



REPUBLIKA SLOVENIJA
MINISTRSTVO ZA JAVNO UPRAVO

DIREKTORAT ZA JAVNO NAROČANJE

Sektor za sistem javnega naročanja

Tržaška 21, 1000 Ljubljana

T: 01 478 18 80

F: 01 478 83 31

E: gp.mju@gov.si

www.mju.gov.si

Številka: 430-2/2018/10

Datum: 4. 4. 2018

Zadeva: Tolmačenje javnonaročniške zakonodaje

Predmet: Institut spreminjanja in dopolnjevanja ponudb v postopkih javnega naročanja

I. Osnovno o institutu in pravne podlage

Institut spreminjanja in dopolnjevanja ponudb, zlasti v smislu, ali sploh in v kolikšnem obsegu oziroma v katerih delih je v predloženo ponudbo posameznega gospodarskega subjekta po roku za oddajo ponudb dopustno posegati, predstavlja predvsem za naročnike večno dilemo. Gre namreč za odstopanje od sicer splošnega pravila, da se v že predložene ponudbe po roku za oddajo ponudb praviloma ne bi smelo posegati. Ker spreminjanje in dopolnjevanja ponudb lahko predstavlja tudi priložnost za morebitne špekulacije ponudnikov in posledično izigravanje pravil javnega naročanja, se zdi ključno, da je ta institut urejen in s strani naročnikov tudi v praksi ustrezno implementiran. Pri tem pa ne gre spregledati, da se je skozi čas, v katerem se je spreminjala ureditev javnega naročanja in kjer se je postopno od strogega formalizma stremelo in prešlo k zmanjšanju le-tega in k poenostavitvi postopkov oddaje javnih naročil, spreminjal tudi sam institut dopolnjevanja in spreminjanja ponudb.

Institut spremembe in dopolnitve ponudb ureja tako javno naročniška zakonodaja Evropske unije kot tudi nacionalni pravni red. Direktiva 2014/24/EU¹ v 56. členu določa, da »Če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, lahko javni naročniki – razen če je v nacionalnem pravu, s katerim se implementira ta direktiva, določeno drugače – zahtevajo, da zadevni gospodarski subjekti v ustreznem roku predložijo, dopolnijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da so takšne zahteve popolnoma skladne z načeloma enake obravnave in transparentnosti.«.

Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18; v nadaljnjem besedilu: ZJN-3) institut spreminjanja in dopolnjevanja ponudb ureja v 89. členu. V petem odstavku je določeno, da: »Če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, lahko naročnik zahteva, da gospodarski subjekti v ustreznem roku predložijo manjkajoče dokumente ali dopolnijo, popravijo ali pojasnijo ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave in transparentnosti. Naročnik od gospodarskega subjekta zahteva dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam. Predložitev manjkajočega

¹ Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL L št. 94 z dne 28. 3. 2014 str. 65)

dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo informacije ali dokumentacije se lahko nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, je mogoče objektivno preveriti. Če gospodarski subjekt ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti.«

ZJN-3 nadalje v šestem odstavku 89. člena določi posamezne dele ponudbe, pri katerih popraviljanje ali dopolnjevanje ni dopustno, razen izjemoma kadar gre v teh primerih za popravek ali dopolnitev očitne napake in če zaradi tega popravka ali dopolnitve ni dejansko predlagana nova ponudba. V skladu z omenjenim členom ponudnik praviloma ne sme dopolnjevati ali popravljati:

- svoje cene brez DDV na enoto, vrednosti postavke brez DDV, skupne vrednosti ponudbe brez DDV, razen kadar se skupna vrednost spremeni zaradi popravka računske napake
- ponudbe v okviru meril,
- tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila,
- tistih elementov ponudbe, ki vplivajo ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev njegove ponudbe glede na preostale ponudbe, ki jih je naročnik prejel v postopku javnega naročanja.

Upošteva se sedmi odstavek 89. člena ZJN-3 pa sme izključno naročnik ob pisnem soglasju ponudnika popraviti računske napake, ki jih odkrije pri pregledu in ocenjevanju ponudb. Pri tem se količina in cena na enoto brez DDV ne smeta spreminjati. Če se pri pregledu in ocenjevanju ponudb ugotovi, da je prišlo do računske napake zaradi nepravilne vnaprej določene matematične operacije s strani naročnika, lahko naročnik ob pisnem soglasju ponudnika popravi računsko napako tako, da ob upoštevanju cen na enoto brez DDV in količin, ki jih ponudi ponudnik, izračuna vrednost ponudbe z upoštevanjem pravilne matematične operacije. Ne glede na prejšnji odstavek lahko naročnik ob pisnem soglasju ponudnika napačno zapisano stopnjo DDV popravi v pravilno.

Glede vprašanja ne/dopustne spremembe oziroma dopolnitve ponudb obstaja večje število odločitev Državne revizijske komisije (v nadaljevanju: DKOM), oblikovana pa je tudi kar obsežna sodna praksa sodišča EU. Slednja se je sicer oblikovala še na podlagi prej veljavne Direktive 2004/18/ES², ki pa eksplicitnih določb s tem v zvezi ni vsebovala. Za razliko od omenjene direktive pa nova Direktiva 2014/24/EU, ki je razveljavila Direktivo 2004/18/ES, v 56. členu vsebuje izrecna pravila. Prakse sodišča EU na podlagi nove direktive še ni, zato je potrebno obstoječo sodno prakso tolmačiti upoštevajoč novo pravno ureditev, ki pa se je s tem v zvezi bistveno spremenila tudi v delu, ki ureja uporabo zmogljivosti drugih subjektov in zahteva zamenjavo le-teh v primeru obstoja določenih okoliščin.

ZJN-3 je z 89. členom jasneje uredil, kdaj je spreminjanje in dopolnjevanje ponudbe dopustno. V petem odstavku 89. člena naročniku daje možnost, da v primeru če so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, zahteva od gospodarskega subjekta, da v ustreznem roku

² Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L št. 134 z dne 30. 4. 2004, str. 114) in vse spremembe.

predloži manjkajoče dokumente ali dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacijo, pod pogojem, da je takšna zahteva popolnoma skladna z načeloma enake obravnave in transparentnosti. Na podlagi zahteve naročnika za pojasnilo ponudbe lahko ponudnik predloži določene dokumente ali pa že obstoječe dokumente oziroma informacije dopolni, popravi, pojasni ali nadomesti z drugimi. S formalnega vidika je posledica tega pojasnila, dopolnitve ali popravka lahko tudi sprememba ponudbe, bistveno pa je, da sprememba ponudbe ni takšna, da gre ponudbo obravnavati kot povsem novo.

Pri dopolnjevanju ponudbe je potrebno slediti namenu tega instituta, ki pomeni obstoj možnosti popraviti del ponudbe, ki izkazuje izpolnjevanje določene okoliščine v času oddaje ponudbe, in sicer tako, da se ponudba dopolni po oddaji ponudbe (na primer predložitev dokumenta, ki manjka). V vseh primerih pa je potrebno upoštevati dejstvo, da je **morala okoliščina**, katere izpolnitev se dokazuje, **obstajati v času oddaje ponudbe**. Temu pritrjuje tudi sodna praksa sodišča EU, ki je v primeru *Manova C-336/12*, odločilo, da je »...načelo enakega obravnavanja treba razlagati tako, da ne nasprotuje temu, da naročnik po izteku roka za predložitev kandidatur v postopku javnega naročila pozove kandidata, naj predloži dokumentacijo, ki opisuje njegov položaj, ... katere obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev kandidature, je mogoče objektivno preveriti...«.

V skladu z navedenim je torej dopolnitev ponudbe z dokazili, ki so predložena naknadno in v roku, ki ga je postavil naročnik, mogoče šteti za ustrezno, če naknadno predložena dokazila izkazujejo izpolnjevanje pogoja v času oddaje ponudbe. Vendar pa v tem delu opozarjamo tudi na preostalo prakso Sodišča EU, ki je v več svojih sodbah (npr. C-599/10, C-336/12, C-131/6, C-387/14, C-324/14) že izoblikovalo izhodišča za presojo dovoljenih dopolnjevanj ponudb. Iz omenjenih sodb izhaja, da ponudb po tem, ko so bile predložene, načeloma ni več mogoče spreminjati niti na pobudo javnega naročnika niti na pobudo ponudnika in da načelo enakega obravnavanja in preglednosti nasprotujeta kakršnim koli pogajanjem med naročnikom in katerim koli ponudnikom, vendar pa je mogoče podatke v zvezi s ponudbo v nekaterih točkah izjemoma popraviti ali dopolniti, zlasti če očitno potrebujejo zgolj pojasnitev ali zaradi odprave očitnih materialnih napak, pod pogojem, da zaradi te spremembe ni dejansko predlagana nova ponudba. Iz teh sodb izhaja tudi, da je zahteva po pojasnilih glede ponudbe lahko podana šele po tem, ko se je naročnik seznanil z vsemi ponodbami in da se mora zahteva nanašati na vse dele ponudbe, ki niso natančne ali skladne s tehničnimi specifikacijami iz razpisne dokumentacije, predvsem pa, da dopolnitev ni dovoljena, če razpisna dokumentacija določa, da je treba dokument ali informacijo predložiti, sicer se ponudba zavrže, in da mora naročnik ravnati strogo v skladu z merili oz. pravili, ki jih je sam določil. Vse sodbe pa se pri obravnavanih vprašanih opirajo na pogoj enake obravnave in transparentnosti.

Institut dopolnjevanja in spreminjanja je zato potrebno uporabljati skrbno in restriktivno, upošteva kogentna določila ZJN-3, morebitne drugačne določbe v razpisni dokumentaciji in v skladu s temeljnimi načeli javnega naročanja.

II. Ali je naročnik dolžan ponudnika pozvati, da pojasni ali dopolni ponudbo?

Na podlagi določb petega in šestega odstavka 89. člena ZJN-3 je torej mogoče ugotoviti, da je popravek oziroma dopolnitev podatkov v ponudbi v določenem obsegu sicer mogoča, vendar pa pozivanje k pojasnjevanju, dopolnjevanju ali popravljanju ponudb **ni naročnikova dolžnost, temveč gre za njegovo diskrecijsko pravico, tj. možnost**, za katero se naročnik lahko odloči. Pri odločitvi o tem, ali bo dopustil dopolnjevanje, popravljanje in pojasnjevanje ponudb, pa mora naročnik strogo upoštevati določila lastne razpisne dokumentacije ter vse ponudnike

obravnavati enakopravno. Pojasnila lahko zahteva **šele po tem, ko se je seznanil z vsemi ponudbami**.

Na podlagi ZJN-3 ima tako naročnik možnost, da od ponudnika zahteva pojasnila ponudbe, in sicer vedno, kadar ugotovi ali meni, da so informacije in dokumentacija iz ponudbe nejasne, napačne oziroma pomanjkljive in **določenega dejstva ne more preveriti sam**. Določena dejstva pa lahko naročnik preveri sam, kadar ta na primer izhajajo iz javnih evidenc ali so sicer javno znana ali pa z informacijo razpolaga naročnik že sam. Institut pojasnjevanja ponudb je torej zakonsko dana možnost. V skladu s stališči DKOM pa je bilo že na podlagi pretekle zakonodaje oblikovano mnenje, da je **pojasnjevanje ponudbe potrebno takrat, kadar iz nje ni jasno razvidna ponudnikova volja ali ko naročnik dvomi o pomenu ali vsebini posameznih elementov ponudbe** (npr. odločitve DKOM št. 018-088/2017 018-029/2017, 018-115/2017 in 018-007/2017).

Pri uporabi pravice do odločanja po prostem preudarku, ki jo ima glede možnosti, da od ponudnikov zahteva pojasnila ponudbe, mora naročnik ponudnike **obravnavati enakopravno**, tako da zahteva po pojasnilih na koncu postopka izbire ponudb glede na izid tega postopka ne daje vtisa, da je neupravičeno koristila oziroma škodovala enemu ali več gospodarskim subjektom, na katere je bila naslovljena, ali da je pripeljala do nedovoljenih pogajanj med naročnikom in ponudnikom. Iz izpostavljenega načela enakopravne obravnave ponudnikov izhaja, da se primerljive situacije ne smejo obravnavati različno in da se različne situacije ne smejo obravnavajo enako, razen če je takšna obravnava objektivno utemeljena. Naročnik mora predmetno načelo spoštovati v vseh fazah postopka oddaje javnega naročila. To pomeni, da tudi v postopku ocenjevanja in pregledovanja ponudb ne sme ustvarjati okoliščin, ki bi pomenile kakršnokoli diskriminacijo ponudnikov, ki ni objektivno utemeljena.

Naročnik pa lahko v razpisni dokumentaciji glede dopustnosti dopolnjevanja in spreminjanja posameznih elementov ponudbe določi drugačna pravila, kot to določa ZJN-3. V tem primeru se mora **naročnik dosledno držati pravil, ki jih je sam določil** in na katera so se zanašali vsi ostali ponudniki. DKOM npr. v odločitvi št. 018-179/2016 pritrdi naročniku: *»Ker je naročnik v razpisni dokumentaciji izrecno prepovedal spreminjanje ponudbe, pri dopolnjevanju pa je predvidel le morebitno predložitev dodatnih stvarnih dokazil ali pojasnil že predloženih ponudbenih dokumentov, je treba ugotoviti, da je, ko ni upošteval naknadno predložene vlagateljeve reference, ravnal v skladu s temi pravili.«* Podobno tudi v odločitvi DKOM št. 018-068/2017.

Pomembno pa se je zavedati, da je *»V naročnikovi (in ne ponudnikovi) pristojnosti, da na podlagi pregleda ponudbene dokumentacije ugotovi, ali so ponudbe formalno popolne, sprejemljive, pravilne in primerne in da na koncu postopka pregledovanja in ocenjevanja sprejme odločitev o njihovi (ne) popolnosti. (...) Ponudniki so vezani na ponudbo, ki jo predložijo do roka, določenega za oddajo ponudb, in sicer vse do izteka roka veljavnosti ponudbe, naročniki pa so upravičeni, da takšno ponudbo v času njene veljavnosti ocenijo v skladu z vnaprej določenimi pogoji in merili in da jo (če ugotovijo, da je popolna in najugodnejša), sprejmejo oz. izberejo. To izhaja tako iz pravil obligacijskega prava kot tudi iz pravil javnega naročanja.«* Ponudniki torej ponudbe ne morejo samoiniciativno dopolnjevati (tako DKOM v odločitvi št. 018-193/2016). Samoiniciativno dopolnjevanje ponudbe pa je izjemoma lahko dopustno, če tako določa že ZJN-3, npr. glede naknadnega normiranja podizvajalcev (glej razdelek VI. tega tolmačenja).

III. Kdaj in kako je dopolnjevanje dopustno

ZJN-3 z namenom zmanjševanja administrativnih bremen določa, da mora naročnik primarno ustrezne informacije oz. dokumentacijo preveriti sam. Le kadar določenega dejstva ne more preveriti sam, lahko k temu pozove ponudnika. **Poziv mora biti celovit, jasen in obsegati vse nejasne dele ponudbe.** Sodišče EU je v primeru *Slovensko C-599/10* odločilo, da »se mora navedena zahteva nanašati na vse točke ponudbe, ki niso natančne ali skladne s tehničnimi specifikacijami iz razpisne dokumentacije, ne da bi smel javni naročnik ponudbo zavrniti zaradi nejasnosti nekega vidika te ponudbe, ki ni bil predmet te zahteve.«

Večkratno pozivanje k dopolnjevanju ponudbe v istem delu ni dopustno, saj lahko sicer postopek dopolnjevanja oz. odpravljanja očitnih materialnih napak v ponudbi preide v favoriziranje ponudnika, ki ni izpolnil svoje dolžnosti skrbne priprave ponudbe. Iz določil četrte (zadnje) povedi petega odstavka 89. člena ZJN-3 izhaja, da mora naročnik v primeru, če ponudnik na naročnikovo zahtevo ne predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, ponudnika izključiti. Naročnik torej nima možnosti, da ponudnika večkrat poziva k dopolnitvi oz. spremembi ponudbe v istem delu, temveč je, če je ponudnik ne dopolni v skladu s pozivom oz. če tudi po dopolnitvi še vedno vsebuje enake pomanjkljivosti, izločiti iz postopka. Tudi iz prakse DKOM izhaja, da lahko naročnik posameznega ponudnika pozove le enkrat (odločitvi DKOM št. 018-213/2016 in 018-235/2016), poziv pa mora biti dovolj jasen, da ponudnik ve, kaj naj dopolni oz. kateri deli ponudbe so za naročnika nejasni. Poziv mora biti tudi celovit in mora obsegati vse pomanjkljivosti, ki jih je naročnik zaznal pri ponudbi. Tako DKOM v odločitvi št. 018-003/2018 navaja: »(...) *Državna revizijska komisija ugotavlja, da ta poziv naročnika ni bil jasen in nedvoumen, saj iz dopisa ni mogoče ugotoviti, katera dokazila (ki so bila sicer nesporno predložena) so neustrezna in iz katerega razloga – v dopisu je zgolj navedeno, da manjkajo potrdila (certifikati), čeprav naročnik v izpodbijanem sklepu navaja drugače s tem, ko zapiše, da so bili v ponudbi dokumenti sicer predloženi, vendar je bila izjava o lastnostih neustrezna. Na podlagi tako oblikovanega poziva vlagatelju ni mogoče očitati ravnanja v nasprotju s pozivom naročnika s tem, ko je v odgovoru na naročnikov poziv pojasnil, da je že v ponudbi predložil zahtevane dokumente, ter ponovno predložil enako izjavo o lastnostih in STS. V obravnavanem primeru torej odločitev naročnika temelji na napačni ugotovitvi, da je bil vlagatelj (ustrezno) pozvan na dopolnitev oz. pojasnilo ponudbe v delu, ki se nanaša na izjavo o lastnostih, čemur pa – kot že pojasnjeno – ni mogoče pritrčiti.*«

Naročnik mora ponudniku **določiti ustrezen rok za odgovor**, t.j. rok, v katerem je glede na količino vprašanj oz. dodatno zahtevane dokumentacije zahtevo mogoče izpolniti. Pri določitvi roka je potrebno vsem ponudnikom določiti primeren rok, ki ni nujno enak za vse ponudnike, odvisno glede na količino pojasnil oz. dopolnil, ki jih je potrebno predložiti. V odločitvi št. 018-199/2016 je tako DKOM ugotovila, da naročnik ni ravnal primerno, ko je enemu ponudniku določil rok za dopolnitev tri koledarske dni, pri čemer mu je poziv posredoval na petek, sobota in nedelja pa pri ponudniku nista delovna dneva. Tako je imel ta ponudnik na voljo le en učinkovit dan za pripravo pojasnil in dopolnil, konkurenčna ponudnika, ki sta poziv za dopolnitev prejela v ponedeljek, pa sta ga v roku treh koledarskih dni (ki so bili tudi trije delovni dnevi) lahko izpolnila, pri čemer je prvi ponudnik prejel poziv za bistveno obširnejšo dopolnitev ponudbe.

ZJN-3 določa, da se predložitev manjkajočega dokumenta ali dopolnitev, popravek ali pojasnilo lahko nanaša izključno na takšne elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev prijave ali ponudbe, je **mogoče objektivno preveriti**. Dopolnjevanje z dejstvi, ki nastanejo po poteku roka za predložitev ponudb, ZJN-3 torej prepoveduje. Tako npr. DKOM v odločitvi št. 018-247/2017 ugotovi, da »gre pri podatku o razpolaganju izbranega ponudnika z vsaj osmimi avtobusi z določenim številom potniških sedežev za okoliščino, katere obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je mogoče objektivno preveriti.«

V odločitvi št. 018-056/2017 pa ugotovi, da ker je ponudnik v ponudbo pozabil napisati podatek o proizvajalcu in kodi artikla, glede na konkretne okoliščine izhaja, da ni natančno definiral predmeta svoje ponudbe in zato naknadno dopolnjevanje ponudbe v tem delu ni dopustno, saj ob naknadni navedbi manjkajočih podatkov ne bi bilo mogoče objektivno preveriti obstoja opredelitve predmeta naročanja in nedvoumnih specifikacij posameznih ponujenih artiklov pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe.

Do zapletenih situacij lahko pride v primerih, ko pride do oddaje skupne ponudbe več ponudnikov (partnerske pogodbe, skupna ponudba, konzorcij, ipd). V odločitvi št. 018-191/2017 tako DKOM zapiše, da v obravnavanem primeru *»podatek o vrstah in obsegu dobav in storitev posameznega partnerja ni tak element ponudbe, katerega obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, bi bilo mogoče objektivno preveriti«*. V obravnavanem primeru to po oceni DKOM velja še toliko bolj, saj je bilo v sami partnerski pogodbi jasno navedeno, da se njeni podpisniki dogovorijo, da bodo v primeru podpisa pogodbe na podlagi javnega naročila podpisali aneks k partnerski pogodbi, v katerem bodo natančno določili vrsto in obseg dobav in storitev posameznega podpisnika te pogodbe in pogodbene cene s komercialnimi pogoji ter ostale obveznosti in odgovornosti. DKOM meni, da *»je jasno, da deleži in vrste storitev tudi v primeru, ko oziroma če so zapisani v drugih delih ponudbe, niso natančni, saj iz partnerske pogodbe (...) izhaja, da bodo vrste in obseg dobav in storitev »posameznega podpisnika« partnerske pogodbe (...) natančno določene šele v aneksu k tej pogodbi, kar v posledici pomeni, da pri teh podatkih ne gre za elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je mogoče objektivno preveriti.«*

Po mnenju DKOM bi lahko bilo drugače, v kolikor takšnega dostavka v partnerski pogodbi ne bi bilo. V tej situaciji *»bi bilo, na podlagi deležev in vrste storitev, ki bi bili morebiti zapisani v drugih delih ponudbe (kar bi bilo potrebno ob upoštevanju okoliščin vsakokratnega dejanskega stanja predhodno ustrezno ugotoviti), morebiti mogoče zaključiti, da gre za elemente ponudbe, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je mogoče objektivno preveriti.«*

IV. Kdaj dopolnjevanje ni dopustno

ZJN-3 v šestem odstavku določa, katerih delov ponudbe ponudnik ne sme dopolnjevati ali popravljati oz. ga naročnik k temu ne sme pozvati. Dopolnitve in popravki pa so v teh delih izjemoma dopustni le, kadar gre za popravek ali dopolnitev očitne napake in če zaradi tega popravka ali dopolnitve ni dejansko predlagana nova ponudba. Ponudnik ne sme dopolnjevati ali popravljati:

- svoje cene brez DDV na enoto, vrednosti postavke brez DDV, skupne vrednosti ponudbe brez DDV, razen kadar se skupna vrednost spremeni zaradi popravka računske napake,
- ponudbe v okviru meril,
- tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila,
- tistih elementov ponudbe, ki vplivajo ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev njegove ponudbe glede na preostale ponudbe, ki jih je naročnik prejel v postopku javnega naročanja.

V praksi se pogosto pojavijo težave, ali posamezna dopolnitev pomeni spremembo tehničnih specifikacij, ali pa gre morda za dopolnitev drugega dela ponudbene dokumentacije, kjer je popravek dopusten. DKOM v odločitvi št. 018-247/2017 glede zahteve naročnika, da ponudnik razpolaga z določenim številom avtobusov glede na okoliščine primera ugotovi, da je naročnik ta pogoj določil kot zahtevo, ki jo mora posamezni ponudnik izpolnjevati za sodelovanje v postopku; gre torej za preverjanje tehnične sposobnosti ponudnikov in ne za tehnične specifikacije same ponudbe. V odločitvi št. 018-003/2017 pa: *»v okoliščinah konkretnega dejanskega stanja so podatki o svetlobnem toku cestnih svetilk (...) tehnični podatki, to je tisti*

del ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila. (...) V okoliščinah konkretnega dejanskega stanja glede tehničnih specifikacij ponujenega predmeta tudi ne gre za očitno napako (...) Za očitno napako bi lahko šlo v kolikor bi iz certifikatov in ali katalogov izhajali ustrezni tehnični podatki ponujenega predmeta, pri prepisovanju v druge dele oz. obrazce ponudbene dokumentacije pa bi prišlo do očitne napake.»

V odločitvi št. 018-221/2016 DKOM ugotavlja, da se ugotovljene pomanjkljivosti (t.j. da iz priloženih cenikov ni mogoče ugotoviti, ali gre za cene z DDV ali brez njega), v ponudbi nanašajo na ponudbeno ceno, posledično pa zaradi takšnih pomanjkljivosti ni mogoče ugotoviti prave vlagateljeve volje glede ponudbene cene. Gre torej za pomanjkljivosti, ki zadevajo končno ponudbeno ceno, v katero ni dovoljeno posegati.

V odločitvi št. 018-161/2016 DKOM ne dopusti dopolnitve ponudbe z novim referenčnim potrdilom, saj se s tem spreminja ponudba v delu glede meril oz. gre za tiste elemente ponudbe, ki vplivajo ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev ponudbe. Naročnik je namreč poleg merila cena določil tudi merilo dodatni kadri, za katerega lahko posamezni ponudnik dobi dodatne točke.

V primerih iz šestega odstavka 89. člena ZJN-3 je dopolnjevanje oz. popravljanje ponudbe izjemoma dopustno **le v primeru očitnih napak, če zaradi tega ni dejansko predlagana nova ponudba**. Očitnost napake pa je potrebno presojati z vidika možnosti njenega odkritja oziroma ugotovitve. Napaka je namreč očitna le, če jo je v objektivnem smislu moč zaznati na prvi pogled, prima facie, kar pomeni, da jo je mogoče ugotoviti neposredno, ne pa šele z dodatnim pojasnjevanjem posameznih okoliščin dejanskega stanja oziroma s preverjanjem pravilnosti le-tega. Da pa ne bi dopolnitev ali poprava podatka, ki je bil predhodno opredeljen za očitno napako, dejansko pomenila podaje predloga nove ponudbe, mora biti pravilen podatek naročniku znan (posledično pa tudi na objektivni ravni preverljiv) že ob ugotovitvi očitne napake. V kolikor se namreč naročnik s pravilnim podatkom in s tem s pravo ponudnikovo voljo prvič seznanil šele ob odpravi očitne napake, ni mogoče zaključiti, da zaradi dopolnitve ali popravka slednje po roku za oddajo ponudbe ni bila dejansko predlagana nova ponudba (enako DKOM v odločitvah št. 018-014/2017 in 018-051/2017).

V odločitvi št. 018-051/2017 DKOM ugotavlja, da dopolnitev ponudbe z dodatno zavarovalno storitvijo, ki v prvotni ponudbi ni bila ponujena (četudi je ponudnik v pojasnilu zagotovil, da je bila storitev kljub napaki zaobsežena v skupnem izračunu premije, ki ostaja nespremenjen) dejansko pomeni novo ponudbo in ne gre za očitno napako.

Smiselno je pojasniti, da v kolikor naročnik pozove ponudnika na dopolnitev, pa dopolnitev na podlagi določb ZJN-3 ni dopustna, **naročnik svoje odločitve ne sme opreti na tako prejeta dokazila** (enako DKOM v odločitvi št. 018-065/2017: »Zaradi neobstoja pravne podlage za omenjeno pozivanje bi bila morebitna dokazila, ki bi jih vlagatelj na tej podlagi posredoval naročniku, neupoštevna in na oceno o (ne)dopustnosti ponudbe ne bi mogla vplivati«).

V praksi se pogosto zgodi, da naročnik razpisno dokumentacijo po njeni objavi spremeni v delu, ki se nanaša na merila, tehnične specifikacije, del ponudbe kjer se predstavi ponudbena cena, ipd. Če ponudnik ponudbo odda tako, da je skladna s prvotno objavljeno razpisno dokumentacijo, ne upošteva pa njenih popravkov, ga naročnik ne sme pozvati na popravek oz. dopolnitev tako oddane ponudbe, v kolikor bi se popravek nanašal na katerega izmed primerov iz šestega odstavka 89. člena ZJN-3. V skladu s prvim in drugim odstavkom 67. člena ZJN-3 se namreč informacije, ki jih naročnik posreduje gospodarskim subjektom na portalu javnih naročil

ali prek njega, štejejo za spremembo, dopolnitev ali pojasnilo dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, če iz vsebine informacij izhaja, da se z njimi spreminja ali dopolnjuje ta dokumentacija ali če se s pojasnilom odpravlja dvoumnost navedbe v tej dokumentaciji. Dolžnost ponudnika je torej skrbno spremljanje poteka postopka javnega naročila, zato ob morebitnem spregledu popravkov razpisne dokumentacije sam nosi odgovornost in škodo.

V. Računske napake

ZJN-3 v sedmem odstavku določa, da lahko zgolj naročnik in le ob pisnem soglasju ponudnika popravi računske napake. Pri tem se količina in cena na enoto brez DDV ne smeta spreminjati. Če se pri pregledu in ocenjevanju ponudb ugotovi, da je prišlo do računske napake zaradi nepravilne vnaprej določene matematične operacije s strani naročnika, lahko naročnik ob pisnem soglasju ponudnika popravi računsko napako tako, da ob upoštevanju cen na enoto brez DDV in količin, ki jih ponudi ponudnik, izračuna vrednost ponudbe z upoštevanjem pravilne matematične operacije. Prav tako lahko naročnik ob pisnem soglasju ponudnika popravi napačno zapisano stopnjo DDV.

DKOM je v svojih odločitvah že večkrat zapisala, da so računske napake le tiste napake, ki nastanejo pri osnovnih računskih operacijah, npr. množenju, seštevanju, deljenju, ni pa mogoče kot računske napake obravnavati npr. dvojno obračunanega davka na dodano vrednost, ponujenega, a v končno ponudbeno ceno ne vračunanega rabata, neskladja v ponudbenih cenah v rekapitulaciji in seznamom skupne vrednosti blaga, ki nima vzroka v napaki zaradi osnovnih računskih operacij itd. V odločitvi št. 018-114/2017 DKOM glede napake ponudnika, ki je v ponudbo v razdelku »popis del« in v razdelku »rekapitulacija« vnesel različne ponudbene cene zaradi napačnega seštevka cen dela po posameznih postavkah, meni, da *»Posega, ki ga je izvedel naročnik, glede na zapisano ni mogoče obravnavati kot računskih napak, katerih odprava bi bila dovoljena v skladu s sedmim odstavkom 89. člena ZJN-3. Opisane pomanjkljivosti v ponudbi izbranega ponudnika so (...) takšne, da v konkretnem primeru, brez dodatnih in z ZJN-3 prepovedanih posegov v obstoječo ponudbeno vsebino, ne omogočajo ugotovitve prave ponudbene cene in ponudbene volje (...). Poleg tega vlagatelj pravilno opozarja, da določba sedmega odstavka 89. člena ZJN-3 v konkretnem primeru ni uporabljiva tudi zato, ker do navedenih napak v ponudbi izbranega ponudnika ni prišlo iz razlogov na strani naročnika oziroma zaradi (s strani naročnika) nepravilno določene matematične operacije.«*

VI. Kdaj je poziv za pojasnilo obvezen

V nekaterih primerih za razliko od zgoraj opisane možnosti poziva na dopolnitev naročnik ponudnika mora pozvati na dopolnitev oz. pojasnilo ponudbene dokumentacije.

V naslovnem kontekstu velja izpostaviti institut neobičajno nizke ponudbe, ki ga ureja 87. člen ZJN-3. Ta naročnikom nalaga obvezno preverjanje neobičajno nizkih ponudb. Namen takega preverjanja pa je, kot izhaja iz predmetne določbe, da se pred izbiro oziroma zavrnitvijo ponudbe, pri kateri se zaradi višine cene dvomi o možnosti izpolnitve naročila, taka ponudba predhodno preveri. Naročnik mora torej v takem primeru od ponudnika zahtevati pojasnila – podrobne podatke in utemeljitev o elementih ponudbe, za katere meni, da so odločilni za izpolnitev naročila oziroma vplivajo na razvrstitev ponudb (kot npr. ekonomiko proizvodnega postopka, izvirnost predmeta naročila, obveznost izpolnjevanja veljavnih obveznosti na področju okoljskega, socialnega ali delovnega prava, izpolnjevanje zahtev glede podizvajalcev), ki so po svoji naravi res pojasnila, vendar jih ne gre enačiti v smislu pojasnil, kot jih opredeljuje 89. člen ZJN-3. Namreč, institut neobičajno nizke ponudbe je povsem ločen institut, ki je v ZJN-3

opredeljen v posebnem členu, ki podrobno, poleg pogojev, kdaj je treba neobičajno ponudbo preveriti, ureja tudi sam postopek izvedbe obveznega preverjanja tovrstnih ponudb.

Povsem drugačna pa je zadeva v primeru kadar nameravajo gospodarski subjekti pri izvajanju javnega naročila uporabljati zmogljivosti drugih subjektov oziroma nastopati s podizvajalci. V obeh primerih mora naročnik preveriti, ali ti subjekti izpolnjujejo zahtevane pogoje za sodelovanje in zanje ne obstajajo razlogi za izključitev, bodisi da so ti nominirani že ob oddaji ponudbe ali tudi kasneje v fazi izvajanja javnega naročila. Naročnik mora od gospodarskega subjekta – ponudnika zahtevati zamenjavo subjekta, če pri preverjanju ugotovi, da ta ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali v zvezi z njim obstajajo razlogi za izključitev, kar pomeni, da mu zakon nalaga obveznost pozivanja na dopolnitev. Šele če ponudnik v opredeljenem roku ne uspe zagotoviti ustrezne zamenjave omenjenih subjektov, bo naročnik tako ponudbo označil kot nedopustno in jo bo iz postopka javnega naročanja izločil. Zamenjava predlaganih in nominiranje novih subjektov, na čigar zmogljivosti se ponudnik sklicuje, in/ali podizvajalcev predstavlja torej v času oddaje naročila poseg v predloženo ponudbo, ki bi jo bilo glede na opisano zakonsko obvezo potrebno šteti kot dopustno. Takšno spremembo ponudbe torej ZJN-3 ne prepoveduje, kot to sicer izrecno velja za posamezne dele ponudbe (tj. za ceno na enoto oziroma skupno vrednost ponudbe brez DDV, tehnične specifikacije, elemente ponudbe, ki vplivajo na razvrstitev ponudb), v katere se razen v kolikor bi šlo za napako, ki je očitna, in hkrati popravek ali dopolnitev te napake ne bi povzročila spremembo ponudbe na način, da bi bila zaradi tega dejansko predlagana nova ponudba, ne sme posegati.

Izpostaviti velja, da se glede tovrstnega dopolnjevanja ponudb v praksi lahko pojavi več različnih situacij, ki jih bo treba presojati glede na konkretne okoliščine, upoštevaje pri tem ne samo zakonska določila temveč tudi relevantne določbe posamezne razpisne dokumentacije. Tako npr. se v praksi lahko zastavi vprašanje, ali lahko gospodarski subjekt ob zahtevi po zamenjavi subjekta, na katerega kapacitete se sklicuje (tudi podizvajalca), zagotovi dopustnost svoje ponudbe brez zamenjave subjekta – na način, da zmogljivosti zagotovi sam. Ne glede na to da tega vprašanja zakon eksplicitno ne ureja, bi kazalo to šteti kot dopustno. Drugačno stališče bi bilo namreč ob dejstvu, da sicer ponudnik lahko izpolni pogoj na način, da namesto spornega subjekta, na katerega se sklicuje, predlaga drug subjekt, nesmiselno. Verjetno pa v praksi ni pričakovati veliko takih primerov, saj ponudnik, če bi pogoj že na začetku izpolnjeval sam, ne bi uporabil zmogljivosti drugih subjektov oziroma del naročila dal v podizvajanje.

Obratno od izpostavljenega se zastavlja tudi vprašanje, ali je možno oziroma dopustno naknadno sklicevanje na kapacitete drugih oziroma novo nominiranje podizvajalcev v primeru, kadar ponudnik v ponudbi izvorno nastopa sam (ne navede, da bo dela opravljal s podizvajalci in se ne sklicuje na kapacitete drugih). V zvezi z izpostavljenim velja poudariti, da zakonska obveza k pozivanju na dopolnitev ponudbe v smislu zamenjave »neustreznih« subjektov velja samo v primeru in pod pogojem, da so ti prvotno nominirani in če zanje naročnik pri preverjanju ugotovi pomanjkljivosti, zato se zastavlja vprašanje, kako naj ravna naročnik v primeru »samoiniciativne« dopolnitve oziroma predloga ponudnika, namreč v takem primeru ne moremo več govoriti o ex lege dani omenjeni zakonski podlagi. Glede vprašanje podizvajalcev se zdi situacija nesporna, saj zakon kljub napotku ponudnikom naj ti v kolikor nameravajo nastopati s podizvajalci, ti podizvajalce nominirajo čimprej - že v ponudbi, hkrati dopušča tudi možnost, da se ti nominirajo tudi kasneje v času izvajanja javnega naročila, zato bi bilo onemogočanje dopolnjevanja ponudbe v tem delu nesmiselno (če seveda naročnik ni kaj drugega predvidel v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila), pri čemer iste analogije ne gre uporabiti glede vprašanja dopustnosti naknadnega sklicevanja na kapacitete drugih, še zlasti, kadar želi ponudnik na tak način izkazati svojo usposobljenost za izvedbo naročila. Na tak način bi se namreč omogočalo špekulacijo ponudnikov na način, da bi ti v primeru, ko bi se

izkazalo, da sami ne izkazujejo zahtevane usposobljenosti, kot rešitev uporabili opcijo, da nominirajo nekoga, s katerim slednje lahko izkažejo. To pa bi bilo z vidika zahteve po enakopravni obravnavi ponudnikov nedopustno.

Vezano na podizvajanje, pa velja omeniti še naslednji primer odločanja DKOM. Glede vprašanja dopustnosti naknadnega spreminjanja deležev podizvajanja je v odločitvi št. 018-056/2015 DKOM zavzela stališče »(...) Ker je po uveljavitvi novele ZJN-2E določene dele ponudbe po izrecni volji zakonodajalca dopustno tudi spreminjati (če so za to izpolnjeni v zakonu določeni pogoji), je potrebno ugotoviti, da menjava deležev v ponudbi (že) nominiranih podizvajalcev v predmetnem postopku oddaje javnega naročila ni bila v nasprotju z spremenjenimi določbami 17. točke prvega odstavka in 78. člena ZJN-2. Del ponudbe izbranega ponudnika, ki se je nanašal na deleže nominiranih podizvajalcev namreč ni vseboval elementov, ki bi lahko vplivali na spremembo ponudbenih cen, oziroma elementov, ki bi lahko vplivali na razvrstitev ponudb v okviru meril. Prav tako ne gre za element, ki bi ga bilo mogoče obravnavati kot tehnično specifikacijo. Državna revizijska komisija se strinja s prvim vlagateljem tudi v tem, da lahko opisano dopolnitev ponudbe opravi samo ponudnik. Zato ni pomembno, ali jo dopolni sam, ali to stori po izrecnem pozivu naročnika, ki ga k takšnemu ravnanju zavezuje zakon. Poleg tega ponudba prvega vlagatelja, kot izhaja iz izpodbijane odločitve, ni bila izločena iz razloga, ker jo je dopolnil na lastno pobudo, pač pa iz razloga, ker se naročnik z navedeno dopolnitvijo ni strinjal.«

VII. Posebni primeri dopolnitev

a. Dopolnitev glede zavarovanja za resnost ponudbe

Namen finančnega zavarovanja za resnost ponudbe je, da ga naročnik unovči v primeru, če ponudnik umakne svojo ponudbo po preteku roka za predložitev ponudb. Zavarovanje za resnost ponudbe predstavlja poseben del ponudbe, ki se ne nanaša na izkazovanje ponudnikove ustreznosti oz. usposobljenosti za izvedbo naročila in ki tudi ni povezan s tehničnimi specifikacijami ponudbe, ceno ali drugimi elementi, ki vplivajo na razvrstitev ponudb, je pa tesno povezan s samo ponudbo in je namenjen resnosti izkazovanja ponudbene volje. Naročniku prejeta zavarovanje za resnost ponudbe zagotavlja, da po razkritju ponudbenih cen in ostalih elementov meril na javnem odpiranju ponudb ne pride do dogovarjanj med ponudniki oz. do takšnih ravnanj, ko bi najugodnejši ponudniki umaknili svoje ponudbe v korist manj ugodnemu (dražjemu) ponudniku oz. ko z naročnikom ne bi več hoteli sodelovati v postopku pregledovanja in ocenjevanja ponudb.

Glede na jasen namen in vlogo zavarovanja za resnost ponudbe je DKOM v več odločitvah zavzela stališče, da gre za tisti del ponudbe, katerega pomanjkljivosti, ki vplivajo na zmožnost unovčenja zavarovanja v obsegu, kot ga je zahteval naročnik, praviloma ni mogoče odpravljati s popravljanjem ali dopolnjevanjem neustreznega zavarovanja ali s predložitvijo manjkajočega zavarovanja. V nasprotnem primeru bi bili namreč naročniki izpostavljeni zlorabam, saj bi ponudniki lahko namenoma predložili neustrezno zavarovanje za resnost ponudbe ali pa ga sploh ne bi predložili, pričakujoč, da bodo napake lahko odpravljali kasneje, če jim bo to glede na podatke, pridobljene na javnem odpiranju ponudb, sploh še v interesu. Naročniki bi bili v tem primeru odvisni od volje ponudnikov, zavarovanje za resnost ponudbe pa bi v celoti izgubilo svoj namen. Zato zavarovanje za resnost ponudbe predstavlja tisti element, ki mora biti v vsakem primeru predložen ob sami ponudbi in v taki vsebini, kot je zahteval naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, morebitnih napak, pa ni dopustno naknadno popravljati ali dopolnjevati, temveč predstavljajo podlago za zavrnitev ponudbe kot nedopustne (enako DKOM v odločitvah št. 018-062/2017, 018-183/2015, 018-196/2016, 018-149/2016).

DKOM v odločitvi št. 018-062/2017 glede menice, katere veljavnost je bila določena za prekratko obdobje, tako odloči, da: *»Četudi bi šlo za očitno tipkarsko napako v finančnem zavarovanju za resnost ponudbe, ta ne more predstavljati takšne pomanjkljivosti ponudbe, ki bi jo bilo mogoče sanirati s popravkom ali dopolnitvijo. (...) Kot že zapisano v zvezi z vlagateljevo (očitno) napako v menični izjavi ni mogoče govoriti zgolj o manjši pomanjkljivosti, temveč o vsebinski napaki pri roku veljavnosti zavarovanja za resnost ponudbe, ki je eden izmed ključnih delov finančnega zavarovanja. Pri tem okoliščina, da gre za očitno tipkarsko napako ne more biti upoštevna, ob čemer tudi ni odveč poudariti, da je pri veljavnosti finančnega zavarovanja za resnost ponudbe irelevantno ali gre za napako v nekaj dneh ali v nekaj mesecih (v konkretnem primeru gre za dva meseca). Ključna je ugotovitev, da vlagatelj, kljub jasnim določbam v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, ni zagotovil veljavnosti finančnega zavarovanja za resnost ponudbe v zahtevanem roku, temveč je ta rok krajši.«*

V zvezi z dopustnostjo spreminjanja zahtevanih instrumentov, vrste in višine finančnih zavarovanj pa je svoje stališče v preteklosti večkrat zavzel tudi Direktorat za javno naročanje, in sicer, da morajo biti finančna zavarovanja v skladu s pravili javnega naročanja predložena v skladu z zahtevami, opredeljenimi v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Naročnikove zahteve glede finančnih zavarovanj lahko namreč pomembno vplivajo na konkurenčnost v postopku javnega naročanja. Od vrste oziroma instrumenta in višine zahtevanih zavarovanj je lahko odvisna tudi odločitev posameznega gospodarskega subjekta, ali bo v postopku javnega naročila oddal ponudbo in v kakšni višini, zlasti upoštevaje sposobnost pridobitve posameznega finančnega zavarovanja. Pri tem stroške finančnega zavarovanja, ki ga zahteva naročnik, ponudnik praviloma prenese na naročnika, in sicer tako, da jih pri pripravi ponudbe vračuna v ponudbeno ceno. Glede na navedeno in glede na tretji odstavek 67. člena ZJN-3, ki določa, da pogodba o izvedbi javnega naročila v bistvenih delih ne sme odstopati od osnutka pogodbe iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, zahtev glede finančnih zavarovanj po poteku roka za oddajo ponudb praviloma ni mogoče spreminjati. Takšno ravnanje bi lahko namreč v odvisnosti od okoliščin posameznega primera štelo za diskriminatorno obravnavo ponudnikov. Ta pa je v nasprotju s temeljnimi načeli javnega naročanja in je ena od kršitev pravil javnega naročanja (2. točka drugega odstavka 111. člena ZJN-3). Vendar glede na obveznost zagotavljanja gospodarne rabe javnih sredstev, ki izhaja tako iz javnofinančne kot javnonaročniške zakonodaje, bi kazalo, da vsak naročnik vselej presodi, kaj je v konkretnem primeru ob upoštevanju vseh relevantnih okoliščin najbolj gospodarno in ravna v skladu s temi ugotovitvami.

b. Možnost naknadne predložitve manjkajočega ali pomanjkljivega ESPD obrazca

V praksi se pogosto zastavlja vprašanje glede možnosti naknadne predložitve manjkajočega ali pomanjkljivega ESPD obrazca. ESPD predstavlja lastno izjavo gospodarskega subjekta, s katero slednji namesto dokazil, kot predhodni dokaz, naročniku sporoči svoje podatke ter podatke o tem, ali in s kom namerava izvesti javno naročilo, izjasni pa se tudi, ali obstajajo razlogi za izključitev in ali izpolnjuje pogoje za sodelovanje. ESPD tako predstavlja (poleg predračuna in specifikacij ponujenega blaga, storitve oziroma gradnje) bistveni dokument ponudbe, ki izkazuje identiteto ponudnika oziroma vseh (morebitnih) drugih sodelujočih subjektov (npr. podizvajalcev oziroma zmogljivosti drugih subjektov).

Načeloma se manjkajoči ESPD lahko dopolnjuje, sploh če je ponudnik v ponudbi predložil še druge zahtevane dokumente, iz katerih so razvidni vsi ostali relevantni podatki o ponudbi oziroma ponudnikih. Drugače bi lahko bilo pri dvofaznih postopkih, kjer ESPD praviloma v prvi fazi predstavlja edini dokument, ki ga mora predložiti prijavitelj. Tudi DKOM je v odločitvi št.

018-057/2017 dopustila poziv ponudniku na dopolnitev obrazca ESPD tako, da naj ponudnik »dopolni ponudbo z dokumenti oz. pooblastili za pridobitev podatkov iz kazenske evidence za člane nadzornega sveta (izpolnjen, podpisan in žigosan ESPD obrazec, ki bo poleg vsebine prvotnega ESPD obrazca ponudnika vseboval tudi manjkajočo navedbo podatkov o članih nadzornega sveta in izpolnjena, podpisana in žigosana pooblastila (OBR-5) za pridobitev podatkov iz kazenske evidence za člane nadzornega sveta, razen če ponudnik potrdila iz kazenske evidence predloži sam«. Ponudnik je namreč v ponudbi oddal izpolnjen ESPD obrazec le z navedbo zakonite zastopnice, zato naročnik ni bil seznanjen z dejstvom, da ima izbrani ponudnik člane nadzornega sveta. DKOM tako ugotavlja: »da naročniku ni mogoče očitati kršitve določil ZJN-3 in lastne razpisne dokumentacije, ko je izbranega ponudnika pozval k dopolnitvi ponudbe. Dopolnitev ponudbe se je namreč nanašala na preverjanje obstoja izključitvenega razloga, določenega v prvem odstavku 75. člena ZJN-3, kar pomeni, da je do dopolnjevanja prišlo v tistem delu ponudbe, ki nima posebnega statusa (šesti odstavek 89. člena ZJN-3), saj se ne nanaša ne na ponudbeno ceno oz. druga merila ne na tehnične specifikacije ponujenega predmeta. Naročnik dejstev, pomembnih za presojo obstoja izključitvenega razloga nekaznovanosti, ni mogel preveriti sam, brez ustreznih pooblastil, podatki o nekaznovanosti članov nadzornega sveta izbranega ponudnika, ki jih je na podlagi naknadno posredovanih pooblastil pridobil od Ministrstva za pravosodje, pa so tudi objektivno preverljivi. Ker je postopek dopolnjevanja ponudbe ustrezno dokumentiran in ker iz dokumentacije predmetnega postopka oddaje javnega naročila ni razvidno, da bi bil tudi vlagatelj (kot edini preostali ponudnik) v podobnem položaju kot izbrani ponudnik, tudi ni mogoče ugotoviti, da bi naročnik v postopku dopolnjevanja ponudbe kršil načelo preglednosti ali načelo enakopravne obravnave ponudnikov.«

Drugačna pa bi lahko bila situacija, če je po izteku roka za oddajo ponudb potrebna predložitev v celoti manjkajočega ESPD obrazca. Le-ta bi lahko dejansko pomenila takšno spremembo, ki nakazuje povsem novo ponudbo, saj naročnik brez predloženega ESPD obrazca praviloma ne more ugotoviti, kateri gospodarski subjekt (ali več njih) daje ponudbo ter ali oziroma v kakšni povezavi z drugimi gospodarskimi subjekti (podizvajalci, sklicevanje na zmogljivosti drugih gospodarskih subjektov) je ponudba dana. Po mnenju Direktorata za javno naročanje lahko naknadna predložitev ESPD obrazca (ki ga v prvotni ponudbi sploh ni) bistveno in na nedopusten način spreminja oz. dopolnjuje prvotno ponudbo, kar po našem mnenju izhaja tudi iz sodbe Sodišča EU, ki v zadevi C-387/14 (*Esaprojekt*) navaja, da »...tako obvestilo (op. DJN: ta gospodarski subjekt je naknadno izkazal/predložil pogodbo, ki jo je izvršil tretji subjekt, in zavezo slednjega, da bo navedenemu gospodarskemu subjektu dal na voljo sredstva, potrebna za izvedbo zadevnega naročila) neposredno vpliva na bistvene elemente postopka oddaje javnega naročila, to je na samo identiteto gospodarskega subjekta, ki bo morda prejel zadevno javno naročilo, ter na preverjanje zmogljivosti tega gospodarskega subjekta in torej na njegovo sposobnost za izvedbo zadevnega javnega naročila. Naročnik bi v teh okoliščinah neupravičeno ugodneje obravnaval ta gospodarski subjekt v primerjavi z drugimi kandidati...«.

Dodajamo, da bi bil lahko naročnik v primeru, ko ponudnik sploh ne predloži ESPD obrazca, izpostavljen zlorabam, saj bi ponudniki lahko to storili tudi namenoma, pričakujoč, da ga bodo lahko predložili kasneje, če jim bo to glede na podatke, pridobljene na javnem odpiranju ponudb, sploh še v interesu.

V primeru drugih pomanjkljivosti ESPD obrazca pa mora torej naročnik presoditi, ali je pomanjkljivost takšne narave, da jo je, glede na vse zgoraj navedeno, potrebno in mogoče sanirati oz. odpraviti na način, ki ne ogroža enakopravne obravnave ponudnikov in transparentnosti in ki zagotavlja, da takšna naknadna sprememba oziroma dopolnitev ne predstavlja nove ponudbe. Takšno vprašanje bi lahko bila situacija, če ponudnik v ponudbi ne bi

predložil ESPD obrazca za druge sodelujoče. Praviloma bi se zdelo, tudi v povezavi z zakonsko dopustno možnostjo, da lahko ponudniki podizvajalce nominirajo tudi kasneje v času izvajanja javnega naročila, da so naknadne predložitve ESPD obrazcev za druge sodelujoče subjekte dopustne, v kolikor naročnik presodi, da izpolnjujejo zgoraj opisane zakonske kriterije (enakopravna obravnava, ne gre za novo ponudbo).

c. Zamenjava reference ali subjekta, s katerim namerava ponudnik izvesti javno naročilo

Referenca je po svoji naravi dokazilo, da je gospodarski subjekt sposoben izvesti javno naročilo v zahtevanem obsegu in kvaliteti, saj z njo dokazuje, da je istovrstno gradnjo ali storitev v preteklosti že večkrat uspešno izvedel ali da je pod podobnimi pogoji že uspešno dobavil istovrstno blago. Naročnik lahko na podlagi dokazila, da je gospodarski subjekt (vsaj) enkrat že uspešno izvedel primerljivo naročilo, utemeljeno sklepa, da ima tak subjekt ustrezno znanje in izkušnje, potrebne za izvedbo javnega naročila.

Dopustitev zamenjave reference ali subjekta pa je treba uporabljati izjemoma in restriktivno, v odvisnosti od konkretnih okoliščin. Vprašanje, ki si ga mora naročnik pri presojanju postaviti je, kdaj se šteje, da je predlagana nova ponudba. Menimo npr., da primera, ko isti gospodarski subjekt, ki je predlagan v ponudbi z določeno referenco, ki je neustrezna, to neustrezno referenco nadomesti z ustrezno, ni mogoče enačiti s primerom, kjer ponudnik ne zamenja zgolj reference gospodarskega subjekta za drugo referenco tega istega subjekta, ampak zamenja tudi sam gospodarski subjekt (kar ima sicer za posledico tudi drugo referenco). Menimo, da bi oboje (ob pogoju enakega obravnavanja) lahko bilo dopustno z vidika ZJN-3, v odvisnosti od konkretnih okoliščin primera. Skrajno spremembo pa bi pomenila situacija, če ponudnik v ponudbi nastopa sam (ali s tretjimi), pa po odpiranju ponudb svojo ponudbo (na poziv naročnika) dopolni s povsem novim subjektom, s katerim bo izpolnil pogoje. V tem primeru bi to pomenilo novo ponudbo, kar ne bi bilo dopustno.

S tem v povezavi izpostavljamo eno od novejših sodb sodišča EU (C-387/14, *Esaprojekt*), v kateri je bilo obravnavano tudi to vprašanje, vendar je bila predmetna sodba sprejeta na podlagi prej veljavne direktive (Direktiva 2004/18/ES) in je ni mogoče aplicirati na novo javno naročniško zakonodajo. Glede na obvezo iz 81. člena ZJN-3, v skladu s katero mora naročnik od gospodarskega subjekta zahtevati zamenjavo subjekta, ki ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali v zvezi s katerim obstajajo obvezni oziroma neobvezni razlogi za izključitev (op. po vsebini enako določbo vsebuje tudi Direktiva 2014/24/EU), je namreč utemeljeno pričakovati, da bi bila lahko odločitev sodišča EU ob upoštevanju nove EU javnonaročniške direktive povsem drugačna.

d. Potrdilo FURS glede neplačanih dajatev

ZJN-3 v 75. členu določa razloge za izključitev iz postopka javnega naročanja, pri čemer jih deli na obvezne in neobvezne izključitvene razloge. V drugem odstavku 75. člena ZJN-3 je določen obvezen izključitveni razlog, in sicer, da mora naročnik iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključiti gospodarski subjekt, če ugotovi, da le-ta ne izpolnjuje obveznih dajatev in drugih denarnih nedavčnih obveznosti v skladu z zakonom, ki ureja finančno upravo, ki jih pobira davčni organ v skladu s predpisi države, v kateri ima sedež, ali predpisi države naročnika, če vrednost teh neplačanih zapadlih obveznosti na dan oddaje ponudbe ali prijave znaša 50 eurov ali več. Šteje se, da gospodarski subjekt ne izpolnjuje obveznosti iz prejšnjega stavka tudi, če na dan oddaje ponudbe ali prijave ni imel predloženih vseh obračunov davčnih

odtegljajev za dohodke iz delovnega razmerja za obdobje zadnjih petih let do dne oddaje ponudbe ali prijave. FURS neplačane dajatve torej preveri na presečni dan oddaje ponudbe.

Preverjanje izpolnjevanja tega pogoja sicer praviloma naročnik izvede z uporabo sistema e-Dosje, kljub temu naročniki včasih, ko jim e-Dosje vrne podatek, da pogoj ni izpolnjen, to dejstvo preverijo še neposredno na FURS ali pri ponudniku, oziroma ponudnik kdaj tudi na lastno pobudo predloži naknadno dokazilo. Gre za sicer neprimerno prakso, kar pa ni predmet tega tolmačenja, vendar pa tudi če se to zgodi, pojasnjujemo, da naknadna predložitev potrdila o plačanih obveznostih na dan dopolnitve ponudbe ni dopustna, saj FURS plačane obveznosti po drugem odstavku 75. člena ZJN-3 preverja na dan oddaje ponudbe in naknadno plačilo obveznosti ni relevantno, saj bo gospodarski subjekt kljub temu izključen. Enako je odločilo tudi sodišče EU v zadevi C-199/15, kjer sodišče na podlagi Direktive 2004/18 ugotovi, »da člen 45 Direktive 2004/18 ne nasprotuje nacionalni zakonodaji, kakršna je v postopku v glavni stvari, v skladu s katero se kršitev na področju plačila prispevkov za socialno varnost, ki je obstajala na dan oddaje ponudbe, šteje za razlog za izključitev, čeprav so bile nepravilnosti v zvezi s prispevki odpravljene pred oddajo javnega naročila oziroma pred preverjanjem, ki ga je po uradni dolžnosti opravil naročnik.«

VIII. Način pozivanja ponudnikov in elektronska oddaja ponudb

Od 1. 4. 2018 dalje je upoštevanje 37. in 118. člena ZJN-3 obvezno elektronsko sporočanje in izmenjava informacij, zlasti pa elektronska oddaja ponudb. Že sedaj ZJN-3 ne predvideva predpisanega načina vročanja pozivov za dodatna pojasnila ali dopolnitve ponudb. V praksi naročniki to opravljajo na različne načine: po elektronski pošti, poslano z navadno pošto (priporočeno, s povratnico, navadno), v primeru manjših nejasnosti pa tudi ustno po telefonu, pri čemer je ustno komunikacijo potrebno ustrezno dokumentirati (npr. narediti uradni zaznamek, snemati pogovor). Naročniki se odločijo za sredstvo, ki jim glede na dokazljivost vročitve poziva na eni strani in hitrost prejema poziva na drugi strani v konkretnem primeru najbolj ustreza.

Ministrstvo za javno upravo je vzpostavilo t.i. informacijski sistem za uporabo funkcionalnosti elektronske oddaje ponudb, ki je elektronsko komunikacijsko orodje, ki naročnikom in gospodarskim subjektom omogoča elektronsko izmenjavo informacij, zlasti elektronsko oddajo in sprejemanje ponudb in prijav v postopkih javnega naročanja in predstavlja del sistema e-JN. Naročnik, ki omogoči oddajo ponudbe preko informacijskega sistema za elektronsko oddajo ponudb, s tem izpolni pogoje iz 37. člena ZJN-3, pri čemer pa uporaba tega informacijskega sistema ni obvezna, naročnik lahko po lastni odločitvi uporabi drug način elektronskega komuniciranja, ki je skladen s 37. členom ZJN-3.

Naročnik, ki bo uporabljal sistem e-JN, bo preko tega sistema ponudnika lahko pozval tudi k dodatnim pojasnilom ali k dopolnitvi ponudbe. V informacijskem sistemu bo ponudniku določil rok za odgovor. Ponudnik bo obvestilo prejel preko sistema e-JN, na naveden kontaktni elektronski naslov bo tudi prejel obvestilo o prejetem sporočilu. Ponudnik bo preko sistema e-JN naročniku odgovoril z dodatnimi pojasnili in morebitnimi potrebnimi dopolnitvami.

Sašo Matas
Generalni direktor