

Formalnost ni cilj javnega naročanja

1. Načelo formalnosti in načelo sorazmernosti pri oddaji javnih naročil

Sklepanja poslov z osebami javnega prava, naročniki po pravilih Zakona o javnem naročanju, ZJN-3,¹ in gospodarskimi subjekti, ni mogoče primerjati z običajnimi ravnanji gospodarskih subjektov, ko na trgu iščejo pogodbeno stranko ter se z eno ali več pogajajo o sklenitvi posla. Naročnike omejujejo pravila javnega naročanja. Ta pravila niso sama sebi namen. Poglavitni razlog za njihov sprejem je zagotoviti konkurenco pri sklepanju poslov z javnim sektorjem oziroma omogočiti vsem gospodarskim subjektom enakopraven dostop do poslov javnega sektorja. Ta cilj je, vsaj z vidika pravil EU o javnem naročanju (Direktive 2014/24/EU² in Direktive 2014/25/EU³), nesporen. Izključno ta cilj terja, da so ravnanja naročnikov ob izbiri pogodbene stranke in določitvi vsebine pogodbenih obveznosti formalizirana. Načelno velja, da naročnikove kršitve zakonskih pravil narekujejo razveljavitev postopka in razveljavitev morebitne oddaje javnega naročila. Prav tako ponudnikove kršitve pri oddaji ponudbe načelno narekujejo, da se ponudba ne upošteva.

Pravo javnega naročanja ima že več letno tradicijo v Sloveniji, še daljšo pa na ravni EU. Vse od uveljavitve pravil o javnih naročilih je teorija javnega naročanja in tudi sodna praksa (predvsem na ravni EU) opozarjala, da imajo zahteve po strogem spoštovanju zakonskih pravil o ravnanjih pri oddaji javnih naročil svoje meje. Seveda ne gre za to, da bi se zmanjšal pomen zakonskih pravil o javnem naročanju ali da bi se omogočal spregled ciljev javnega naročanja. Postopki javnega naročanja so dolgotrajni, vrsta javnih naročil je kompleksnih, naročniki morajo pripraviti obsežno razpisno dokumentacijo, ponudniki morajo oddati ponudbo, ki jo spremlja vrsta dokumentov. Življenjsko je, da ob tem pride do napak, tudi nerazumevanja zahtev razpisne ali ponudbene dokumentacije. Vseh napak ni mogoče enačiti. Ponudba z drugačnimi tehničnimi specifikacijami, kot so razpisane, ne predstavlja enake kršitve, kot ponudba, pri kateri je del specifikacij naveden v angleškem jeziku, namesto v slovenskem. Manjšo pomanjkljivost je mogoče najti pri vrsti ponudnikov in njihovih ponudb. Če so naročniki strogi oziroma dejansko prestrogi ob pregledu ponudb, bodo prejeli manjše število relevantnih ponudb, dejansko prejmejo manj konkurenčne ponudbe. Pogosto opozarjajo na napake v izbrani najugodnejši ponudbi neizbrani ponudniki. Če cenovno najugodnejša ponudba ne izkazuje zahtevanih referenc ponudnika, je seveda naročnik ne sme izbrati. Če pa najugodnejši ponudbi ni priloženo zahtevano potrdilo o vpisu ponudnika v določeno evidenco, a ta vpis ob oddaji ponudbe obstaja, bo naročnik z izločitvijo takšne ponudbe izgubil dober posel. Zaradi interesov posameznega naročnika, celotnega javnega sektorja in ponudnikov je zato smiselno poudariti, da formalnost ni cilj javnega naročanja. Je le sredstvo za doseg zagotavljanja enakopravne obravnave ponudnikov in konkurence pri sklepanju poslov z javnim sektorjem. Kadar ta cilj ni ogrožen, je vztrajanje na formalnosti odveč ali pa celo nasprotuje temeljnemu cilju javnega naročanja. Pravila javnega naročanja sicer izrecno ne sistemizirajo

¹ Zakon o javnem naročanju, ZJN-3, Uradni list RS, št. 91/15, 14/18.

² Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES, UL L 94, z dne 28. marca 2014, str. 65.

³ Direktiva 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES, UL L 94, z dne 28. marca 2014, str. 243.

načela formalnosti, a je formalnost oziroma določena stopnja formalnosti zagotovo nujna pri javnem naročanju.

Izrecno pa je v 8. členu ZJN-3 poudarjeno načelo sorazmernosti. Načelo sorazmernosti je sicer splošno načelo prava EU s katerim se poudarja, da naj bodo omejevalni ukrepi skladni s cilji oziroma, da naj prepovedi ne bodo strožje, kot to opravičuje njihov namen. Takšno stališče podaja vrsta odločitev Sodišča, tudi s področja javnega naročanja. ZJN-3 pojasnjuje vlogo načela sorazmernosti z drugačnimi besedami, na manj ustrezen način. Zahtevo po sorazmernosti v javnem naročanju povezuje z izbiro postopka ter določitvijo pogojev in meril, kar opredeljuje že 7. člen ZJN-3 o zagotavljanju enakopravne obravnave ponudnikov, ter tudi 5. člen ZJN-3 o zagotavljanju konkurence med ponudniki. Načelo sorazmernosti je namenjeno uporabi in razlagi zakona, predvsem uveljavitvi določene mere fleksibilnosti. Večja fleksibilnost pomeni tudi zmanjševanje formalnosti, kar je konkretizacija načela sorazmernosti.

Na načelo sorazmernosti se je Sodišče sklicevalo v vrsti primerov, na primer v C-57/01.⁴ Nacionalna grška pravila o javnem naročanju so določala, da so po oddaji ponudbe kakršnekoli spremembe v članstvu konzorcija prepovedane. Sodišče je izrazilo stališče, da je prepoved prestroga in ni sorazmerna s cilji javnega naročanja. V zadevi T-50/05 je pojasnilo, da ni potrebe, da se vsaka naročnikova kršitev v postopku oddaje javnega naročila sankcionira z razveljavitvijo odločitve, če kršitev ni takšne teže in narave, da je vplivala ali da bi lahko vplivala na zakonito izbiro.⁵

2. Dovoljeni popravki ponudb po ZJN-3

Dileme o uveljavitvi formalnosti in sorazmernosti so posebej aktualne pri vprašanju o dovoljenih popravkih ponudb. ZJN-3 v petem, šestem in sedmem odstavku 89. člena ZJN-3 določa pogoje za odpravo pomanjkljivosti ponudb in vlog. Uvodoma povzema določbo 56. člena Direktive 2014/24/EU, v nadaljevanju pa nekoliko spremenjeno dosedanje ureditev iz 78. člena ZJN-2.⁶ ZJN-3 govori o dovoljenih dopolnitvah, popravkih, spremembah in pojasnilih dokumentacije (ponudbene dokumentacije).

V petem odstavku, tudi v zadnji alineji šestega odstavka 89. člena, podaja ZJN-3 splošno pojasnilo o dovoljeni odpravi pomanjkljivosti. V prvi in drugi alineji šestega odstavka 89. člena ZJN-3 ureja pogoje za odpravo pomanjkljivosti določene vrste (popravki cen in tehničnih specifikacij). Pogoje za odpravo pomanjkljivosti določene vrste (računske napake) ureja še v sedmem odstavku 89. člena ZJN-3.

Nesporno je, da so dovoljeni določeni popravki oziroma spremembe navedb iz ponudbe, njihove dopolnitve, pojasnila ponudb, dodajanje dokumentov. Odprava pomanjkljivosti ne sme ogroziti načela enakopravne obravnave in transparentnosti. Načeli enakopravnosti in transparentnosti nista ogroženi, če se popravljajo, spreminjajo, dopolnjujejo navedbe in dokumenti, ki so na strani ponudnika obstajale že pred rokom za predložitev ponudb in je to možno objektivno preveriti. Pri takšnih spremembah ponudb ne gre za to, da bi ponudnik šele po odpiranju, torej potem, ko se je seznanil s konkurenčnimi ponudbami, s spremembo naredil svojo ponudbo bolj konkurenčno. Ponudnik lahko naknadno predloži zahtevani certifikat, seznam zaposlenih, potrdilo o nekaznovanosti.

⁴ Sodba Sodišča (šesti senat), C-57/01, Makedoniko Metro in Mikhaniki AE proti Elliniko Domosio, z dne 23. januarja 2003.

⁵ Sodba Splošnega sodišča (tretji senat), T-50/05, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliofrikis kai Tilematikis AE proti Evropski komisiji, z dne 19. marca 2010.

⁶ Zakon o javnem naročanju, ZJN-2, uradno prečiščeno besedilo Uradni list RS, št. 12/13, 19/14.

Dovoljena odprava pomanjkljivosti naj ponudniku omogoči zgolj to, da postane njegova ponudba dopustna oziroma da izpolni vse pogoje in zahteve iz razpisne dokumentacije.⁷ Po dopolnitvi njegova ponudba ne sme postati »boljša«, kot je bila ob roku za predložitev ponudb. V tretji alineji šestega odstavka 89. člena ZJN-3 je izrecno navedeno, da se popravki ne smejo nanašati na tiste elemente ponudbe, ki vplivajo ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev njegove ponudbe glede na preostale ponudbe. Ta omejitev je bistvena pri razlagi dovoljenih popravkov.

Popravki cen oziroma kalkulativnih elementov in tehničnih specifikacij so dovoljeni le, če je ob splošnih pogojih za dovoljene popravke (da popravek ne vpliva na konkurenčnost ponudbe), izpolnjen tudi pogoj, da gre za očitne napake (prva in druga alineja šestega odstavka 89. člena ZJN-3).

Z računskimi napakami so mišljene dvoumnosti oziroma nejasnosti v ponudbah, ker so ponudnikove navedbe o posameznih cenah in računске operacije na podlagi teh cen napačne. Tudi za računске napake velja, da po popravku ponudba ne sme postati konkurenčnejša. Poprava računске napake ne sme omogočiti spremembe cene na enoto. Računske napake bi naj popravil naročnik sam. Enako velja za napačno zapisano stopnjo DDV (sedmi odstavek 89. člena ZJN-3).

3. Odločitve Sodišča EU o dovoljenih popravkih ponudb

Sodišče je o dovoljenih popravkih odločalo že v času, ko pravna ureditev javnega naročanja na ravni EU o tem ni imela izrecnih pravil.

Sodišče je v zadevi T-195/08 odločalo o popravku napake v ponudbi. V ponudbi za naročilo gradnje ena od postavk v ponudbenem dokumentu ni bila izpolnjena, a je bila vrednost te postavke razvidna (očitno razvidna in ne izrecno določena) iz postavke v drugem dokumentu ponudnika. Navedba cene za postavko E.9.26 (dejansko cene za enoto) v predračunu k ponudbi ni bila navedena, je pa bila navedena cena za postavko E 9.13, postavki sta bili enaki. Ponudnik je po pozivu naročnika potrdil, da sta ceni za obe postavki enaki. Lahko bi rekli, da je bila ponudba pred popravkom pomanjkljiva. Sodišče je odločilo, da je v takih okoliščinah popravek dovoljen. V obravnavani zadevi je Sodišče tudi poudarilo, da ravna v nasprotju z načelom dobre uprave (gospodarjenja) tisti, ki v takih okoliščinah ne omogoči odprave dvoumnosti. Dodalo je tudi, da načelo sorazmernosti ne zahteva več kot je tisto, kar je primerno in nujno za doseganje ciljev in da je med več ukrepi, potrebno uporabiti najmanj omejujočega. Sodišče se je v tej zvezi opredelilo do besedne zveze, »da se naročnik glede popravkov in pojasnil lahko obrne na ponudnika.« Pojasnilo je, da načelno naročnikom ni naložena obveznost, da se obrnejo na ponudnike, a da v določenih okoliščinah takšna obveznost naročnikov izhaja iz splošnih načel. V konkretnem primeru izhaja iz načela dobre uprave in načela sorazmernosti.⁸

V zadevi C-336/12 je Sodišče odločilo, da je dovoljeno, da kandidat manjkajoči dokument (bilanco) priloži po izteku roka za oddajo vlog, če je dokument obstajal že pred iztekom roka (in je to mogoče

⁷ Po 29. točki prvega odstavka 3. člena ZJN-3 je dopustna ponudba ponudba, ki jo predloži ponudnik, za katerega ne obstajajo razlogi za izključitev in ki izpolnjuje pogoje za sodelovanje, njegova ponudba ustreza potrebam in zahtevam naročnika, določenim v tehničnih specifikacijah in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, je prispela pravočasno, pri njej ni dokazano nedovoljeno dogovarjanje ali korupcija, naročnik je ni ocenil za neobičajno nizko in cena ne presega zagotovljenih sredstev naročnika.

⁸ Sodba Splošnega sodišča (peti senat), T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV proti Evropski komisiji, z dne 10. decembra 2009.

objektivno preveriti) in če razpisna dokumentacija ni izrecno določila, da je dokument treba priložiti, sicer se kandidatura zavrže.⁹

Odločanje v zadevi C-42/13 se nanaša na postopek oddaje javnega naročila, v katerem ponudnik za osebo, ki bi naj bila tehnični direktor, ni predložil izjave, ki bi potrjevala da zoper njega ne poteka kazenski postopek oziroma da ni bil pravnomočno obsojen, kar sicer zahteva nacionalna zakonodaja za zastopnike ponudnika. Ponudnik je pozneje sporočil naročniku, da konkretni tehnični direktor ni zastopnik ponudnika (da zato zanj izjava niti ni potrebna) in da ne glede na to izpolnjuje pogoje o nekaznovanju. Italijansko sodišče je sodišče EU vprašalo ali je ustrezna razlaga, da naročnik sme izključiti ponudnika, ki ni podal zahtevane izjave glede zastopnika in to tudi v primeru, če ponudnik dokaže, da je bila oseba pomotoma navedena kot zastopnik in tudi v primeru, ko izpolnjuje pogoje glede izjave. Sodišče je odgovorilo, da je to ustrezna razlaga.¹⁰ Toda upoštevati je treba dvojje. Prvič, da je razpisna dokumentacija določila, da bo iz postopka izključen ponudnik, ki izjave ne bo predložil. Drugič pa, da je bilo Sodišču postavljeno vprašanje ali naročnik v opisanih okoliščinah sme izključiti ponudnika.

Zadeva C-324/14 se nanaša na »netipično« vprašanje glede popravka ponudbe. Ponudnik je želel po roku za oddajo ponudb ponudbo spremeniti tako, da se ne bi nanašala na celotno naročilo, ampak le na določene dele naročila. Sodišče je odgovorilo, da takšen popravek oziroma sprememba ni dovoljena.¹¹

Vprašanje v zadevi C-387/14 se nanaša na dovoljene dopolnitve ponudb. Sodišče je odgovorilo, da ponudnik ne more dopolniti vloge tako, da naknadno predloži dokumente, ki izkazujejo referenco njegove sodelujoče osebe in tudi ne more naknadno predložiti izjave te tretje osebe, da bo sodelovala s kandidatom pri izvedbi javnega naročila.¹² Odločitev se dejansko ne nanaša na možnost naknadne predložitve dokumenta (dokument oz. referenca je obstajala že ob roku za prijavo), ampak na naknadno prigrasitev tretje osebe z referenco, kar bi služilo kot referenca prijavitelja. Takšna dopolnitev pa seveda vpliva na konkurenčnost prijavitelja in krši načelo enakopravnega obravnavanja.

V zadevi C-131/16 je Sodišče odločalo ali je v postopku oddaje javnega naročila za digitalizacijo dokumentov iz arhiva in pripravo dokumentov v elektronski obliki dovoljeno, da naročnik pozove ponudnika k dopolnitvi ponudbe in da na podlagi tega poziva ponudnik odda nov vzorec (razpisna dokumentacija je zahtevala, da ponudniki ponudbi predložijo ponudbi vzorec mikrofilma). Sodišče je ponovno poudarilo, da na podlagi načela o zagotavljanju enakopravnosti ponudnikov načelno ni mogoče spreminjati ponudb. Toda načelo o zagotavljanju enakopravnosti ni kršeno, če ponudnik ponudbo dopolni zaradi pojasnitve ali če popravi očitne pisne napake. Popravek oziroma dopolnitev ponudbe pa ne sme omogočiti, da ponudnik dejansko predloži novo ponudbo. Pod enakimi oziroma temi pogoji se morajo popravki omogočiti vsem ponudnikom. Pri presoji ali novi vzorec mikrofilma izpolnjuje pogoje za dovoljeni popravek bo po odločitvi Sodišča moralo pristojno nacionalno sodišče presoditi ali novi vzorec glede na prvotno predloženi vzorec ostaja v mejah poprave očitne napake in

⁹ Sodba Sodišča (deseti senat), C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser proti Manova A/S, z dne 10. oktobra 2013.

¹⁰ Sodba Sodišča (deseti senat), C-42/13, Cartiera dell'Adda spA proti CEM Ambiente SpA, z dne 6. novembra 2014.

¹¹ Sodba Sodišča (prvi senat), C-324/14, Partner Apelski Dariusz proti Zarząd Oczyszczania Miasta ob udeležbi Remondis sp. z o.o., MR Road Service sp. z o.o., z dne 7. aprila 2016.

¹² Sodba Sodišča (peti senat), C-387/14, Esaprojekt Sp. z o.o. proti Województwo Łódzkie, ob udeležbi Konsultant Komputer sp. z o.o., z dne 4. maja 2017.

ne pomeni predložitve nove ponudbe.¹³ Iz sodbe je razvidno, da je bilo eno od meril za izbiro najugodnejše ponudbe kakovost vzorca (na primer čitljivost). Razumeti je, da naročnik ne bi smel dovoliti predložitve novega vzorca, če novi vzorec v večji meri izpolnjuje merilo za izbiro.

Odločitve Sodišča EU bi naj usmerjale razlago slovenskih pravil o javnem naročanju, čeprav ne obravnavajo povsem enakih primerov popravkov ponudb, kot so aktualni v slovenski praksi javnega naročanja. Državna revizijska komisija je v številnih primerih odločala o formalno nepopolni ponudbi po ZJN-2 (institut, ki omogočal popravek ponudbe) in tudi o dovoljenih popravkih po veljavnem ZJN-3. Ocenjujem, da Državna revizijska komisija uveljavlja restriktivno razlago o tem, kdaj so dovoljeni popravki ponudb, a teorija o tem ni enotna.

¹³ Sodba Sodišča (osmi senat), C-131/16, Esaprojekt sp. Z o.o., Gama Jacek Lipik proti Polskie Górnictwo S.A., ob udeležbi Digital-Center sp. Z o.o., z dne 11. maja 2017.