



Številka: 430-4/2019/6

Datum: 8. 11. 2019

Zadeva: Tolmačenje javnonaročniške zakonodaje

Predmet: Konkurenčni postopek s pogajanjem

I. Osnovno o konkurenčnem postopku s pogajanjem

Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18; v nadaljevanju: ZJN-3) v 39. členu navaja postopke, ki jih lahko naročnik uporabi za oddajo javnega naročila. Kot eden izmed postopkov oddaje javnega naročila je v d) točki prvega odstavka 39. člena ZJN-3 naveden konkurenčni postopek s pogajanjem.

Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (v nadaljnjem besedilu: Direktiva 2014/24/EU) v uvodnem določilu 42 navaja, da pri javnih naročnikih obstaja izjemna potreba po večji prožnosti pri izbiri takega postopka javnega naročanja, ki omogoča pogajanja ter da bi države članice morale v različnih situacijah zagotoviti uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem ali konkurenčnega dialoga, če ni verjetno, da bi odprt ali omejen postopek brez pogajanj prinesel zadovoljive rezultate na področju javnega naročanja. Nadalje pa Direktiva 2014/24/EU v uvodnem določilu 44 navaja tudi, da bi moral biti konkurenčni postopek s pogajanjem na voljo tudi v primerih, ko se v odprtem ali omejenem postopku oddajo le nepravilne ali nesprejemljive ponudbe. V takih primerih bi bilo javnim naročnikom treba omogočiti, da izvedejo pogajanja za pridobitev pravih in sprejemljivih ponudb.

Določila v zvezi z možnostjo in načinom izvajanja konkurenčnega postopka s pogajanjem so v ZJN-3 prenesena s 44. členom. Konkurenčni postopek s pogajanjem se tako lahko uporabi samo za javno naročanje na splošnem področju v naslednjih primerih (prvi odstavek 44. člena ZJN-3):

a) za gradnje, blago ali storitve, pri katerih je izpolnjen eden ali več naslednjih pogojev:

- potreb naročnika ni mogoče zadovoljiti brez prilagoditve zlahka dostopnih rešitev;
- vključujejo zasnovne ali inovativne rešitve;
- zaradi posebnih okoliščin, povezanih z vrsto, kompleksnostjo ali pravno in finančno strukturo ali zaradi z njimi povezanih tveganj, javnega naročila ni mogoče oddati brez predhodnih pogajanj;
- naročnik ne more dovolj natančno določiti tehničnih specifikacij s sklicevanjem na standard, evropsko tehnično oceno, skupno tehnično specifikacijo ali tehnično referenco v smislu 24. do 27. točke prvega odstavka 2. člena tega zakona;

b) za gradnje, blago ali storitve, pri katerih so bile v odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložene le ponudbe, ki niso skladne z dokumentacijo

v zvezi z oddajo javnega naročila ali ki so prispele prepozno ali za katere je naročnik ugotovil, da so neobičajno nizke, ali ponudbe ponudnikov, ki niso ustrezno usposobljeni, ali ponudbe, katerih cena presega naročnikova zagotovljena sredstva. V primeru iz te točke naročniku v konkurenčnem postopku s pogajanjem ni treba objaviti obvestila o javnem naročilu, če v postopek vključi vse ponudnike, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in zanje ne obstajajo razlogi za izključitev in so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja;

- c) za gradnje, blago in storitve, katerih vrednost je nižja od mejnih vrednosti iz drugega odstavka 22. člena tega zakona.

Izvedba konkurenčnega postopka s pogajanjem tako ni mogoča kadarkoli, temveč samo ob izpolnitvi enega izmed zgoraj navedenih primerov, ki utemljujejo oziroma omogočajo izvedbo te vrste postopka oddaje javnega naročila na splošnem področju.

Izvedba tega postopka na podlagi a) ali c) točke predstavlja dvofazni postopek, v katerem naročnik v prvi fazi prejme prijave kandidatov, v drugi fazi pa ponudbe ponudnikov, ki jih naročnik (upoštevaje pravila o morebitnem zmanjšanju števila kandidatov in preverjanju sposobnosti) povabi k oddaji ponudbe.

V četrtem odstavku 44. člena je nadalje določen minimalni rok za prejem prijav za sodelovanje (30 dni od datuma, ko je bilo v objavo poslano obvestilo o javnem naročilu) ter minimalni rok za prejem ponudb (30 dni od datuma, ko je bilo kandidatom poslano povabilo k predložitvi ponudb). Ta rok (rok za oddajo ponudb) se lahko v skladu s šestim odstavkom 44. člena ZJN-3 skrajša za 5 dni, če se ponudbe oddajo z elektronskimi sredstvi v skladu s prvim, osmim, devetim in desetim odstavkom 37. člena ZJN-3 (pri čemer opozarjamo, da je elektronska oddaja ponudb obvezna od 1. 4. 2018). V skladu s sedmim odstavkom je mogoče tudi v nujnih primerih rok za prejem prijav skrajšati na 15 dni, rok za prejem ponudb pa na 10 dni.

Naročnik pa lahko v primerih ko izvaja ta postopek na podlagi c) točke, torej za javno naročilo, katerega ocenjena vrednost je nižja od vrednosti iz drugega odstavka 22. člena ZJN-3 (mejne vrednosti za objavo obvestila o javnem naročilu v Uradnem listu Evropske unije) določi krajši rok za prejem prijav za sodelovanje in krajši rok za prejem ponudb (osmi odstavek 44. člena ZJN-3).

Po prejemu prvih ponudb, ki so podlaga za nadaljnja pogajanja, se lahko naročnik v skladu z desetim odstavkom 44. člena ZJN-3 z namenom izboljšanja vsebine ponudb s ponudniki pogaja o vseh nadaljnjih ponudbah do prejema končne ponudbe. Končna ponudba ne more biti več predmet pogajanj. Pogajanja lahko naročnik izvaja v zaporednih stopnjah, da se na podlagi meril za oddajo javnega naročila, določenih v obvestilu o javnem naročilu ali razpisni dokumentaciji, zmanjša število ponudb, o katerih se pogaja. Ko namerava naročnik zaključiti pogajanja, mora obvesti preostale ponudnike o zadnjem krogu pogajanj za predložitev morebitnih novih ali spremenjenih ponudb (končne ponudbe), razen če je število krogov napovedal v naprej v obvestilu o naročilu ali v dokumentaciji ali če se pogaja le z enim kandidatom.

Pogajanj pa naročnik ne izvede takrat, ko odda javno naročilo na podlagi prvih ponudb. Naročnik si lahko namreč v obvestilu o javnem naročilu pridrži možnost oddaje javnega naročila brez pogajanj na podlagi prvih ponudb. V kolikor si te pravice ne pridrži v obvestilu o javnem naročilu, naročnik javnega naročila ne more oddati brez pogajanj na podlagi prvih ponudb.

II. Konkurenčni postopek s pogajanjem po b) točki prvega odstavka 44. člena ZJN-3

Naročnik lahko torej v skladu s prvim odstavkom 44. člena ZJN-3 konkurenčni postopek s pogajanjem uporabi tudi za javno naročanje na splošnem področju za gradnje, blago ali storitve, pri katerih so bile v odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložene le ponudbe, ki niso skladne z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ali ki so prispele prepozno ali za katere je naročnik ugotovil, da so neobičajno nizke, ali ponudbe ponudnikov, ki niso ustrezno usposobljeni, ali ponudbe, katerih cena presega naročnikova zagotovljena sredstva, pri čemer mu ni potrebno objaviti obvestila o javnem naročilu, če v postopek vključi vse ponudnike, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in zanje ne obstajajo razlogi za izključitev in so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročila.

Naročniku ni potrebno objaviti obvestila o naročilu, če bo v konkurenčni postopek s pogajanjem vključil (le) ponudnika oziroma ponudnike, za katere ne obstajajo razlogi za izključitev in izpolnjujejo pogoje za sodelovanje ter so v predhodno izvedenem odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročila. V primeru na primer, če v predhodnem postopku ponudnik ni izpolnjeval npr. referenčnih pogojev, pogojev za kadre, torej pogojev za sodelovanje (ki se lahko nanašajo na ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, ekonomski in finančni položaj ter tehnično in strokovno sposobnost), takega ponudnika ni dovoljeno povabiti v konkurenčni postopek s pogajanjem brez objave, ponudnika, katerega ponudba ne ustreza tehničnim zahtevam, pa se v konkurenčni postopek s pogajanjem brez objave lahko povabi.

Določba b) točke prvega odstavka 44. člena ZJN-3 tako daje naročniku pravzaprav dve možnosti; ena je ta, da lahko naročnik v primeru neuspešnega predhodnega postopka v točno določenih okoliščinah sploh izvede ta postopek, druga dodatna možnost pa je, da naročniku ni treba objaviti obvestila o naročilu, če povabi (le) vse ponudnike, ki jim je priznana sposobnost.

1. Konkurenčni postopek s pogajanjem po drugem stavku b) točke prvega odstavka 44. člena ZJN-3

V primeru uporabe tega postopka na način, opredeljen v drugem stavku b) točke prvega odstavka 44. člena ZJN-3 (v nadaljevanju: konkurenčni postopek s pogajanjem po izjemi), konkurenčni postopek s pogajanjem ne predstavlja dvofaznega postopka. Naročnik ponudnike, ki so v predhodno neuspešno izvedenem odprtem ali omejenem postopku ali postopku naročila male vrednosti izpolnjevali pogoje za sodelovanje in zanje ne obstajajo razlogi za izključitev in so v tem predhodno izvedenem postopku predložili ponudbo v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročila, pozove k predložitvi (nove) prve ponudbe. V tem primeru naročnik ne upošteva minimalnega roka za prejem prijav za sodelovanje iz četrtega odstavka tega člena, saj postopek ne vključuje prve faze (torej prejema prijav). Vseeno pa mora naročnik upoštevati minimalni rok za sprejemanje prvih ponudb iz četrtega odstavka 44. člena ZJN-3, ob upoštevanju določil osmega odstavka 44. člena ZJN-3. Naročnik lahko torej za javno naročilo, katerega ocenjena vrednost je nižja od vrednosti iz drugega odstavka 22. člena ZJN-3, določi krajši rok za prejem ponudb, v nasprotnem primeru (ko je ocenjena vrednost višja od vrednosti iz drugega odstavka 22. člena ZJN-3) pa je minimalni rok za prejem (novih) prvih ponudb

najmanj 30 dni od datuma, ko je bilo kandidatom poslano povabilo k predložitvi ponudb, oziroma se ta rok lahko za 5 dni skrajša, če se ponudba oddaja z elektronskimi sredstvi. Tudi v tem primeru velja, da se lahko rok v nujnih primerih skrajša na 10 dni.

Izvedba konkurenčnega postopa s pogajanjem po izjemi tako temelji na dejstvu, da je naročnik ponudnike predhodno preveril tako z vidika razlogov za izključitev kot tudi z vidika pogojev za sodelovanje. Upošteva tudi uvodno pojasnilo Direktive 2014/24/EU, ki pravi, da bi moral biti konkurenčni postopek s pogajanjem na voljo tudi v primerih, ko se v odprtem ali omejenem postopku oddajo le nepravilne ali nesprejemljive ponudbe in da bi bilo v takih primerih javnim naročnikom treba omogočiti, da izvedejo pogajanja za pridobitev pravih in sprejemljivih ponudb, je mogoče zavzeti stališče, da ponovno preverjanje na nov presečni datum (novega postopka) za vse te ponudnike ni potrebno, niti smiselno, saj v tem primeru celoten postopek temelji na predpostavki, da je ponudnikom usposobljenost že priznana.

Naročnik pa lahko pred izvedbo konkurenčnega postopka s pogajanjem po izjemi v zvezi s preverjanjem navedb v ponudbah ponudnikov, oddanih v predhodno izvedenem postopku in posledično ugotavljanjem obstoja okoliščin, ki utemeljujejo izvedbo konkurenčnega postopka s pogajanjem po izjemi, po našem mnenju praviloma ravna na dva načina:

a) Prvi način:

Naročnik lahko ob izdaji odločitve o (ne)oddaji javnega naročila po izvedenem predhodnem postopku glede usposobljenosti za sodelovanje v konkurenčnem postopku s pogajanjem po izjemi upošteva (le) navedbe v predloženem ESPD obrazcu, ki velja kot predhodni dokaz, oziroma predloženi izjavi in na podlagi le-teh prizna sposobnost oziroma ugotovi utemeljenost sodelovanja ponudnikov v konkurenčnem postopku s pogajanjem po izjemi. Takšno ravnanje je primerno tudi po mnenju Evropske komisije.

Če naročnik izvaja konkurenčni postopek s pogajanjem po izjemi na temelju tega, da je zgolj verjel navedbam v ESPD oz. izjavah (in dejanskega preverjanja ni izvedel, oziroma ni pridobil dokazil), mora v tem novem postopku pridobiti najnovejša dokazila ali v uradnih evidencah ali jih zahteva od ponudnika, kateremu se je odločil oddati javno naročilo. V tem primeru za razloge za izključitev oziroma pogoje za sodelovanje, ki jih je potrebno preverjati na določen presečni datum (na primer dan oddaje ponudbe, dan, ki je bil določen kot rok za oddajo ponudbe ipd.), šteje datum, kot je določen v predhodno izvedenem odprtem oziroma omejenem postopku oziroma naročilu male vrednosti (na primer dan, ki je bil določen za oddajo ponudbe v tem predhodno izvedenem postopku).

Čeprav se v tem primeru lahko zgodi, da so v ta postopek povabljeni (tudi) morebitni ponudniki/kandidati, ki v resnici niso izpolnjevali pogojev za sodelovanje oziroma so zanje obstajali razlogi za izključitev (v predhodnem postopku), pa to samo po sebi ne pomeni, da niso bili izpolnjeni razlogi za uporabo tega postopka. O tem je presojala tudi že Državna revizijska komisija, ki je v eni izmed svojih odločitev (npr. sklep 018-119/2019-8) pojasnila, da *»...je pogoj za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem določen le v prvi povedi točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3. Druga poved točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 ne določa pogojev za uporabo konkurenčnega postopka s pogajanjem in ne določa možnosti sodelovanja le določenim gospodarskim subjektom, temveč določa le pogoj, ki naročnika razbremenuje dolžnosti objave obvestila o javnem naročilu. Naročniku tako ni treba objaviti obvestila o javnem naročilu ob izpolnitvi pogojev (»..., če ...«), ki so 1. v vključitvi vseh ponudnikov, ki izpolnjujejo pogoje za sodelovanje, 2. zanje ne obstajajo razlogi za izključitev in*

3. so v predhodno izvedenem (med drugim) odprtem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja. Druga poved točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 tako določa pogoje za opustitev objave obvestila o javnem naročilu. /.../ Druga poved točke b) prvega odstavka 44. člena ZJN-3 ne predstavlja podlage za presojo, kateri izmed subjektov je lahko povabljen k sodelovanju v postopek, pač pa je, kot že navedeno, namenjeno določitvi, kdaj je v postopku dovoljena izjema in objava obvestila o javnem naročilu ni potrebna.«.

b) Drugi način:

Lahko pa naročnik pred izdajo odločitve o (ne)oddaji javnega naročila po predhodnem postopku pred izvedbo konkurenčnega postopka s pogajanjem po izjemi navedbe v ESPD obrazcu ali v izjavah preveri v ustreznih uradnih evidencah oziroma v zvezi z izpolnjevanjem pogojev za sodelovanje oziroma neobstojem razlogov za izključitev od (vseh) ponudnikov zahteva dokazila, kot to določa 79. člen ZJN-3.

V primeru, ko naročnik dejansko preveri (vse) ponudnike pred izdajo odločitve o (ne)oddaji javnega naročila v predhodno neuspešno izvedenem postopku, mu pred oddajo javnega naročila v konkurenčnem postopku s pogajanjem ni potrebno (ponovno) preverjati usposobljenosti. Treba je sicer opozoriti, da zakon tudi v konkurenčnem postopku s pogajanjem po izjemi v skladu s petnajstim odstavkom 44. člena določa, da mora naročnik po prejemu končnih ponudb v skladu z določbami od 75. do 81. člena tega zakona in 89. člena tega zakona preveriti, ali so skladne z minimalnimi zahtevami ter nato oddati javno naročilo na podlagi meril za oddajo, kar pomeni, da velja tudi del, ki določa (v 79. členu), da naročnik pred oddajo javnega naročila od ponudnika, kateremu se je odločil oddati javno naročilo, zahteva, da predloži najnovejša dokazila. Menimo pa, da je v tem primeru treba, tudi z vidika namena odprave administrativnih ovir, upoštevati tudi osmi odstavek 79. člena, ki določa, da gospodarski subjekt ni dolžan predložiti dokazil, če naročnik že ima te dokumente zaradi prejšnjega oddanega javnega naročila ali sklenjenega okvirnega sporazuma in so ti dokumenti še vedno veljavni oziroma izkazujejo navedbe v ESPD.

V obeh primerih opisanih načinov pa velja tudi naslednje:

- naročnik vsekakor tudi v konkurenčnem postopku s pogajanjem po izjemi preveri, ali dane ponudbe ustrezajo zahtevam naročnika (da se torej vsebinsko ni nič spremenilo) in naročilo odda najugodnejšemu ponudniku, v skladu z merili, ki so bila določena v razpisni dokumentaciji oziroma v obvestilu o javnem naročilu; in
- naročniku, ki izvaja konkurenčni postopek s pogajanjem po izjemi v tem postopku ni potrebno (ponovno) zahtevati obrazca ESPD (oziroma izjav, v kolikor se konkurenčni postopek s pogajanjem izvaja na podlagi predhodno neuspešno izvedenega postopka naročila male vrednosti). Naročnik pa lahko, če presodi, da je to potrebno, tudi v novem konkurenčnem postopku s pogajanjem, ponovno zahteva ESPD (ali izjave).

2. Posebnost pri NMV in nadaljnji izvedbi konkurenčnega postopka s pogajanjem po izjemi

Dodatno pojasnjujemo, da naročniku v primeru oddaje naročila male vrednosti (v skladu s 47. členom ZJN-3) pred oddajo (oziroma v tem primeru neoddajo) javnega naročila (nikoli) ni potrebno preveriti obstoja in vsebine navedb v ponudbi, razen če dvomi v njihovo resničnost.

Vsled navedenega pa tudi ob oddaji javnega naročila, izvedenega po konkurenčnem postopku s pogajanjem po izjemi na podlagi predhodno neuspešno izvedenega naročila male vrednosti, naročniku ni potrebno preverjati razlogov za izključitev oziroma zahtevati najnovejših dokazil, kot je navedeno v zgornjem odstavku, razen če dvomi v resničnost ponudnikovih izjav. Drugačno stališče ne bi bilo v skladu z namenom zakona, ki ureja nacionalni postopek (naročilo male vrednosti).

Pri zgoraj navedenih stališčih pa je ministrstvo izhajalo tudi iz mnenja Evropske komisije v odgovoru na zastavljeno pisno vprašanje (odgovor je priloga temu tolmačenju), ki pojasnjuje, da v primeru izvedbe konkurenčnega postopka s pogajanjem po b) točki četrtega odstavka 26. člena Direktive 2014/24/EU (ki je bil v slovenski pravni red prenesen z b) točko prvega odstavka 44. člena ZJN-3) z uporabo izjeme (brez objave obvestila o javnem naročilu), naročniku ni potrebno (ponovno) zahtevati ESPD (oziroma izjave), ker:

1. konkurenčni postopek s pogajanjem po drugem stavku prvega odstavka b) točke četrtega odstavka 26. člena Direktive 2014/24/EU (drugem stavku b) točke prvega odstavka 44. člena ZJN-3) sledi (neuspešno) izvedenemu odprtemu ali omejenemu postopku (ali naročilu male vrednosti v skladu z ZJN-3), kjer je ponudnik že predložil ESPD (oziroma izjave v primeru naročila male vrednosti v skladu z ZJN-3);
2. postopek je bil neuspešen, ker je naročnik prejel same nedopustne ponudbe;
3. v konkurenčni postopek s pogajanjem so bili vključeni le ponudniki, za katere ne obstajajo razlogi za izključitev in izpolnjujejo pogoje za sodelovanje in so oddali ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami (na primer so ponudbo oddali elektronsko in pravočasno);
4. ponudniki, ki so povabljeni k oddaji ponudbe v konkurenčnem postopku s pogajanjem so v predhodno neuspešno izvedenem postopku predložili ponudbe, ki niso skladne z dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila ali za katere je naročnik ugotovil, da so neobičajno nizke ali ponudbe, katerih cena presega naročnikova zagotovljena sredstva.

Dodatno še pojasnjujemo, da se pogoj, da »so ponudniki v predhodno izvedenem postopku predložili ponudbe v skladu s formalnimi zahtevami za postopek javnega naročanja« nanaša na zahteve naročnika v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila (razpisni dokumentaciji) glede formalne oblike ponudbene dokumentacije (na primer so ponudbo oddali elektronsko in pravočasno, so ponudbo predložili v ločenih kuvertah (če je to primerno glede na način oddaje) ipd.).

Sašo Matas
Generalni direktor