

Branko Tomažič
državni svetnik

Številka: 411-01-17/2019/2
Ljubljana, 8. 11. 2019

gospod
Alojz Kovšca
predsednik
Državnega sveta

Zadeva: Vprašanja glede možnosti pojasnila ponudbe v postopkih javnega naročanja, obligatorne narave izreka stranske sankcije izločitve iz postopkov javnega naročanja in vzpostavitve seznamov ponudnikov

Na podlagi 66. in 98. člena Poslovnika Državnega sveta (Uradni list RS, št. 70/08, 73/09, 101/10, 6/14 in 26/15) predlagam, da se na Ministrstvo za javno upravo naslovi naslednja vprašanja:

- 1. Kakšno je stališče Ministrstva za javno upravo do sedanje ureditve v šestem odstavku 89. členu Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18; v nadaljevanju: ZJN-3), ki ne omogoča naknadnih pojasnil, ki zadevajo ceno ali specifikacije predmeta naročila, in ki je strožja od ureditve v področni Direktivi 2014/24/EU in sodne prakse Sodišča EU?**
- 2. Ali Ministrstvo za javno upravo meni, da je obligatoren izrek stranske sankcije izključitve iz postopkov naročanja, kot je predviden v 112. členu Zakona o javnem naročanju, v skladu s temeljnimi načeli konkurence ter splošnim načelom sorazmernosti?**
- 3. Ali ima Ministrstvo za javno upravo v načrtu vzpostavitve seznama ponudnikov, za katere obstaja izločitveni razlog v 75. členu ZJN-3, in systemskega seznama referenc ponudnikov, ki so že izvedli javno naročilo?**

Obrazložitev:

Iz prakse na področju javnega naročanja je razvidno, da trenutni sistem ne omogoča vedno izbire ekonomsko najugodnejše ponudbe, ampak omogoča izbiro tiste ekonomsko najugodnejše ponudbe, ki ji je pravočasno predložena vsa zahtevana dokumentacija. Razen kadar gre za popravek ali dopolnitev očitne napake, če zaradi tega popravka ali dopolnitve ni dejansko predlagana nova ponudba, ponudnik v

skladu s šestim odstavkom 89. člena Zakona o javnem naročanju¹ (v nadaljevanju ZJN-3) 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 v skladu s sedmim odstavkom 89. člena ZJN-3, ponudbe v okviru meril, tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila, in 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. Na ta način niso dopustna pojasnila v delu ponudbe, ki zadeva ceno ali specifikacije predmeta naročila. Ker torej ponudnik po roku za oddajo ponudb svoje ponudbe ne sme dopolnjevati in ne sme popravljati svoje cene, se v praksi takšne ponudbe zavrne kot nedopustne. Glede na navedeno pa se postavlja vprašanje, ali so vse prej naštetje omejitve v skladu s temeljnim načelom konkurence, ki naj bi vsem gospodarskim subjektom na trgu zagotovila prost dostop do javnega sektorja. Onemogočanje naknadnih pojasnil lahko iz posameznega postopka javnega naročanja izloči kar nekaj ponudnikov, kar lahko na tako majhnem prostoru, kot je Republika Slovenija, hitro krepko omeji konkurenco.

Glede vprašanja dopustnosti sprememb oziroma dopolnitev ponudb obstaja 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/EU³, ki je razveljavila Direktivo 2004/18/ES, v 56. členu vsebuje izrecna pravila. Prakse sodišča EU na podlagi nove direktive še ni veliko, zato se je treba nasloniti na obstoječo sodno prakso, vendar upoštevajoč novo pravno ureditev. Sodišče Evropske unije je že v več svojih sodbah (npr. v zadevah Slovensko⁴, Manova⁵, Apelski Dariusz⁶, Esaprojekt⁷) 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 kakršnimkoli pogajanjem med naročnikom in katerimkoli ponudnikom. Sodišče EU pa je pojasnilo, da je mogoče na zahtevo naročnika podatke v zvezi s ponudbo v nekaterih točkah izjemoma popraviti ali dopolniti (npr. pojasnilo glede neobičajno nizke cene ali predložitev manjkajoče bilance), zlasti če očitno potrebujejo zgolj pojasnitev ali zaradi odprave očitnih materialnih napak, pod pogojem, da zaradi te spremembe ni dejansko predlagana nova ponudba. V zadevi Lavorgna Srl⁸ je Sodišče EU sicer navedlo, da nacionalna ureditev sicer lahko določa izključitev ponudnika brez poziva k dopolnitvi, če ni navedel vseh zahtevanih stroškov pri svoji ekonomski ponudbi (torej ceni), vendar le v primeru, če določbe javnega razpisa ponudnikom omogočajo, da te stroške navedejo v ekonomskih ponudbah. V nasprotnem primeru mora ponudnik imeti možnost svojo ekonomsko ponudbo dopolniti. V navedenem primeru je naročnik ponudnikom predložil obrazec, ki so ga morali obvezno uporabiti, vanj pa niso mogli

¹ Zakon o javnem naročanju, Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18.

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.

³ Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES.

⁴ Sodba SEU v zadevi C-599/10 z dne 29. marca 2012.

⁵ Sodba SEU v zadevi C-336/12 z dne 10. oktobra 2013.

⁶ Sodba SEU v zadevi C-324/14 z dne 7. aprila 2016.

⁷ Sodba SEU v zadevi C-387/14 z dne 4. maja 2017.

⁸ Sodba SEU v zadevi C-309/18 z dne 2. maja 2019.

zapisati vseh zahtevanih stroškov. Zadeva Lavorgna Srl torej jasno pove, da popraviljanje ni mogoče, le če je že razpisna dokumentacija ponudnikom nedvoumno omogočila popolno predložitev ekonomske ponudbe. Slovenska zakonodaja je tako strožja od prakse Sodišča EU in Direktive 2014/24/EU, kar je sicer povsem dovoljeno, vprašanje pa je, ali je tudi smiselno.

Na področju prekrškov je mogoče zaslediti, da so nekatere določbe morda nekoliko nesorazmerne. Postavlja se vprašanje, ali je bil pri nekateri prekrških, ki so predvideni v ZJN-3, pred uvrstitvijo v zakon opravljen test sorazmernosti. Nesorazmernost je namreč mogoče zaslediti v primerih nepredložitve obrazca REK pri ugotovitvi obstoja zapadlih, neplačanih obveznosti v višini 50 evrov ali več ter v primerih kršitve delovnopravne zakonodaje. Zlasti slednje kršitve v praksi nimajo vse enake narave oziroma nekatere kršitve delovnopravne zakonodaje še zdaleč niso enako resne kot druge. Vseeno pa že dva, še tako bagatelna prekrška, za kršitelja lahko predstavljata tudi večletno izločitev iz postopkov javnega naročanja. Določba v tem primeru nesorazmerno obremenjuje predvsem gospodarske subjekte z večjim številom zaposlenih, kjer je že statistično verjetno, da bosta pri njih identificirana dva zadevna prekrška.⁹

Sodelovanje v postopkih javnega naročanja je prav tako onemogočeno tistim, ki so uvrščeni na seznam ponudnikov z negativnimi referencami. Glede na to, da je stranska sankcija uvrstitve na seznam ponudnikov z negativnimi referencami obligatorne narave in jo sodišče mora izreči tudi, kadar meni, da tovrstna sankcija ni potrebna glede na okoliščine konkretnega primera, ni mogoče povsem slediti argumentu, da je takšna ureditev v skladu s temeljnim načelom sorazmernosti. Tovrstna sankcija, ki ima za posledico izločitev ponudnika iz trga javnih naročil blaga ali storitev za obdobje treh let, iz trga javnih naročil gradenj pa za obdobje petih let, ima lahko tudi negativne posledice z vidika konkurence in dopušča možnost zlorabe s strani konkurentov. Prekrški, za katere je določena stranska kazen uvrstitve na seznam ponudnikov z negativno referenco, pogosto niso tako resni, da bi bila tovrstna stranska kazen upravičena. Za obstoj prekrška je dovolj že malomarnost ponudnika, pri čemer gre pogosto za manjše podjetnike, ki pravil javnega naročanja ne poznajo dovolj dobro. Res je, da sicer drži rek nepoznavanje prava škoduje (*ignorantia iuris nocet*), vendar bi bila za tovrstne prekrške, npr. ko ponudnik ne predloži listine v skladu s šestim odstavkom 94. člena, dovolj že izločitev iz konkretnega postopka javnega naročila, sodišče pa bi nato imelo diskrecijo, ali bi ponudnika uvrstilo na seznam ponudnikov z negativno referenco. V tej luči bi bilo vredno razmisliti, ali ne bi bilo nemara bolje spremeniti dikcijo šestega odstavka 112. člena ZJN-3 tako, da bi ta sodišču omogočala, naj se samo odloči, glede na okoliščine in težo prekrška, ali bo ponudnika (oziroma podizvajalca) uvrstilo na seznam ponudnikov z negativnimi referencami. Pri tem je treba razmisliti tudi o kontekstu velikosti Republike Slovenije, kjer lahko vsaka izločitev ponudnika za tri ali pet let bistveno zmanjša konkurenco na posameznem področju javnih naročil.

V postopkih javnega naročanja bi bil koristen seznam ponudnikov, ki jim je bila pravnomočno izrečena kazen za prekršek ali kaznivo dejanje, ki predstavlja izločitveni razlog po 75. členu ZJN-3. Takšen seznam bi naročnikom bistveno olajšal

⁹ Marko Žvipelj, Žiga Rejc: Prekršek v zvezi s plačilom za delo - izključitev iz sodelovanja v postopkih javnega naročanja po ZJN-3 ter prepoved ustanavljanja po ZGD-11, Pravna praksa, 2016, št. 45-46, str. 8-11.

delo pri pregledu ponudb, saj bi lahko precej hitreje odkrili morebiten obstoj izločitvenih razlogov. Koristna bi bila sicer vzpostavitev systemskega seznama referenc (t. j. informacij o preteklih izvedbah), ki bi vključeval ponudnike, ki so že izvedli javno naročilo. Na seznamu bi bile lahko navedene ocene izvedbe javnega naročila (npr. za večja javna naročila) s strani naročnika, ki bi bile podane ob prevzemu predmeta naročila in ob izteku garancijskega roka. Tovrstne ocene bi lahko ponudnik (izvajalec) izpodbijal z ugovorom. Na ta način bi se lahko ustvarila centralna evidenca preteklih javnih naročil, ki bi bila na voljo vsem javnim naročnikom in kjer bi bilo jasno razvidno, kateri ponudniki so naročilo izvedli korektno in kateri ne, kar bi javnim naročnikom precej olajšalo izbiro ponudnika. S tega vidika je tudi nekoliko zavajajoče poimenovana evidenca ponudnikov z negativnimi referencami. Slednjo bi bilo smiselno preimenovali, morda v evidenco ponudnikov, ki so izločeni iz sodelovanja v javnih naročilih.

Pomembno je, da področje javnih naročil predvideva sankcije za ponudnike, bodisi v obliki izločitve, če pride do resnih prekrškov ali kaznivih dejanj, bodisi v obliki neizbire ali izločitve, če predložena ponudba ni ustrezna. Vseeno pa morajo biti ti mehanizmi sorazmerni in ponudniku omogočati, da svojo ponudbo popravi ali pojasni, če je prišlo do napake, seveda le v primeru, da je to v skladu s pravno ureditvijo po Direktivi 2014/24/EU. Ministrstvo za javno upravo naj na podlagi navedenega prouči zastavljena vprašanja glede določenih vidikov ureditve na področju javnega naročanja nanje odgovori.

Branko Tomažič, l. r.
državni svetnik