



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: 430-5/2024-2

Datum: 16. 4. 2024

**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/EU<sup>1</sup> 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 s spremembami; 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 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*

<sup>1</sup> 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)

*predloži manjkajočega dokumenta ali ne dopolni, popravi ali pojasni ustrezne informacije ali dokumentacije, mora naročnik gospodarski subjekt izključiti. Očitne ali nebistvene napake naročnik lahko spregleda.»*

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 popravke 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 in
- tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila.

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/ES<sup>2</sup>, 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 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.

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 121/21; v nadaljevanju: ZJN-3B) pa je pri dopolnjevanju ponudb v petem odstavku 89. člena ZJN-3 na novo določil, da lahko naročnik očitne ali nebistvene napake spregleda. Naročnik tako v primeru takšne

---

<sup>2</sup> 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.

napake ponudnika ne poziva na odpravljanje teh napak, ki so razvidne na prvi pogled ali so nebitvene, kar pomeni da nimajo nikakršnega vpliva na presojo usposobljenosti ponudnika ali na ustreznost njegove ponudbe. S spregledom se dejansko smatra, kot da je napaka odpravljena.

DKOM je že večkrat zavzela stališče, da *»je treba očitnost napake presojati z vidika možnosti njenega odkritja oz. ugotovitve. Napaka je očitna le, če jo je v objektivnem smislu moč zaznati na prvi pogled, kar pomeni, da jo je mogoče ugotoviti neposredno, ne pa šele z dodatnim pojasnjevanjem posameznih okoliščin dejanskega stanja oz. s preverjanjem pravilnosti le-tega.*

Kot primer očitne napake navajamo primer, ko lahko iz dokumenta ponudbene dokumentacije, ki je uradni podatek v zvezi z zahtevanimi tehničnimi specifikacijami (npr. prospekt za določen proizvod), izhaja pravilen podatek, v dodatnem obrazcu za izpolnjevanje tehničnih zahtev, ki ga ponudnik izpolni lastnoročno pa izhaja drugačen podatek, pri čemer je mogoče neposredno ugotoviti, da se tudi z dodatnim pojasnjevanjem dejansko stanje ponujenega ne bo spremenilo. Drugi primer očitne napake je tudi primer, ko ponudnik v pogodbo ni vpisal ponudbene vrednosti, napisal pa jo je v predračun. Očitna napaka je lahko tudi napačen zapis letnice veljavnosti ponudbe. Temu je pritrdila tudi DKOM z odločitvijo št. 018-027/2021.

Očitna napaka pa ni jasno definirana napačen datum veljavnosti ponudbe. V odločitvi št. 018-122/2021 je DKOM ugotovila, da je vpis podatka o veljavnosti ponudbe namenjen izkazovanju ponudnikove volje, do kdaj bo na dano ponudbo vezan. V konkretnem primeru je izbrani ponudnik v ponudbi jasno navedel, da ponudba velja do dne 30. 6. 2021. Šele v dopolnitvi svoje ponudbe pa je navedel, da ponudba velja do dne 1. 10. 2021. DKOM je pojasnila, da ni mogoče ugotoviti, da je v konkretnem primeru obstajala volja izbranega ponudnika zagotavljati veljavnosti ponudbe do 1. 10. 2021 že v trenutku poteka roka za prejem ponudb. Napaka v ponudbi izbranega ponudnika torej ni takšna, da bi naročnik (brez dodatnih pojasnil in dopolnitve ponudbe) lahko ugotovil, da izbrani ponudnik ponuja veljavnost ponudbe, kot je bila zahtevana, zaradi česar te napake ni mogoče opredeliti kot očitne.

Kot primer nebitvene napake lahko navedemo primer napačno izpolnjenega ESPD obrazca v delu sklicevanja na kapacitete drugih in podizvajalcev, vendar je iz ponudbe jasno razvidno, da gre zgolj za zamenjavo pojmov oziroma neustrezno razumevanja zasnove obrazca. Nebitvena napaka je tudi, ko so strani pomanjkljivo označene ali pa so vpisi določenih podatkov nad ali pod za to predvidenim mestom. Prav tako je nebitvena napaka, ko ponudnik odda predračun v drugem formatu kot ga je zahteval naročnik – zahteva po formatu Excel, oddan pa je v formatu PDF (npr. odločitev DKOM št. 018-141/2018).

Zakon sicer še vedno določa, da ponudnik ne sme dopolnjevati ali popravljati svoje cene brez DDV na enoto, vrednosti postavke brez DDV in skupne vrednosti ponudbe brez DDV, ter tehničnih specifikacij (razen če gre za popravek ali dopolnitev očitne napake, če zaradi tega popravka ali dopolnitve ni dejansko predlagana nova ponudba). Z ZJN-3B pa ni več prepovedano spreminjati oz. dopolnjevati ali pojasnjevati ponudbe v okviru preostalih meril (cena, kot pojasnjeno, se ne sme spreminjati).

Dodatno ugotavljamo, da pri predloženi ponudbeni dokumentaciji lahko pride do situacije, ko je ponudnik pozabil predložiti določena zahtevana dokazila, dokumente, itd. V zvezi s tem pojasnjujemo, da načeloma ne gre za uporabo instituta očitne ali nebitvene napake, ampak za že obstoječo določbo petega odstavka 89. člena ZJN-3, ki 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 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 pa od gospodarskega subjekta zahteva takšno dopolnitev, popravek, spremembo ali pojasnilo njegove ponudbe le, kadar določenega dejstva ne more preveriti sam. Navedeno je pojasnjeno v odločitvi DKOM št, 018-121/2020. Izbrani ponudnik ni predložil vzorca pogodbe, »naročnik pa kljub temu »ni zahteval dopolnitve ponudbe«, temveč jo je izbral, ker je štel, da »ne gre za neformalno ponudbo«. Čeprav je naročnik uporabil izraz »neformalna ponudba«, ki je izraz, ki ga ZJN-3 ne določa, je treba razumeti, da je naročnik štel, da ponudba izbranega ponudnika sicer vsebuje pomanjkljivost, vendar ta pomanjkljivost ni taka, da bi mu kljub njenemu obstoju preprečevala izbiro ponudbe izbranega ponudnika.«. DKOM je ugotovila, da je naročnik pri pregledu ponudb kršil 7. člen ZJN-3.

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 ponudbami 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 načeloma 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, obenem pa upoštevati tudi vsa načela javnega naročanja. Pojasnila pa zahteva šele po tem, ko se je seznanil z vsemi ponodbami.

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.

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 obravnavati enako, razen če je takšna obravnava objektivno utemeljena.

Potrebno pa je poudariti, da pravica uporabe proste presoje instituta dopolnjevanja ponudbe vendarle ni neomejena, naročnik je namreč vedno dolžan upoštevati načela javnega naročanja in mora izvesti javno naročanje tako, da z njim zagotovi gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev in uspešno doseže cilje svojega delovanja, določene skladno s predpisi, ki urejajo porabo proračunskih in drugih javnih sredstev. Kot izhaja tudi iz sodne prakse sodišča EU (npr. v zadevi T-211/02), je bilo že pojasnjeno, da četudi ocenjevalna komisija (op. oz. naročnik) sicer ni dolžna iskati pojasnil v vsakem primeru, ko je ponudba dvoumno sestavljena, pa je dolžna pri vsebinski obravnavi vsake ponudbe ravnati z dolžno stopnjo skrbnosti. V primerih, ko sami razpisni pogoji in okoliščine, ki so znane naročniku, kažejo, da ima dvoumnost ponudbe verjetno preprosto razlago in jo je mogoče zlahka rešiti, je ravnanje naročnika, da tako ponudbo zavrne, ne da bi uporabil svojo pristojnost zahtevati pojasnila, načeloma v nasprotju z zahtevami dobrega upravljanja. Odločitev o zavrnitvi ponudbe v takih okoliščinah je lahko posledica malomarnosti (op. sodišče uporabi izraz »očitne napake«) pri presoji naročnika pri izvajanju tega pooblastila.

Glede proste presoje ali diskrecijske pravice naročnika je treba pojasniti tudi, da je značilnost tega instituta v tem, da ima organ na voljo dve ali več možnih alternativ (v tem primeru dve, ali uporabi možnost pozivanja na dopolnitev, ali pa ne), s čimer mu je dana možnost tehtanja in presojanja o izbiri najboljše možne rešitve v konkretnem primeru. Ustavno sodišče RS pa je že pojasnilo (npr. v odločitvi U-I-779/21-8 z dne 7. 4. 2022), da lahko organ pri prostem preudarku pri istem dejanskem stanju izbere izmed pravno enako možnih tisto odločitev, ki jo šteje zaradi podanih okoliščin v konkretnem primeru glede na javni interes za najsmotrnejšo in najprimernejšo.

Kot že nakazano zgoraj, je tako na primer z vidika načela gospodarnosti povsem neprimerno, da naročnik v situaciji, ko ima najugodnejša ponudba določeno pomanjkljivost, ki jo je potencialno mogoče odpraviti s pozivom na dopolnitev ali pojasnilo ponudbe, tega instituta ne uporabi.

Prav tako je, z vidika načel javnega naročanja, v primeru konkurenčnega postopka s pogajanjmi brez objave ta diskrecija omejena in bi naročnik praviloma tudi v tem primeru moral ponudbe pregledati na način, da v primeru morebitnih pomanjkljivosti dovoli dopolnitve in spremembe ponudb, seveda v okviru zakonskih omejitev, ki izhajajo iz petega, šestega in sedmega odstavka

89. člena ZJN-3. Tudi iz uvodnega pojasnila 44 Direktive 2024/14/EU izhaja, da je namen uporabe konkurenčnega postopka s pogajanji po izjemi v pridobitvi pravih in sprejemljivih ponudb, kar kaže na dejstvo možnosti odprave določenih pomanjkljivosti, ki sicer niso vezane na usposobljenost ponudnikov, vendar bi iz tega razloga kazalo ta namen po analogiji in upoštevanje zgoraj omenjena načela ter potrebo po restriktivni uporabi tega postopka dovoliti tudi dopolnitve in spremembe ponudb v delu priznanja usposobljenosti, ki se izvede oziroma mora izvesti v predhodnem transparentnem postopku.

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 pritrudi 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 ga mora, 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 pritrditi.«*

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 okolščino, katere obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudbe, je mogoče objektivno preveriti.«* Primerljivi sta tudi odločitvi DKOM št. 018-130/2020 in 018-131/2020. 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 in

tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila.

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 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«*).

DKOM je obravnavala tudi primer, ko ponudnik v ponudbi ni predložil zahtevanih dokazil (niti specificirane lastne izjave niti prospektne oziroma tehnične dokumentacije), iz katerih bi bilo razvidno izpolnjevanje zahteve glede določenega dela ponujene opreme. V tem primeru se je DKOM ukvarjala z vprašanjem, ali je naročnik ravnal pravilno, ko je podatek o izpolnjevanju konkretne zahteve v okviru brošure oziroma kataloga, dostopnega na internetu, pridobil sam, na tako pridobljeni podatek pa je nadalje oprl oceno o dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika. DKOM je odločila (odločitev št. 018-137/2023), da ker je v skladu s šestim odstavkom 89. člena ZJN-3 in ustaljeno prakso (prim. odločitve v zadevah, št. 018-058/2019, 018-131/2022, 018-104/2023, 018-106/2023) ponudniku – razen v primeru očitne napake – prepovedano odpravljanje pomanjkljivosti v ponudbi z dopolnjevanjem slednje v delu, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila, mora enako, po analogiji, veljati tudi za naročnika. To pa v konkretnem primeru pomeni, da naročnik ni imel podlage v določbah ZJN-3, ko je v brošurah oziroma katalogih, objavljenih na internetu, iskal podatek o minimalni dolžini cone glavnega pomivanja pri ponujenem stroju izbranega ponudnika, posledično pa ni imel pravne podlage, ko je na tako pridobljeni podatek oprl ugotovitev o izpolnjevanju navedene zahteve in posledično o dopustnosti ponudbe izbranega ponudnika.

V praksi se pogosto tudi zgodi, da naročnik razpisno dokumentacijo po njeni objavi spremeni v delu, ki se nanaša na tehnične specifikacije ali 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 (št. 018-114/2017, 018-210/2017, 018-222/2017 in 018-169/2020) že večkrat zapisala, da so računске napake le tiste napake, ki nastanejo pri osnovnih računskih operacijah, npr. množenju, seštevanju, deljenju, ni pa mogoče kot računске 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.

## **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 presoјati glede na konkretne okoliščine, upoštevaјe 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.

S tem v zvezi opozarjamo na odločitev DKOM št. 018-067/2023, iz katere izhaja, da po roku za prejem ponudb ni dopustno pojasnjevati vloge gospodarskega subjekta v ponudbi. Iz ponudbene dokumentacije, predložene do roka za prejem ponudb mora biti razvidno, v kakšni vlogi nastopa posamezni gospodarski subjekt, ki ga naročnik navaja v okviru ponudbene dokumentacije. Če to ni jasno razvidno, ni dopustno, da bi naročnik ponudnika pozival na pojasnilo v tem delu. Odločitev ponudnika, če in s katerimi gospodarskimi subjekti bo nastopal na javnem naročilu ter kakšno vlogo jim bo dodelil oz. kakšno vlogo bodo ti gospodarski subjekti v njegovi ponudbi prevzeli, predstavlja namreč poslovno odločitev ponudnika oz. odraža njegovo voljo. Državna revizijska komisija je že v svojih številnih odločitvah (npr. v odločitvah v zadevah št. 018-194/2018, 018-165/2020, 018-122/2021, 018-165/2021, 018-038/2023; 018-031/2021) zapisala, da volja ponudnika po naravi stvari ni objektivno preverljiva, razen, če je kje ustrezno (navzven) evidentirana oz. zapisana.

## **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 preјeto 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 jaseen 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 predstavlja podlago za zavrnitev ponudbe kot nedopustne (enako DKOM v odločitvah št. 018-062/2017, 018-183/2015, 018-196/2016, 018-149/2016, 018-121/2018, 018-058/2020, 018-067/2022).

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 upošteva 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.«*

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. Iz odločitve DKOM št. 018-005/2020 pa izhaja, da je ponudnik sicer predložil ESPD obrazec zase in za podizvajalca, vendar sta bila prazna. Torej sta bila tako pomanjkljiva, da je učinek enak, kot da ne bi bila predložena. DKOM pa je v odločitvi št. 018-081/2019 presojala primer, ko ponudnik v svoji ponudbi ni predložil ESPD obrazca, vendar so bile v njegovi ponudbi podane vse zahtevane izjave o neobstoju razlogov za izključitev in izpolnjevanju pogojev za sodelovanje, v zvezi s katerimi je bila v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila zahtevana predložitev ESPD obrazca, obenem pa tudi vse druge zahtevane informacije o vlagatelju. Dejstvo nepredložitve ESPD obrazca v tem primeru tako ne predstavlja pomanjkljivosti vlagateljeve ponudbe oziroma razloga, zaradi katerega bi bilo mogoče to označiti za nedopustno.

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 sodbo 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.

Nadalje še pojasnjujemo, da zamenjava kadrovske strukture oz. nominacija nove osebe namesto prvotno nominirane ni dopustna sprememba glede na peti odstavek 89. člena ZJN-3 in prakso DKOM, kar je DKOM že pojasnila v več svojih odločitvah (št. 018-042/2018-7, 018-084/2020-25 in 018-085/2020-25). V odločitvi št. 018-166/2021-4 je glede navedenega pojasnila, »da sprememba zasedbe delovne skupine presega okvirje dopustnih posegov v ponudbo, kot jih opredeljuje določba petega odstavka 89. člena ZJN-3. Takšna sprememba se namreč nanaša na elemente ponudb oz. prijav, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb oz. prijav, ni mogoče objektivno preveriti. Kandidat je z imenovanjem kadra predstavil svojo poslovno odločitev oz. voljo, katere osebe oz. strokovnjaki bodo sodelovali pri izvedbi javnega naročila, kot tudi s katerimi izmed tistih strokovnjakov, ki jih lahko uporabi (v smislu človeških

*virov), bo izvedel javno naročilo. Takšna poslovna odločitev pa (v kolikor ni navzven razpoznavna) ne predstavlja nekega objektivnega dejstva ali podatka, katerega obstoj bi bilo mogoče naknadno preveriti pred iztekom roka, določenega za predložitev ponudb oz. prijav. Ni mogoče namreč naknadno objektivno preveriti, da je poslovna odločitev, ki jo kandidat predstavi šele po poteku roka za oddajo prijav in zanjo ne obstaja zakonska podlaga, obstajala že v trenutku poteka roka za oddajo prijav...«.*

V odločitvi št. 018-144/2018 pa DKOM ugotovi, da ne gre za spremembo delovne skupine, če izbrani ponudnik v dopolnitvi ponudbe le zamenja vloži dveh že v ponudbi nominiranih kadrov, saj iste osebe, ki so bile v prvotni ponudbi predvidene za zasedbo ključnih funkcij, še naprej ostajajo v nespremenjeni kadrovski zasedbi. Izbrani ponudnik tudi ni spremenil identitete subjektov, katerih zmogljivosti uporablja, saj njegov podizvajalec, ki zagotavlja oba strokovnjaka, še naprej v nespremenjenem obsegu ostaja subjekt v njegovi ponudbi.

Dodatno pa je smiselno kot uporaben primer izpostaviti še odločitev DKOM, št. 018-166/2021, v katerem je kandidat nastopal s podizvajalcem, čigar referenca ni bila ustrezna. Naročnik je kandidatu poslal poziv, v katerem je navedel dve možnosti. Prva je bila, da ponudnik predloži novo referenco tega istega podizvajalca in njegovega (že nominiranega podizvajalčevega) kadra, druga pa, da zamenja podizvajalca vključno s kadrom. Ponudnik je uporabil prvo možnost in posredoval novo referenco obstoječega podizvajalca, vendar pri tem imenoval nov (drug) kader tega podizvajalca. DKOM je odločila, da v obravnavanem primeru ni mogoče na objektivni in transparentni način preveriti, ali je skupina kandidatov, v kateri nastopa vlagatelj, že pred potekom roka za oddajo prijav predvidela takšno kadrovsko zasedbo delovne skupine, kot izhaja iz dopolnitve prijave. Odločitev kandidata, kateri strokovnjaki bodo sodelovali pri izvedbi javnega naročila, mora biti sprejeta pred potekom roka za oddajo prijav, v kolikor ne obstaja zakonska izjema. Čeprav se kandidat ni odločil za drugo možnost, pa je v zahtevku za revizijo zatrjeval, da ima v skladu z 81. členom ZJN-3 pravico, da zamenja podizvajalca, zato bi toliko bolj imel pravico zamenjati le strokovni kader pri podizvajalcu, saj zamenjava zgolj strokovne osebe predstavlja bistveno manjši poseg v prijavo kot zamenjava celotnega podizvajalca, poleg tega pa tudi zamenjava podizvajalca nujno pripelje do zamenjave kadra. DKOM je pojasnila, da navedena druga možnost, ki jo je ponudil naročnik, temelji na določbi drugega odstavka 81. člena ZJN-3, ki v primeru, če podizvajalec ne izpolnjuje pogojev za sodelovanje ali če obstajajo obvezni razlogi za izključitev, predvideva možnost zamenjave takega podizvajalca, pri čemer pa drugi odstavek 81. člena ZJN-3, nasprotno od petega odstavka 89. člena ZJN-3, naročniku ne daje diskrecijske pravice glede pozivanja k zamenjavi in tudi ne vsebuje zahteve (oz. pogoja za njegovo uporabo) v zvezi z objektivno preverljivostjo elementov ponudbe, ki jih ponudnik spremeni. Ker gre tako v tem drugem primeru za napake v tistem delu ponudbe, v katerem je predstavljen drugi subjekt oz. podizvajalec in za katere je slednji tudi odgovoren, je treba dati ponudniku na podlagi izrecne določbe drugega odstavka 81. člena ZJN-3 možnost, da v določenih okoliščinah ponudbo popravi z imenovanjem novega, drugega subjekta oz. podizvajalca. Ravno iz tega razloga pa ni dopustno z argumentom »manjšega posega« ali z argumentom »nujne spremembe oz. posledice« v okviru drugega odstavka 81. člena ZJN-3 odpravljati napak, ki jih sicer na podlagi petega in šestega odstavka 89. člena ZJN-3 ne bi bilo dopustno odpraviti. Na podlagi navedenega je treba zavzeti stališče, da drugi odstavek 81. člena ZJN-3 omogoča zgolj zamenjavo podizvajalca, če so za to izpolnjene vse zgoraj navedene okoliščine, ne omogoča pa parcialne odprave tistih napak v delu, ki se nanaša na podizvajalca, ki jih glede na določbe ZJN-3 ni dopustno odpravljati.

Sašo Matas  
Generalni direktor