, ali naj njihovo izvajanje zagotavlja država ali naj bo izvajanje dejavnosti prepuščeno trgu. Če se določena dejavnost izvaja kot tržna dejavnost, načelno sicer ni potrebe, da bi bili njeni izvajalci zavezani k pravilom o javnem naročanju. Kadar pa se dejavnost ne izvaja kot tržna, ampak kot dejavnost s posebnim pravnim režimom in so njeni izvajalci privilegirani ali odvisni od državnih organov (so na primer v celoti v lasti države), pa je smiselno, da so zavezani k javnemu naročanju. Za predmet javnega naročanja velja, da so vsi obligacijski odplačni pravni posli, ki jih sklepa naročnik, podrejeni javnemu naročanju, razen če zakon ne določa drugače.

Javno podjetje sicer ni nujno in v vseh svojih poslih tudi naročnik po ZJN-1. Vsekakor in vedno pa je javni naročnik v vseh primerih, v katerih gre za zadovoljevanje "potreb v javnem interesu". Deloma različno mnenje (ki pa pravno argumentacijo te odločbe v skladu z argumentom *a contrario* podpira) je v postopku pred Ustavnim sodiščem št. U-I-156/00 podalo Ministrstvo za finance, ko je pobudniku postopka zagotovilo, da zanj ZJN-1 v primeru "tržnih dejavnosti" ne velja: "Javna podjetja so naročnik, ko opravljajo javne službe. Ostale dejavnosti, ki jih opravljajo na povsem tržnih osnovah ne sodijo na področje javnih naročil, kjer in ko bi moralo javno podjetje izvajati postopke javnega naročanja". Razbrati je torej, da je za netržno področje, kar z zakonom zahtevana izvedba systemske storitve zakupa rezerve nedvomno je, *a contrario* postopek potrebno izvesti v skladu z ZJN-1. Sodišče evropskih skupnosti je v svojem stališču z dne 27. februarja 2003 v zadevi C 373/00, Adolf Truley GmbH proti Bestattung Wien GmbH, celo dodalo, da sam obstoj konkurence pri opravljanju dejavnosti sam po sebi ne vpliva na vprašanje, ali gre pri

dejavnosti za zadovoljevanje "potreb v javnem interesu". Tako je zavrnilo argument ene izmed strank, da ne gre za dejavnost v javnem interesu, ker naj bi se izvajala v pogojih konkurence.

3.3 Naročniki na infrastrukturnem področju po pravilih EU

Opredelitev naročnika po 103. členu ZJN-1 ni v celoti usklajena z direktivo o javnem naročanju na področju infrastrukture. Direktive EU o naročanju blaga, storitev in gradenj ne veljajo za vodno, energetska, telekomunikacijsko in transportno področje (ta področja so v direktivah izločena kot sektorske izjeme), in sicer zato, ker v različnih državah članicah te dejavnosti opravljajo različni subjekti. V nekaterih državah članicah le osebe javnega prava, v državah, kjer so dejavnosti javnih služb privatizirane, pa gospodarske družbe kot osebe zasebnega prava. V EU je obveljalo stališče, da bi bilo neprimerno v posamezni državi k javnemu naročanju zavezati osebo javnega prava oziroma področje podrediti pravilom o javnem naročanju, to isto področje pa bi bilo v drugi državi zunaj pravil o javnih naročilih zgolj zato, ker dejavnosti izvajajo osebe zasebnega prava. Uveljavilo se je stališče, da je področje infrastrukture zaradi državnega nadzora in vpliva (ne glede ali dejavnost opravlja oseba javnega ali zasebnega prava) ter zaradi investicijskih vlaganj izredno pomembno za odprti trg in s tem za javna naročila. Odpravljene so bile sektorske izjeme, med naročnike pa uvrščena tudi javna podjetja (op.: Javna podjetja po pravilih EU, kar sicer ni v celoti enako definiciji javnega podjetja po slovenskem pravu) in nekatere ostale osebe zasebnega prava. Direktiva o naročanju na področju infrastrukture tako uvršča med naročnike poleg oseb, ki so naročniki že po direktivah o naročanju blaga, gradenj in storitev, tudi:

- javna podjetja, ki izvajajo določene dejavnosti na vodnem, transportnem, telekomunikacijskem in energetska področju, in
- osebe zasebnega prava, ki jim je država (oziroma oblastni organ) podelila posebno ali izključno pravico za opravljanje določenih dejavnosti na vodnem, transportnem, telekomunikacijskem in energetska področju (primerjaj 104. člen ZJN-1).

3.4 Naročila, za katera se ZJN-1 ne uporablja (izjema po 3. tč prvega odstavka 109. člena ZJN-1)

ZJN-1 v 3. točki prvega odstavka 109. člena določa, da se ta zakon na vodnem, energetska, transportnem in telekomunikacijskem področju ne uporablja za naročila, ki jih naročnik dodeli za dobavo elektrike ali goriva za proizvodnjo energije.

Razlog za vključitev navedene izjeme v ZJN-1 je soroden razlogu za vključitev izjeme pri nakupu vode, ki je določena v 9. členu direktive 93/38/EGS za vodno in energetska področje. Leta 1993 je bil namreč trg električne energije držav članic EU glede geografske omejenosti podoben trgu vodnih virov. Redki in neobičajni so bili primeri, ko so naročniki iz določene države kupovali elektriko od ponudnika iz druge države. V letu 1993 se je v večini evropskih držav elektrika zagotavljala v okviru javnih služb, zato se ni kupovala na prostem trgu (Pooblaščenec poudarja, da gre tu izrecno za kupovanje elektrike kot take in ne kupovanje sistemskih storitev). Ker se ni kupovala na trgu, je bilo nesmiselno naročnike zavezovati k temu, da kupujejo elektriko po pravilih javnega naročanja. Iz navedenega že

jasno sledi, na kaj konkretno se imenovana izjema od javnega naročanja nanaša (glej Komentar ZJN-1). Komentar pa je v členitvi izjeme še podrobnejši: Direktiva o naročanju na področju infrastrukture ne določa, da so vsi nakupi elektrike izjema. Določa, da so izjema od pravil o javnem naročanju le nakupi elektrike ali goriv za proizvodnjo elektrike s strani določenih oseb, ki pa so izrecno navedene v aneksu k direktivi. Komentar predvideva, da so to lahko le tiste osebe, ki elektriko dobavljajo (prodajajo) javnim omrežjem, ki jih vodijo naročniki.

Organ pod navedeno izjemo ne more spadati tudi zato, ker za izvajanje dejavnosti, ki jo izjema obsega: "dobava elektrike" (dikcija ZJN-1) oziroma "trgovanje z električno energijo" (dikcija SKD), kakor jo določa šifra SKD: E40.132, v sodnem registru podjetij niti ni registriran. Pojasnila Statističnega urada RS k Standardni klasifikaciji dejavnosti za šifro dejavnosti E40.132 navajajo naslednje: "Trgovanje z električno energijo; sem spada: prodaja električne energije odjemalcem dejavnosti trgovcev, tržnih posrednikov ali zastopnikov, ki trgujejo z električno energijo preko sistemov za distribucijo energije, s katerimi upravljajo drugi."

Pooblaščenec po vpogledu v sodni register in statut organa ugotavlja, da je organ namreč registriran zgolj za naslednje dejavnosti:

2213	Izdajanje revij in periodike
40104	Prenos elektrike
4521	Splošna gradbena dela
4531	Električne inštalacije
4534	Druge inštalacije pri gradnjah
6420	Telekomunikacije
6523	Drugo finančno posredništvo, d.n.
7020	Dajanje lastnih nepremičnin v najem
74204	Drugo projektiranje in tehnično svetovanje
7430	Tehnično preizkušanje in analiziranje
80301	Višješolsko izobraževanje
80422	Drugo izobraževanje, d.n.

Glede na jasno določbo 3. odstavka 4. člena ZGD, po kateri smejo družbe opravljati gospodarske posle le v okviru dejavnosti, ki jo imajo vpisano v register, je torej potrebno zaključiti, da bi morebitno sklicevanje organa na 3. točko 1. odstavka 109. člena ZJN-1 pomenilo napačno tolmačenje lastnih dejavnosti, ter bi kot tako pomenilo nezakonito preseganje okvira dovoljenih in registriranih dejavnosti, ki jih posamezno podjetje sme opravljati. Družba sme namreč neko dejavnost začeti opravljati samo takrat, ko je za to dejavnost vpisana v sodni register (6. odstavek 4. člena ZGD). Organ se tako kot naročnik za oddajo naročil v skladu z ZJN-1 ne more sklicevati na to, da bi v navedenem primeru v okviru javnega naročanja na infrastrukturnem področju šlo za naročilo, ki ga naročnik (organ) dodeli za nabavo elektrike ali goriva za proizvodnjo energije (ne pa za nakup elektrike kot dobrine).

3.5 Postopanje organa in Državne revizijske komisije v revizijskem postopku

Ob tem Pooblaščenec dodaja še naslednje: tudi iz spisovne dokumentacije vodenja samega postopka oddaje naročila organa, posebej dveh revizijskih zahtevkov, ki jih je na organ ter Državno revizijsko komisijo vložil prosilec, izhaja, da sta obravnavano avkcijo kot postopek v smislu postopkov, vodenih po ZJN-1, štela tudi organ sam ter Državna revizijska komisija. Organ sam je namreč s sklepom št. 154/6/sr z dne 24. 1. 2005 zahtevo prosilca za revizijo javnega razpisa zavrgel, pri tem pa je svojo odločitev o zavrženju oprl neposredno na določbe prvega odstavka 12. člena ZRPJN o pričetku teka desetdnevnega roka za vložitev zahteve za revizijo ter določbo 13. člena o zavrženju zahteve. Organ v sklepu pojasnjuje, da je prosilcu poslal obvestilo o priznanju sposobnosti (kakor ga določa 78. člen ZJN-1) na določen datum, prosilec pa je nato zamudil desetdnevni rok po 12. členu ZRPJN za vložitev zahtevka za revizijo. Organ tako vsebinsko tudi sam posredno priznava, da je postopek oddaje konkretnega naročila podrejen predpisom o javnem naročanju, saj za odločanje o pravilnosti izpeljave postopka sam uporablja predpise javnega naročanja. ZRPJN v 1. odstavku 12. člena namreč določa, da lahko ponudnik zahtevek za revizijo vloži v vseh stopnjah postopka oddaje javnega naročila, zoper vsako ravnanje naročnika (organa), razen če zakon, ki ureja oddajo javnih naročil (ZJN-1) in ZRPJN ne določata drugače. Po odločitvi o dodelitvi naročila oziroma priznanju sposobnosti je rok za vložitev zahtevka za revizijo deset dni od prejema odločitve o dodelitvi naročila oziroma priznanju sposobnosti.

Prav tako je tudi Državna revizijska komisija ob odločanju o zahtevi za revizijo prosilca zoper organ svoj sklep št. 018-036/05-34-325 z dne 11. 2. 2005 in sklep št. 018-060/05-34-512 z dne 8. 3. 2005, s katerima je zavrnila pritožbo, oprla na vsebinske določbe ZJN-1 in ZRPJN ter tako s samim dejstvom postopanja po navedenih zakonih pa tudi s tem, da se je v zadevi razglasila za pristojno, potrdila, da v navedenem primeru gre za postopek, podrejen predpisom o javnem naročanju. Nikakor torej ni mogoče dopustiti takšne uporabe prava, po kateri bi organ isti zakon v istem postopku uporabljal, kadar bi mu to pri odločanju bilo v pomoč, hkrati pa bi ga spregledal, kadar bi bile določbe zakona njegovim interesom nasprotne.

Pooblaščenec le še omenja, da se v vsebino sklepov organa in Državne revizijske komisije o zavrženju oziroma zavrnitvi zahteve prosilca za revizijo postopka zaradi nepristojnosti seveda ne spušča, ugotavlja pa, da sta oba organa postopek revizije v celoti oprla na postopkovne določbe ZJN-1 in ZRPJN.

Tudi sami sektorski predpisi organ zavezujejo h kar največji javnosti in transparentnosti poslovanja. Tako Agencija, kot nadzornik organa, v skladu z 51. členom Akta organu kot upravičene stroške pri določitvi dela omrežnine za systemske storitve prizna le stroške za tiste systemske storitve, ki so vsebovane v načrtu iz 50. člena tega Akta, in za katere so pogodbe sklenjene po predpisih, ki urejajo javna naročila oziroma po preglednem postopku, ki zagotavlja izbiro najugodnejšega ponudnika in v katerem se smiselno uporabljajo določila predpisov, ki urejajo javna naročila ter po 51. in 52. členu Akta. Navedeni 51. člen Akta izrecno, kot o eni izmed systemskih storitev, za katere mora organ

postopati po predpisih, ki urejajo javna naročila, govori o minutni rezervi moči za terciarno regulacijo frekvence.

Pooblaščenec prav tako ugotavlja, da organ določbo o zaupnosti podatkov, ki jo vsebuje 39. člen EZ, napačno tolmači. Navedena določba se namreč ne nanaša na varovanje podatkov v postopkih javnega naročanja organa (to zakonodaja prepušča določbam ZJN in ZGD), temveč očitno na podatke, ki jih izvajalci pridobijo od strank (in ne ponudnikov na razpisih). Ko gre torej za zagotavljanje gospodarske javne službe, pa se podatki o tem, ali so izpolnjeni pogoji za njeno zagotavljanje, gotovo ne morejo šteti za poslovno občutljiv podatek, pridobljen od "stranke".

3.6 Sklep

Pooblaščenec tako glede na zgornjo obrazložitev, glede na določbe slovenske zakonodaje o javnih naročilih (zlasti izjemo po 3. točki prvega odstavka 109. člena ZJN-1), glede na prakso EU ter glede na prakso Državne revizijske komisije ugotavlja, da je organ v skladu z določbami 2.a. člena in 103. člena ZJN-1 zavezanec za oddajo naročil v skladu s predpisi o javnih naročilih ter zanj veljajo vsa določila o javnosti postopkov oddaje javnih naročil, ki izhajajo iz načel ZJN-1, opredeljenih in podrobneje obrazloženih zgoraj, posebej še členov 4, 5, 6 in 7 ZJN-1.

Pooblaščenec je o obravnavanem vprašanju odločal kot o predhodnem vprašanju po 147. členu ZUP, ki določa, da če organ, ki vodi postopek, naleti na tako vprašanje, da brez njegove rešitve ni mogoče rešiti same zadeve, to vprašanje pa je samostojna pravna celota, ki spada v pristojnost sodišča ali kakšnega drugega organa, ga lahko organ sam obravnava ali pa prekine postopek dokler ga ne reši pristojni organ. Odločitev Pooblaščenca ima, glede na drugi odstavek 147. člena ZUP, pravni učinek samo v obravnavani zadevi. Pooblaščenec ni znana odločitev Državne revizijske komisije, iz katere bi neposredno izhajala odločitev o obravnavanem pravnem vprašanju. Stališču Pooblaščenca, da obravnavani postopek ne predstavlja izjeme po 3. tč prvega odstavka 109. člena ZJN-1, posredno pritrjujeta zgoraj omenjena sklepa Državne revizijske komisije št. 018-036/05-34-325 z dne 11. 2. 2005 in sklep št. 018-060/05-34-512 z dne 8. 3. 2005, ki pa ne predstavljata odločitve pristojnega organa v smislu določb 147. člena ZUP.

4 Konkretni zahtevani podatki in poslovna skrivnost

Pooblaščenec je v nadaljevanju obravnaval zahtevane dokumente in presojal, ali vsebujejo podatke, ki so poslovna skrivnost in ali je celoten posamezen dokument mogoče opredeliti kot poslovno skrivnost. Pred opredeljevanjem dokumentov, ki ne morejo biti poslovna skrivnost, Pooblaščenec pojasnjuje, da so predmet poslovne skrivnosti v skladu z ZGD lahko samo podatki, ki za podjetje pomenijo konkurenčno prednost v kakršnemkoli pogledu. Ne morejo pa biti kot poslovna skrivnost opredeljeni podatki, ki ne vplivajo na tržni konkurenčni položaj podjetja.

4. 1 Poslovna skrivnost kot izjema od dostopa po 2. točki prvega odstavka 6. člena ZDIJZ

2. točka prvega odstavka 6. člena ZDIJZ določa, da je izjema od javnega dostopa podatek, ki je opredeljen kot poslovna skrivnost v skladu z zakonom, ki ureja gospodarske družbe. ZGD poslovno skrivnost definira po subjektivnem (prvi odstavek 39. člena ZGD) in objektivnem kriteriju (drugi odstavek 39. člena ZGD). Za poslovno skrivnost se štejejo podatki, za katere tako določi družba s pisnim sklepom, ne glede na to pa tudi podatki, za katere je očitno, da bi nastala občutna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseb. Medtem ko je pri subjektivnem načinu določitve poslovne skrivnosti vrsta podatka odvisna od volje podjetja, 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 nepooblaščen oseb (Zakon o gospodarskih družbah s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2002, dalje: ZGD s komentarjem). Označitev podatkov za poslovno skrivnost po objektivnem kriteriju, če torej za njihovo varnost družba s pisnim sklepom ni poskrbela že poprej, je torej podvržena preizkusu škodnega testa, saj mora zainteresirani z navedbo in obrazložitvijo preteče škode (*in concreto* ter ne *in abstracto*) dokazati, da bi ta zares utegnila nastati. Ne zadošča torej zgolj abstraktno in neobrazloženo sklicevanje na to, da določen podatek po mnenju podjetja pač predstavlja poslovne skrivnosti. Vseeno pa določila ZJN-1 kljub temu, da varujejo poslovne skrivnosti ponudnikov, upoštevajo tudi naravo postopkov javnega naročanja, zato v takšnih postopkih instituta poslovne skrivnosti ni mogoče uporabljati za vse vrste dokumentov ali celo za poslovno skrivnost označiti celotno dokumentacijo. Vsakdo, ki namreč želi pridobiti javno naročilo, se mora podrediti posebnemu načinu sklepanja pravnih poslov. Če bi ZJN-1 dovoljeval, da bi ponudnik po lastni presoji označeval podatke in dokumente za poslovne skrivnosti, bi bila s tem tako rekoč povsem onemogočena uporaba institutov javnega naročanja, in to tistih institutov, ki so smisel in osnova javnega naročanja, na primer javne predstavitve vsebine ponudb. Zato je treba na tem mestu posebej opozoriti na postopanje samega organa, ki je že v samem Povabilu objavil, da "se zavezuje, da bo vse podatke v zvezi s prijavo, razen kolikor je to potrebno za izvedbo avkcije, varoval kot poslovno skrivnost." Pooblaščenec opozarja, da tudi organ kot naročnik, enako kakor ponudnik, podatkov ponudnikov ne sme po lastni volji in celo vnaprej označevati za poslovno skrivnost.

Javnost in preglednost postopka oddaje javnega naročanja je določena predvsem v interesu konkurenčnih ponudnikov. Zato je javnost in preglednost postopka oddaje javnih naročil dovoljeno omejiti le takrat, ko bi konkurenčni ponudniki (ali širša javnost) lahko zlorabljali institut javnosti. Te prepovedi mora spoštovati tudi naročnik. V nasprotju z ZJN-1 ravna tisti naročnik, ki ponudniku v celoti prepušča, da sam določi, kateri podatki in dokumenti iz ponudbene dokumentacije bodo poslovna skrivnost. Zato se v postopkih oddaje javnih naročil posameznik ne more vedno sklicevati na 39. člen ZGD: da lahko gospodarska družba (ponudnik v postopku oddaje javnega naročila) za katerikoli podatek, ki na trgu pomeni konkurenčno prednost, določi s pisnim sklepom, da je poslovna skrivnost, in zato zavezati naročnika, da ta podatek varuje in da ga ne sme sporočiti javnosti ali konkurenčnim ponudnikom. V postopkih oddaje javnega naročila veljajo drugačna pravila in vsakdo, ki poda ponudbo na javni razpis, mora pristati na ta pravila. V primeru drugačne razlage o javnosti in preglednosti v postopkih oddaje javnih naročil bi bil izničen poseben način izbire pogodbenega partnerja, ki je sedaj določen s pravili in postopki javnega naročanja." (Dr. Vesna Kranjc, Podjetje in delo, številka 8, 2001)

Gospodarske družbe morajo praviloma v skladu z ZGD podatke s pisnim sklepom izrecno označiti za poslovno skrivnost. Pooblaščenec ugotavlja, da organ ne navaja, da bi ponudniki podatke, ki jih zahteva prosilec, ustrezno in skladno s prvim odstavkom 39. člena ZGD označili kot poslovno skrivnost ter predložili potrebne sklepe. Prav tako takšnih oznak ni zaslediti nikjer v odstopljenem spisu, na nobenem dokumentu nobenega ponudnika. Tudi ponudniki sami v dopisih take oznake svojih podatkov v skladu s prvim odstavkom 39. člena ZGD ne zatrjujejo. Še več, eden od dveh preostalih ponudnikov, katerima je bila priznana sposobnost za sodelovanje, na izrecno vprašanje organa, glede obstoja poslovne skrivnosti, celo zatrjuje, da nobene od informacij iz svoje ponudbe, razen cene, ne šteje za poslovno skrivnost. Simptomatično in zgovorno pa je tudi, da na enako vprašanje drugi ponudnik, tisti, ki je na koncu na javnem naročilu uspel, odgovarja diametralno nasprotno. Zahteva naj organ kot poslovno skrivnost obravnava vse njegove informacije; samo prijavo na naročilo, ponudnikovo sodelovanje v postopku in celo naknadno sklenitev pogodbe. Pooblaščenec na tem mestu zgolj ponavlja že zapisano, da ponudnik nikakor ni upravičen za poslovno skrivnost po lastni presoji označevati celotne dokumentacije, saj bi bila s tem onemogočena uporaba tistih institutov javnega naročanja, ki so njegov smisel in osnova.

Ker v konkretnem primeru zahtevani dokumenti po subjektivnem kriteriju (s stališča subjekta: podjetja) niso označeni kot poslovna skrivnost, preostaja torej le še tehtanje, ali podatki prestanejo škodni test poslovne skrivnosti, kot ga določa drugi odstavek 39. člena ZGD. Pooblaščenec opozarja še na pomembno določbo tretjega odstavka 39. člena ZGD, ki izrecno določa, da se za poslovno skrivnost ne morejo določiti podatki, ki so po zakonu javni. Upoštevati je potrebno, da javnost nekaterih obravnavanih dokumentov namreč zaradi načela transparentnosti zahteva že ZJN-1 neposredno, zato izjema poslovne skrivnosti zanje v skladu s tretjim odstavkom 39. člena ZGD ne pride v poštev. Takšni podatki so tako na primer zapisnik o odpiranju ponudb (ki bi moral biti javen po 75. členu ZJN-1), navedba vseh ponudnikov, ter vsi podatki, ki jih mora takšen zapisnik vsebovati (74. člen ZJN-1), ter dokumenti ponudnikov, ki dokazujejo ponudnikovo izpolnjevanje meril in kriterijev naročila.

Ponudniki se sicer v ponudbeni dokumentaciji običajno podrobno predstavijo naročniku in navedejo vrsto podatkov, ki so povezani z njihovim finančnim, poslovnim in statusnim položajem. Vsako podjetje ima upravičen interes, da so določene informacije dostopne le omejenemu krogu subjektov ter so zato po izrecni volji podjetja oz. glede na njihovo objektivno zaupno naravo opredeljene kot poslovne skrivnosti. Tu gre lahko (primeroma) za podatke o finančnih kazalcih, kalkulativnih osnovah, analizah cen (vendar ne tudi samih končnih cenah ponudbe), tehnologijah, opremljenosti, pa tudi za podatke, ki so varovani z drugimi predpisi, npr. pravice intelektualne lastnine. Pri presoji, kateri podatki iz ponudb naj bodo javno predstavljeni, kateri pa naj bodo varovani kot poslovna skrivnost, je tako potrebno na eni strani upoštevati pravila o varovanju poslovnih skrivnosti, na drugi strani pa načelo javnosti in pravico do učinkovitega pravnega varstva. V zvezi z možnostjo vpogleda v celotno ponudbeno dokumentacijo je Državna revizijska komisija zavzela stališče v svoji odločitvi št. 018-4/00, kjer je zapisala, da bi naročnik vlagatelju moral

dopustiti vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika vsaj v tistem delu, ki je nedvoumno, kot to določa zakon, javna. Gre za glavne podatke iz ponudbe, ki so predstavljeni ob javnem odpiranju ponudb in na podlagi katerih naročnik ocenjuje in med seboj primerja različne ponudbe. Ponudnik tako ne more označiti kot poslovne skrivnosti celotne ponudbe. V primeru odločitve Državne revizijske komisije št. 018-178/01 je vlagatelj na zahtevo naročnika konkretiziral, v katere dele ponudbene dokumentacije izbranega ponudnika želi vpogledati. Naročnik je vlagateljevi zahtevi delno ugodil in mu dovolil vpogled v nekatere dele ponudbene dokumentacije, zavrnil pa mu je vpogled v analize cen, v cenike in v korespondenco med njim in izbranim ponudnikom, ki se je nanašala na pojasnjevanje popustov oz. cene izbranega ponudnika. V obrazložitvi je Državna revizijska komisija zapisala, da so analize in predanalize cen predvsem osnova za sestavo ponudbe in kot take praviloma niso sestavni del ponudbenega elaborata, temveč ponudnikova "interna" dokumentacija, ki mu služi kot pomoč pri sestavi ponudbenega predračuna. Glede na naravo podatkov, ki so vsebovani v analizah cen predračuna izbranega ponudnika in odgovarjajoči korespondenci med njim in naročnikom, je mogoče šteti, da gre za podatke, ki jih je potrebno obravnavati kot poslovno skrivnost. Po argumentaciji *a contrario*, torej v predmetnem primeru glede podatka o ceni, ne gre za kakršnekoli analize, predanalize, ali izračune, ki bi bili šele osnova za sestavo ponudbe, temveč zgolj in le za končno ceno, ki pa vsekakor je in mora biti sestavni del ponudbe, saj je navsezadnje glavno merilo izbire, iz katerega je razvidna gospodarnost oddaje naročila.

Glede na vztrajanje organa pri nejavnosti imen preostalih ponudnikov, je potrebno posebej citirati tudi tretji odstavek 8. člena ZJN-1: "Naročnik mora imena ponudnikov in predložene ponudbe varovati kot poslovno skrivnost do roka, določenega za odpiranje ponudb." Odstavek jasno in razločno kaže, da smejo (in morajo) biti imena vseh ponudnikov za naročilo, poslovna skrivnost le določen čas – do dneva odpiranja ponudb. Po tem roku pa morajo navedeni podatki, po argumentaciji *a contrario*, seveda postati javni.

V skladu z ZJN-1 je tako oddaja javnih naročil, kakor izhaja že iz naslova zakona, javna. ZJN-1 določa ravnanje naročnikov in ponudnikov pri oddaji javnih naročil. 6. člen ZJN-1 določa, da se lahko sredstva porabijo le v okviru pogodbe in predmeta pogodbe, sklenjene na podlagi izvedenega postopka javnega naročila (prvi odstavek). Javnost postopkov naročanja se zagotavlja skozi objave javnih naročil na enotnem informacijskem portalu Urada za javna naročila in v Uradnih listih. Po drugem odstavku 6. člena ZJN-1 ima vsakdo, ki ima ali je imel interes za dodelitev naročila, pravico pridobiti podatke o izvedenem postopku oddaje javnega naročila. Postopek oddaje javnega naročila je z dnem začetka veljavnosti pogodbe sklenjen, vendar pa podatki, ki morajo biti že v postopku javnega naročanja javni, ne morejo biti opredeljeni kot poslovna skrivnost. Tako na primer sama pogodba o oddaji naročila v celoti nikoli ne more biti poslovna skrivnost, lahko pa so poslovna skrivnost posamezni deli pogodbe. Poslovna skrivnost tudi ne more biti cena, ki jo organ plačuje po posamezni pogodbi, saj je to edino ali pa eno izmed meril, na podlagi katerega je bilo javno naročilo oddano. Poslovna skrivnost tudi ne more biti izpolnjevanje ostalih pogojev in meril, saj se javno naročilo odda prav na podlagi pogojev in meril, javnost pa ima pravico vedeti, ali je bil postopek izpeljan korektno in ali je izbrani ponudnik izmed vseh ponudnikov ponudil najboljše možno izpolnjevanje pogojev in meril, kot jih je

določala razpisna dokumentacija ali ZJN-1. Nikakor torej ni sprejemljivo, da se organ na račun dodatne zaščite pred morebitnim kršenjem načela konkurenčnosti, ki ga ZPOmK in ZVK ščitita že sama, poslužuje pravzaprav kršenja drugega zakona (ZJN-1), ki prav tako stremi k enakim načelom gospodarnosti in konkurenčnosti.

4.2 Zahtevani podatki

1. Podatki, za katere organ zatrjuje, da so poslovna skrivnost, vendar pa so, kakor izhaja že iz samega Povabila merila in kriteriji za uspeh ponudbe in zato kot taki ne morejo biti opredeljeni kot poslovna skrivnost. Gre za naslednje podatke, ki pa opredeljeni kot "merila in kriteriji" ne predstavljajo ločenega, individualnega dokumenta:

- podatki o posameznih kandidatih
(Pogoj, da sme biti vir terciarne rezerve le proizvajalec ali odjemalec, je določen v 11. členu in drugem ter tretjem odstavku 51. člena Akta. Pooblaščenec opozarja, da zmore ponudnik (katerikoli ponudnik) navedeni, že z zakonodajo določeni pogoj, preveriti le ob razkritju podatkov o preostalih ponudnikih. Ponudnikom pa mora biti omogočena možnost, da preverijo tudi izpolnjevanje pogoja dostopnosti zakupljene rezerve v predpisanem roku 15 minut, kakor določa že samo Povabilo v 4. točki, podrobneje pa tudi 33. in 39. člen Navodila. Slednje pa je prav tako mogoče le z razkritjem za sodelovanje na razpisu obveznih potrdil, navedb prehodnih energetskih omrežij ter dežurnih služb za aktivacijo zakupljene rezerve. V navedenih primerih gre za pogoje, navedene v Povabilu, ki jim morajo zadostiti vsi ponudniki, ki želijo pridobiti posel, zato takšni podatki nikakor ne smejo biti opredeljeni kot poslovna skrivnost, saj mora vsakemu ponudniku biti dana možnost, da preveri, ali preostali ponudniki izpolnjujejo zahtevane pogoje in ali jim je tako bila pravilno priznana sposobnost ali ne.);
- ponujena količina rezerve (kot v prvi alineji te točke);
- podatki o dežurni službi, ki izvaja fizično dobavo (kot v prvi alineji te točke);
- ime regulacijskega območja, Izvira rezerve in imena regulacijskih območij na poti
(Kot že omenjeno, pogoj, da mora biti zakupljena rezerva dostopna v 15 minutah, navaja že sam organ v 4. točki Povabila: cit.: "Energijska ob uporabi rezerve moči mora biti dobavljena najkasneje v 15 minutah po telefonskem klicu iz Republiškega centra vodenja ELES UPO (organa) na kontaktno številko." Pooblaščenec tudi tu opozarja, da zmore ponudnik (katerikoli ponudnik) navedeni, že z zakonodajo določeni pogoj, preveriti le ob razkritju podatkov o preostalih ponudnikih.);
- vsa obvezna potrdila o sposobnosti (v katerih se ponavljajo tudi že omenjeni podatki);
- vsebina pogodbe.

Navedeni podatki torej zaradi zagotavljanja nadzorne funkcije javnosti, zagotavljanja pravice do pravnega varstva neizbranega kandidata, zlasti pa zaradi spoštovanja vseh pojasnenih načel javnosti oddaje javnih naročil, ne predstavljajo poslovne skrivnosti.

2. Podatki, ki že po zakonu ne predstavljajo poslovne skrivnosti:

- zapisnik z odpiranja ponudb (njegovo javnost zagotavlja tretji odstavek 39. člena ZGD in 75. člen ZJN -1);
- podatek o tem, kolikšen je skupni finančni znesek, ki ga je agencija predvidela za systemske storitve v letu 2005 (Podatek je že sicer javno dostopen, zato Pooblaščenec prosilca v skladu s petim odstavkom 6. člena ZDIJZ napotuje na točko 2.5 Priloge 2 Akta. Prav tako je Agencija organu v zvezi s tem vprašanjem že pripravila in posredovala dopis z dne 17. 1. 2005, št. 1-05/E2.2.-3/TS-06, v katerem podaja višino predvidenega finančnega zneska.)

Organ navaja tudi, da zaupnost podatka, koliko ponudnikov je sodelovalo na razpisu, prinaša večjo konkurenčnost. Pooblaščenec ugotavlja le, da organ na število prijavljenih ponudnikov ne more vplivati. Prav tako organ ne more vplivati na število ponudnikov, ki so sposobni za izvedbo naročila. Na slednje vpliva trg, konkurenca kot taka pa je zagotovljena ne glede na to, ali se na razpis prijavita zgolj dva ali mnogi ponudniki. Organ v svoji zavrnilni odločbi v obrambo svojih stališč navaja tudi hipotetični primer, ko bi lahko prišlo do naslednje situacije: cit: "Tako bi npr. prosilec, če bi bil edini, kateremu je bila priznana sposobnost, pa bi to vedel, lahko to informacijo zlorabil in ponudil izjemno visoko ceno, saj se zaveda, da na strani organa obstaja zakonska obveza zakupiti tovrstno rezervo, drugih ponudnikov na trgu pa ni". Pooblaščenec opozarja, da je takšen hipotetičen primer, ne glede na siceršnja določila ZPOMK in ZVK, ki že sama po sebi zagotavljata široko pravno varstvo konkurence, v celoti brezpredmeten. Organ je namreč že v samo Povabilo vključil klavzulo, ki nastanek omenjene situacije učinkovito in *de facto* preprečuje: cit: "ELES UPO si pridržuje pravico do preklica druge faze postopka (avkcija) za izbiro ponudnika, v kolikor sposobnost za sodelovanje na avkciji ni priznana vsaj dvema kandidatom s skupnim prijavljenim obsegom rezerve moči vsaj 135 MW". Organ se je torej že predhodno zavaroval zoper morebitni nastanek situacije, v kateri bi en sam ponudnik imel možnost postaviti ceno, ki bi zaradi odsotnosti konkurence bila previsoka, v svoji zavrnilni odločbi pa nasprotno trdi, da bi do takšne situacije lahko prišlo, ter na to trditev svojo zavrnitev tudi opira. Prav tako je pravno sporno, da si organ z določbo v Povabilu (cit: "ELES UPO si pridržuje pravico do preklica...") pravico do preklica zgolj pridržuje, gre torej za pridržek pravice in ne za avtomatizem, kar pa lahko privede do arbitrarnega odločanja.

4.3 Javnost nekaterih, vsebinsko enakih, v preteklosti že objavljenih podatkov organa

Pomembno je poudariti, da so bili nekateri podatki, vsebinsko enaki tistim, ki jih zahteva prosilec, v preteklosti že javno objavljeni. Smiselno je tako mogoče ugotoviti, da v preteklih postopkih objave teh vsebinsko enakih podatkov organ njihovi objavi ni nasprotoval.

Računsko sodišče RS (v nadaljevanju Računsko sodišče) je dne 28. 6. 2002 v postopku revizije delovanja organa izdalo Revizijsko poročilo o poslovanju javnega podjetja Elektro – Slovenija d.o.o., v letih od 1998 do 2001 (v nadaljevanju poročilo). Računsko sodišče v poročilu revidira tudi pogodbe o zakupu rezerve, s katerimi je organ enako systemsko storitev naročil, plačal in zagotovil za pretekla leta (1998, 1999, 2000, 2001). Računsko sodišče navaja, da je v revidiranem obdobju organ sklenil naslednje pogodbe o zakupu rezerve v tujini:

- 80 MW v letih 1998 in 1999 z avstrijskim upravljavcem EES podjetjem Österreichische Elektrizitätswirtschafts - AG (VERBUND) z Dunaja, in sicer v letu 1998 za 728.763,00 EUR ter v letu 1999 za 692.136,00 EUR;
- 150 MW za leto 2000, od tega 100 MW s švicarskim podjetjem, ki trguje z električno energijo, Entrade AG, Baar in 50 MW s podjetjem VERBUND, in sicer za 1.547.525,00 EUR ter
- 250 MW za leto 2001, od tega 150 MW s podjetjem ENTRADE in 100 MW z italijanskim upravljavcem EES, podjetjem Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale S.p.A, Rim (GRTN) in sicer za 1.022.584,00 EUR.

Sklenjene pogodbe o zakupu moči v tujini določajo fiksni del plačila, s katerim je zagotovljena stalna pripravljenost pogodbenega partnerja, da v zahtevanem trenutku, ki ni vnaprej določen, dá takoj na razpolago zakupljeno moč za določen čas. Dejansko koriščenje električne energije pa predstavlja odjem električne energije in se plačuje posebej (vir: Poročilo, preglednica, str. 9).

Iz navedenega je razvidno, da so za pretekla leta javno objavljeni (spletna stran Računskega sodišča) in dostopni podatki tako o ceni oddaje naročila, kakor tudi količini zakupljene rezerve ter izbranih ponudnikih. V tej zvezi je potrebno omeniti argumentacijo organa, da morajo navedeni podatki ostati zaupni, saj bi "kakršenkoli dogovor med sposobnimi ponudniki tako posledično privedel do veliko višje cene, ki bi jo organ moral plačati za zakup ter s tem do škode, ki bi jo organ utrpel." Pooblaščenec v tej zvezi izpostavlja še dodatno argumentacijo organa: "da se na trgu tovrstne rezerve število ponudnikov bistveno ne spreminja iz leta v leto, da so poti (prenosna omrežja) po katerih se tovrstna rezerva v primeru potreb pripelje v elektroenergetski sistem, kratkoročno nespremenljive ter, da se količina zakupljene rezerve bistveno ne spreminja iz leta v leto". Razvidno je, da so podatki deloma že sedaj javno dostopni, tako da je mogoče iz zakupljenih količin, ki "se kratkoročno ne spreminjajo" ter glede na utečene ponudnike ter pretekle cene zakupa dokaj natančno sklepati tudi na ceno ter količino zakupa rezerve za leto 2005. Ta poudarek je posebej pomemben, saj kljub že doslejšnji delni javnosti še ni prišlo do, s strani organa, zatrjevanje možnosti izkrivljanja in zlorabljanja konkurence.

Pooblaščenec ugotavlja tudi, da je v nasprotju s trditvijo organa (organ v zavrnilni odločbi prosilcu odreka informacijo o številu ponudnikov, ki jim je bila sposobnost priznana) tudi podatek o številu ponudnikov javno objavljen; objavil ga je organ sam, in sicer na svoji spletni strani:

(<http://www.eles.si/pls/portal/url/ITEM/7EE68386900A4756B7D33E59280B22FC> oziroma http://www.eles.si/portal/page/portal/Eles_partnerji/Eles_Skupna_vsebina/arhiv/ARHIV_ZA_DNJIH_NOVIC/ARHIV%20NOVIC%202005/).

V novici tako organ sam navaja skupno število ponudnikov, ki jim je bila sposobnost priznana: "Kot je znano, je na avkciji sredi decembra lani kot najugodnejši ponudnik za omenjene storitve oziroma dobavitelja systemske rezerve bilo med tremi ponudniki izbrano srbsko-angleško podjetje EFT, pri čemer so se tedaj v javnosti pojavili dvomi o usposobljenosti tega podjetja za izpolnitev pogodbenih obveznosti. Nocojšnja uspešna prva izraba omenjenih rezerv pa je potrdila, da so bili ti dvomi povsem neupravičeni."

4.4 Presoja stališč stranskih udeležencev glede poslovne skrivnosti

Pooblaščenec je s pisnimi pozivi za aktivno udeležbo v ugotovitvenem postopku omogočil vsem udeleženiim subjektom, da nastopijo kot stranski udeleženci z namenom varovanja njihovih interesov. Na poziv za obrazloženo opredelitev, kaj od zahtevane dokumentacije lahko predstavlja poslovno skrivnost, se je odzval le en subjekt, in sicer izbrani ponudnik. Iz obeh dopisov (dokument št. 021-18/2007/30 je bil poslan v angleškem jeziku s strani sedeža družbe, dokument št. 021-18/2007/31 pa v slovenskem jeziku in je bil poslan s strani predstavništva v Sloveniji) s praktično enako vsebino izhaja, da izbrani ponudnik šteje kot poslovno skrivnost ceno in ostale elemente pogodbe ter informacije povezane z osnovnimi elementi pogodbe. Razkritje navedenih podatkov bi po stališču izbranega ponudnika lahko škodljivo vplivalo na interese obeh pogodbenih strank. Izbrani ponudnik v podporo navedenih stališč ne navaja nobenih argumentov, ki bi utemeljevali varovanje poslovne skrivnosti. Omenjena dopisa ne izkazujeta, da je izpolnjen pogoj iz prvega odstavka 39. člena ZGD. Poleg tega Pooblaščenec meni, da pavšalno oziroma generalno zatrjevanje brez obrazložitve škodljivih posledic v ničemer ne izkazuje izpolnjevanja pogojev po drugem odstavku 39. člena ZGD. Stališče izbranega ponudnika se ne omejuje na posamezne dele enega ali več dokumentov (posamezne informacije) ampak, poleg cene, na vse "elemente" pogodbe, ki pa niso podrobneje opredeljeni. V zvezi s škodljivimi posledicami kot pogojem po drugem odstavku 39. člena ZGD je izbrani ponudnik navedel, da obstaja le "možnost" škodljivega vpliva na interese obeh pogodbenih strank. Izbrani ponudnik obstoj škode le predpostavlja, pri tem pa z ničemer ne navede dejstev in okoliščin, ki bi kazale na njen morebitnega obstoj v prihodnosti.

Zaključek Pooblaščenca, da vsebina dokumentov iz 4. točke izreka te odločbe ne predstavlja poslovne skrivnosti, potrjuje tudi dejstvo, da nobeden od preostalih subjektov, ki so bili udeleženi v postopku, ni pokazal interesa za varstvo informacij, ki bi potencialno lahko predstavljale poslovno skrivnost. Odsotnost interesa za varovanje lastnih informacij nakazuje na odsotnost obstoja poslovnih skrivnosti, zlasti tistih, ki bi se potencialno nanašale na neizbrane subjekte.

5 Notranje delovanje kot izjema po 11. točki prvega odstavka 6. člena ZDIJZ

Navedena zakonska izjema dopušča zavrnitev podatkov na podlagi kumulativno izpolnjenih pogojev: (prvič) da gre za dokumente, ki so sestavljeni v zvezi z notranjim delovanjem oziroma dejavnostjo organa in (drugič) da bi razkritje podatka povzročilo motnje pri delovanju oziroma dejavnosti organa.

Avtorji Komentarja ZDIJZ s pravom EU in primerjalno pravno prakso, urednik doc.dr. Senko Pličanič, Ljubljana 2005, podrobneje pojasnjujejo, v katerih primerih gre za motnje v delovanju ali dejavnosti organa. V primerjalnopravni zakonodaji tovrstne izjeme varujejo t.i. "notranji proces razmišljanja organa". Po švedskem zakonu (Freedom of the Press, 1976) tako dokumentov, namenjenih za notranjo rabo, ni mogoče pridobiti, dokler ni bila sprejeta dokončna odločitev. Pooblaščenec poudarja, da prosilec v točkah 6. in 8. dodatne zahteve

zahteva dokumente, iz katerih bi bile razvidne odločitve glede predvidenega bodočega poslovanja organa, torej poslovanja, ki še ni opravljeno in odločitve v zvezi z njim še niso dokončne. Tudi britanski zakon (Freedom of Information Act, 2000) ščiti notranje delovanje organa, saj ščiti vse informacije, ki se nanašajo na oblikovanje notranje politike organa. Tudi dejstva, s katerimi organ kreira in utemeljuje svojo predvideno politiko, so lahko informacija, ki zadeva notranje delovanje organa. Tako je bilo v ZDA v primeru Quarles vs. Department of Navy. 893 F.2d 390 (D.C.Cir.1990) odločeno, da se ne objavi podatka o kalkulaciji cene za izgradnjo pristanišča za vojaške ladje v kontekstu izbire takšnega pristanišča. Objava kalkulacije cene bi lahko zaviralno vplivala na izbiro pogodbenika za gradnjo pristanišča.

Pooblaščenec se je pred odločanjem seznanil z vsebino dokumentov, ki jih prosilec zahteva v točkah 6. in 8. dodatne zahteve. Poudariti je potrebno, da gre skupaj zgolj za en sam dokument, saj organ pojasnjuje, da načrta obsega sistemskih storitev organ Agenciji ni predložil v pisni obliki, temveč ga je Agenciji predstavil na sestanku ter ga zapisal v obliki zapisnika sklepov sestanka. Tako opredelitvi prosilca po točkah 6. in 8. dodatne zahteve ustreza le dokument: "Sklepi sestanka o zakupu sistemskih storitev z dne 5. 10. 2004". Pooblaščenec po vpogledu v dokument ugotavlja, da v njem vsebovane informacije predstavljajo izjemo notranjega delovanja organa, saj v dokumentu organ Agenciji pojasnjuje svojo prihodnjo (predvideno) politiko glede zagotavljanja sistemskih storitev, ki sodi v sklop notranjega delovanja organa. Pooblaščenec ocenjuje, da bi razkritje navedenih podatkov lahko že pred prihodnjimi oddajami naročil razkrilo organovo načrtovano politiko in mu tako poslabšalo pogajalsko pozicijo do ponudnikov, kar bi povzročilo motnje pri delovanju organa.

Iz navedenih razlogov je Pooblaščenec zahtevo prosilca za dostop zavrnil v delu, kjer se nanaša na naslednje podatke:

- podatek iz točke 6. dodatne zahteve - Obrazložen načrt potrebnega obsega posameznih sistemskih storitev za leto 2005, ki ga je bil sistemski operater dolžan Agenciji predložiti po 50. členu Akta;
- podatki iz točke 8. dodatne zahteve - Dopisi in vsa korespondenca ter zapisniki ali zabeležke sestankov ter seznam sestankov (vključno z navedbo prisotnih) med organom in Agencijo ter drugimi subjekti v zvezi z vsemi vrstami sistemskih storitev, ki so predvidene za leto 2005;

6 Odgovor na vprašanje organa, do kod sega javni interes

Organ je v argumentaciji zavrnilne odločbe navedel, da se postavlja vprašanje, do kod sega interes javnosti, skladno z 2. členom ZDIJZ. Organ zatrjuje, da vsekakor ne gre spregledati dejstva, da je organ pod nadzorom Javne Agencije RS za energijo. Dejstvo, ali je organ naloge sistema operaterja izvajal skladno z zakonom ali ne, torej ugotavljata tako Javna agencija RS za energijo ter tudi vlada.

Pooblaščenec zato organu pojasnjuje pomen 2. člena ZDIJZ. Namen ZDIJZ, ki izhaja iz 2. člena, je zagotoviti javnost in odprtost delovanja organov ter omogočiti uresničevanje pravice posameznikov in pravnih oseb, da pridobijo informacije javnega značaja, pri čemer si morajo organi za uresničitev tega namena prizadevati, da dosežejo čim večjo obveščenost javnosti o svojem delu. ZDIJZ tako določa načelo odprtosti delovanja javnih organov. Zakonodajalec je presodil, da je potrebno, da je delovanje organa pod nadzorom Agencije ter Vlade. Toda načelo odprtosti pomeni, da je delovanje in odločanje javnih oblasti odprto tudi za posameznike (na primer državljanke), ki lahko pridobivajo vse javne informacije o delu javnih oblasti in sodelujejo pri sprejemanju njenih odločitev. Načelo odprtosti torej predstavlja javnost delovanja javnih oblasti, zagotavljanje informacij o delu javnih oblasti in pravico do dostopa do dokumentov javnih oblasti ali v tem drugem delu tudi transparentnost delovanja javnih oblasti. Načelo odprtosti je v pravni red Evropske Unije uvedla tudi Amsterdamska pogodba (97/C 340/01), ki v 1. členu določa, da se odločitve organov EU sprejemajo "čimbolj odprto in kar v najtesnejši povezavi z državljani". Transparentnost dela javnih oblasti pa lahko zagotovi le takšna implementacija zakona, ki to pravico tolmači čimbolj široko in ne v škodo državljanov. Na tem mestu Pooblaščenec zavrača argumentacijo organa, da prosilec na več načinov poskuša priti do zahtevanih podatkov. ZDIJZ v 5. členu v povezavi s tem določa še, da so informacije javnega značaja prosto dostopne vsem prosilcem, ne glede na to, ali gre za pravne ali fizične osebe. Tudi pravni interes prosilca za dostop do informacije ni ne potreben ne relevanten. Ustavna pravica do informacij javnega značaja namreč izvira iz političnega (in ne pravnega) interesa državljanov, da so seznanjeni z delom javne oblasti. Gre za interes posameznika, da v demokratični državi nadzira delovanje organov javne oblasti, in ne za posameznikovo potrebo, da pridobi informacijo zaradi varstva svojih osebnih, pravnih interesov. Tudi ni pomembno, da je prosilec pravna oseba, niti ne, da je konkretni prosilec (specifičen) del javnosti in je za zahtevane informacije še posebej zainteresiran. Javnost informacij se namreč presoja po načelu javnosti za vse ali za nikogar, in sicer brez razločevanja med različnimi skupinami javnosti, niti med različnimi nameni in razlogi za vpogled v informacije.

7 Vprašanje pristojnosti Pooblaščenca

Organ je v argumentaciji zavrnilne odločbe navedel tudi, da se postavlja vprašanje, ali bi odločitev Pooblaščenca, da gre v konkretnem primeru za informacije javnega značaja in da jih je organ dolžan posredovati prosilcu, posegala v drugačne odločitve drugih organov - na primer Državne revizijske komisije, ki o isti zadevi odločajo. Na tem mestu Pooblaščenec organu pojasnjuje tudi razmerje med samostojnima državnima organoma Pooblaščenecem in Državno revizijsko komisijo. ZRPJN v 4. členu opredeljuje Državno revizijsko komisijo kot poseben, neodvisen in samostojen državni organ nadzora nad zakonitostjo postopkov oddaje javnih naročil, ki zagotavlja pravno varstvo ponudnikov v vseh stopnjah postopkov oddaje javnih naročil. ZDIJZ pa v 28. členu opredeljuje Pooblaščenca za dostop do informacij javnega značaja, kot samostojen državni organ, ki je pristojen za odločanje o pritožbi zoper odločbo, s katero je organ zavrgel ali zavrnil zahtevo za dostop do informacije javnega značaja. Iz citiranih določb obeh vsebinsko povsem ločenih področnih zakonov jasno izhajajo naloge in pristojnosti obeh navedenih organov. Strnjeno rečeno, Državna revizijska komisija odloča o zakonitosti postopkov

javnega naročanja, Pooblaščenec pa odloča o dostopu do informacij javnega značaja. Odločitev Pooblaščenca v okviru njegovih pristojnosti torej v nobenem primeru ne posega v odločitve Državne revizijske komisije, enako kakor odločitve Državne revizijske komisije v nobenem primeru ne posegajo v pristojnost Pooblaščenca.

Ker je organ napačno uporabil pravne predpise, na podlagi katerih je odločil, je Pooblaščenec pritožbama prosilca ugodil in na podlagi prvega odstavka 252. člena ZUP zavrnilni odločbi organa odpravil in sam rešil stvar tako, da je zahtevama prosilca ugodil, kot izhaja iz izreka te odločbe. Na organu je dolžnost, da zagotovi dostop do informacij javnega značaja, zato je prosilcu dolžan posredovati dokumente v obliki, kot jih je zahteval, in sicer v obliki fotokopije in vpogleda.

Pouk o pravnem sredstvu:

Zoper to odločbo ni dovoljena pritožba, pač pa lahko prosilec sproži upravni spor. Upravni spor se sproži s tožbo, ki se vloži v 30 dneh od vročitve odločbe na Upravno sodišče, Fajfarjeva 33, Ljubljana. Tožba se lahko vloži pisno po pošti ali neposredno pri navedenem sodišču. Če se tožba pošlje priporočeno po pošti, se za dan izročitve sodišču šteje dan oddaje na pošto. Tožba z morebitnimi prilogami se vloži v najmanj treh izvodih. Tožbi je treba priložiti tudi to odločbo v izvorniku ali prepisu.

Informacijski pooblaščenec:
Nataša Pirc Musar, univ. dipl. prav.,
pooblaščenka

Vročiti:

- Istrabenz-Gorenje d.o.o., Dunajska 106, 1000 Ljubljana, po pooblaščencu Odvetniška družba Colja, Rojs & partnerji o.p., d.n.o., Tivolska 48, 1000 Ljubljana (osebno),
- Elektro Slovenija d.o.o., Hajdrihova 2, 1000 Ljubljana (osebno),
- Stranski intervenienti, po podatkih iz sodnega spisa,
- Zbirka dokumentarnega gradiva pri IP.

