

## **PREDLOG SPREMEBE ZAKONA O JAVNEM NAROČANJU (ZJN-3)**

### **1. Uvod**

Statistični podatki kažejo, da je v letu 2017 javna naročila oddalo 2089 naročnikov, obseg vseh javnih naročil, oddanih v letu 2017, pa znaša 4.757.548.297 evrov. Delež javnih naročil v letu 2017 v BDP je tako znašal 10,99 % oz. povedano drugače, v letu 2017 javna naročila predstavljajo 51,96 % odhodkov proračuna Republike Slovenije<sup>1</sup>.

Državna revizijska komisija pa je v letu **2018**<sup>2</sup> prejela 247 zahtevkov za revizijo. Skupna vrednost javnih naročil, zoper katere je bila vložena revizijska in jih je obravnavala Državna revizijska komisija znaša torej (tj. **1.172.049.803,79 evrov**)<sup>3</sup>.

Iz objavljenih statističnih podatkov vidimo, da je obseg deleža BDP namenjen javnemu naročanju velik, kar posledično pomeni, da je na trgu tudi velik del gospodarskih subjektov, ki se borijo za posle, financirane iz proračunskega denarja. V vseh teh letih smo priča zakonodaji, ki se nenehno spreminja, javnost pa z zanimanjem spremlja tudi odločanje Državne revizijske komisije, ki v sporih med ponudniki in naročniki odloča o utemeljenosti zahtevkov za revizijo. Ker zoper odločitve Državne revizijske komisije še vedno ni rednega niti izrednega pravnega, očitki v javnosti pa vzbujajo dvom tudi v zakonitost odločitev, je smiselno, da glede nekaterih temeljnih vprašanj oz. pravila ravnaj postavijo na novo, seveda upoštevajoč tudi sodno prakso sodišča EU. Vse to v cilju, da se tudi v praksi izkaže, da so javna naročila gospodarna in ne gre zgolj za postopek, ki je namenjen sam sebi. Z zakonom, ki velja sedaj, očitno ne moremo dosledno uveljaviti temeljnega načela gospodarnosti, iz razlogov, ki jih bomo v nadaljevanju natančneje obrazložili.

### **2. Ocena stanja in cilji zakona**

Pri pregledu aktualne prakse se ugotavlja, da sistem javnega naročanja, kot ga imamo, vedno ne omogoča izbiro ekonomsko najugodnejše ponudbe, ampak omogoča izbiro ponudbe, ki ji je pravočasno predložena vsa zahtevana dokumentacija. V praksi se večkrat zgodi, da

---

<sup>1</sup> <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=10159>

<sup>2</sup> [https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=317A67B525E37B7EC12583CC003B1566&db=pre\\_akt&mandat=VIII&tip=doc](https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=317A67B525E37B7EC12583CC003B1566&db=pre_akt&mandat=VIII&tip=doc)

<sup>3</sup> <https://imss.dz-rs.si/imis/cd21a3411e1afba0bef4.pdf>

ponudniki kakšnega v razpisu zahtevanega dokazila ne priložijo, oz. ne podajo določenih navedb, kot se je zahtevalo v razpisu, zaradi omejitev v ZJN-3 pa pozneje ponudbe v tem delu ni dopustno dopolnjevati.

Po ZJN-3<sup>4</sup> je namreč dopustna tista 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 (29. točka drugega odstavka 2. člena ZJN-3). Skladno s prvim odstavkom 89. ZJN-3 sme naročnik javno naročilo oddati le ponudniku, čigar ponudba je dopustna. Naročnik namreč skladno s prvim odstavkom 89. člena ZJN-3 (pregled in ocenjevanje ponudb ter način oddaje javnega naročila) odda javno naročilo na podlagi meril, potem ko preveri, da so izpolnjeni naslednji pogoji: a) ponudba je skladna z zahtevami in pogoji, določenimi v obvestilu o javnem naročilu in v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, po potrebi ob upoštevanju variant iz 72. člena ZJN-3, in b) ponudbo je oddal ponudnik, pri katerem ne obstajajo razlogi za izključitev iz 75. člena tega zakona in izpolnjuje pogoje za sodelovanje ter pravila in merila iz 82. in 83. člena ZJN-3, če so bila določena.

V kolikor so ali se zdijo informacije ali dokumentacija, ki jih morajo predložiti gospodarski subjekti, nepopolne ali napačne oziroma če posamezni dokumenti manjkajo, lahko naročnik v skladu s petim odstavkom 89. člena ZJN-3 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. Razen kadar gre za popravek ali dopolnitev očitne napake, če zaradi tega popravka ali dopolnitve ni dejansko predlagana nova ponudba, ponudnik v skladu s šestim odstavkom 89. člena ZJN-3 ne sme dopolnjevati ali popravljati svoje cene brez DDV na enoto, vrednosti postavke brez DDV, skupne vrednosti ponudbe brez DDV (razen kadar se le-ta spremeni v skladu s sedmim odstavkom 89. člena ZJN-3), ponudbe

---

<sup>4</sup> (Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18)

v okviru meril, tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila, in tistih elementov ponudbe, ki vplivajo ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev njegove ponudbe glede na preostale ponudbe, ki jih je naročnik prejel v postopku javnega naročanja.<sup>5</sup>

Ker torej ponudnik po roku za oddajo ponudb svoje ponudbe ne sme dopolnjevati in ne sme popravljati svoje cene brez DDV na enoto, vrednosti postavke brez DDV, skupne vrednosti ponudbe brez DDV (razen kadar se le-ta spremeni v skladu s sedmim odstavkom 89. člena ZJN-3), ponudbe v okviru meril, tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila, se v praksi takšne ponudbe zavrne kot nedopustne. Glede na to pa se postavlja vprašanje, ali so vse preje naštete omejitve v skladu s temeljnim načelom konkurence, ki naj bi vsem gospodarskim subjektom na trgu zagotovila prost dostop do javnega sektorja.<sup>6</sup>

Cilj spremembe tega zakona je, da se šesti odstavek 89. člena ZJN-3 spremeni tako, da bodo v fazi pregleda in ocenjevanja ponudb omogočeni popravki ponudbe, oz. odprava pomanjkljivosti na način, da se dovolijo popravki, spremembe in dopolnitve ponudbe ter navedbe ponudnikov, ki so objektivno gledano obstajali na strani ponudnika že pred rokom za oddajo ponudb in se da to dejstvo, preveriti. Pri takšnih spremembah ponudb ne bi šlo za to, da bi ponudniki šele po odpiranju ponudb, torej potem, ko se je seznanil s konkurenčnimi ponudbami, s spremembo naredil svojo ponudbo bolj konkurenčno in bi se posledično (po odpravi pomanjkljivosti) spremenil vrsti red ponudnikov na ocenjevalni lestvici. Dovoljena odprava pomanjkljivosti bi tako ponudniku omogočila zgolj, da postane njegova ponudba dopustna, v smislu sedaj veljavne 29. točke prvega odstavka 3. člena ZJN-3. To pa še vedno pomeni, da ta ponudba, po dopolnitvi ne bo »boljša«<sup>7</sup>, saj ponudnik še vedno ne bo smel z

---

<sup>5</sup> Iz odločitev Državne revizijske komisije št. 018-110/2019-5, dostopno na [www.dkom.si](http://www.dkom.si)

<sup>6</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; v nadaljnjem besedilu: Direktiva 2014/24/EU),

<sup>7</sup> »Predlagane spremembe zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja«, V.Kranjc, Veliki kongres javnega naročanja, Zbornik 2019, GV Založba, str. 72

dopolnitvijo poseči v tiste elemente ponudbe, ki vplivajo, ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev njegove ponudbe.

Glede dopustnega dopolnjevanja in pojasnjevanja ponudb je dosedanja sodna praksa Sodišča EU (na primer C-336/12, Manova; C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA; C-324/14, Apelski Dariusz; C-387/14, Esaprojekt) precej jasna, in sicer (vse prepisano iz navedenih sodb): da načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter zahteva po preglednosti **nasprotujejo kakršnim koli pogajanjem med javnim naročnikom in ponudnikom** v okviru postopka oddaje javnega naročila, kar pomeni, da **predložene ponudbe načeloma ni več mogoče spreminjati niti na pobudo javnega naročnika niti na pobudo ponudnika**. Iz tega izhaja, da naročnik od ponudnika, čigar ponudba po njegovi oceni ni natančna ali v skladu s tehničnimi specifikacijami iz razpisne dokumentacije, ne more zahtevati pojasnil. **Vendar je Sodišče EU pojasnilo, da direktive o javnem naročanju ne nasprotujejo temu, da je mogoče podatke v zvezi s ponudbo v nekaterih točkah popraviti ali dopolniti v omejenem obsegu, zlasti če očitno potrebujejo zgolj pojasnitev ali zaradi odprave očitnih materialnih napak**. Sodišče SEU je tudi opozorilo, da mora biti naročnik pri tem pozoren in da se mora med drugim prepričati, **da zaradi zahteve po pojasnilih glede ponudbe ne pride do tega, da zadevni ponudnik predloži ponudbo, ki bi se v resnici izkazala za novo ponudbo**. Poleg tega mora javni naročnik pri uporabi pravice do odločanja po prostem preudarku, ki jo ima glede možnosti, da od ponudnikov zahteva pojasnila glede ponudbe, **ponudnike obravnavati enako in lojalno, tako da se za zahtevo po pojasnilih na koncu postopka izbire ponudb glede na izid tega postopka ne zdi, da je neupravičeno koristila oziroma škodovala enemu ali več ponudnikom, na katere je bila naslovljena**.

Glede na to, da je vsebina pravila že izoblikovana skozi obvezujočo prakso SEU predlagamo, **da se 6. Odstavek 89. člena ZJN-3 spremeni tako, da se glasi:**

**Predložene ponudbe načeloma ni dopustno spreminjati niti na pobudo javnega naročnika niti na pobudo ponudnika.**

- (1) **Posamezne podatke v zvezi s ponudbo je dopustno v nekaterih točkah popraviti ali dopolniti v omejenem obsegu, zlasti če očitno potrebujejo zgolj pojasnitev ali zaradi odprave očitnih materialnih napak.**

- (2) Če naročnik od ponudnika zahteva popravek ali dopolnitev ponudbe v smislu prejšnjega odstavka, mora paziti, da zaradi zahteve po pojasnilih glede ponudbe ne pride do tega, da zadevni ponudnik predloži ponudbo, ki bi se v resnici izkazala za novo ponudbo.
- (3) Naročnik mora pri uporabi pravice do odločanja po prostem preudarku, ki jo ima glede možnosti, da od ponudnikov zahteva pojasnila glede ponudbe, ponudnike obravnavati enakopravno in postopati transparentno, tako da se za zahtevo po pojasnilih na koncu postopka izbire ponudb glede na izid tega postopka ne zdi, da je neupravičeno koristila oziroma škodovala enemu ali več ponudnikom, na katere je bila naslovljena.

Na ta način so dopustna pojasnila tudi v delu ponudbe, ki zadeva ceno in/ali specifikacije predmeta naročila, obenem pa je postopanje naročnika omejeno z načeli transparentnosti in enakopravne obravnave ter predvsem z dejstvom, da je z manjšimi popravki in dopolnitvami ponudbeno vsebino dopustno le pojasniti ne pa tudi spremeniti (tako, da bi šlo za drugačno, novo ponudbo).

II.

**Poleg spremembe 6. odstavka 89. Člena ZJN-3, pa je nujna še sprememba zakona v delu, ki se nanaša na prekrške.** V praksi se je namreč izkazalo, da so nekatere prekrškovne določbe v izrecnem nasprotju s temeljnim načelom sorazmernosti, saj so nekateri prekrški v zakon uvrščeni brez tehtnega premisleka, zanje pa je zagrožena tako denarna sankcija, kot tudi stranska izločitev na listo ponudnikov z negativnimi referencami. Np, nepredložitev rek obrazca, ugotovitev obstoja zapadlih, neplačanih obveznosti 50 EUR ali več, kršitev delovnopravne zakonodaje. Ne gre tudi spregledati, da je ime »lista ponudnikov z negativnimi referencami«, na katero se po pravnomočnosti odločitve sodišča uvrsti ponudnike, ki jim je sodišče izreklo stansko sankcijo, zavajajoča, saj ne gre za listo, na kateri bi bili uvrščeni ponudniki, ki nimajo referenc<sup>8</sup>, ampak gre za listo ponudnikov, ki so storili

---

<sup>8</sup> Reference so dokazila o že uspešno izvedenih podobnih oz. primerljivih poslih, s katerimi naročnik ugotavlja tehnično usposobljenost ponudnika. Kot izhaja iz ustaljene prakse Državne revizijske komisije (prim. npr. sklepe št. 018-205/2011, št. 018-426/2012, št. 018-33/2013, št. 018-82/2013), je referenca po svoji naravi dokazilo, da je ponudnik sposoben

določen prekršek in se jim je poleg globe, izrekla tudi stranska sankcija »izločitev na listo ponudnikov z negativnimi referencami.

Glede na to, da uvrstitev na takšno »listo« ponudnika, ki mu je bila izrečena sankcija za v resnici minoren prekršek (npr. »davčni« dolg 50 eur ali več na točno določen dan – dan oddaje ponudbe - pa četudi je bil dolg že naslednji dan poravnan, nepredložitev rek obrazca,...) ali pa je bil za prekršek obsojen zato, ker nekaterih zapletenih pravil ZJN-3 preprosto ni razumel (za obstoj prekrška se ne zahteva naklep ampak zadostuje že malomarnost, tj. ocena sodišča, da storilec sicer ni vedel, da ravna v nasprotju z zakonom, vendar »bi to moral in mogel vedeti«), izloči iz trga javnih naročil za zelo dolgo obdobje (3<sup>9</sup> oz. 5 let), ima to na majhnem trgu, kot je slovenski, lahko tudi negativne posledice za konkurenco. Še več: takšno (v bistvu precej enostavno) izločanje ponudnikov z vpisom na »listo« lahko postane predmet zlorabe s strani konkurenčnih ponudnikov. Ti se konkurenta lahko razmeroma enostavno »znebijo« tako, da (z vpogledom v ponudbo) v njegovi ponudbi najdejo napako, ki hkrati pomeni prekršek po ZJN-3, podajo prijavo na DRK in z malo sreče bo za nadaljnjih pet let na trgu javnih naročil en igralec manj.

Skratka, prav je, da v postopkih javnega naročanja ne sodelujejo neprimerni ponudniki. Prav je tudi, da obstaja seznam ponudnikov, katerim je bila pravnomočno izrečena kazen za prekršek ali kaznivo dejanje, ki predstavlja obvezni izločitveni razlog iz 75. člena ZJN-3 (takšen seznam bi naročnikom bistveno olajšal delo pri pregledu ponudb s stališča morebitnega obstoja izločitvenih razlogov). Vendar takšnega seznama v Sloveniji žal nimamo. Namesto tega imamo nekakšen seznam prekrškarjev s področja davčnega in delovnega področja, začinjen z nekaj prekrški na področju javnih naročil in poimenovan »Evidenca gospodarskih subjektov z negativnimi referencami«, ki z referencami (tj. informacijo naročnikov o kvaliteti preteklih poslov, ki jih je izvajal zadevni ponudnik) nima

---

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 ponudnik (vsaj) enkrat že uspešno izvedel primerljivo naročilo, utemeljeno sklepa, da ima tak ponudnik ustrezno znanje in izkušnje, potrebne za izvedbo javnega naročila. Dostopno na [www.dkom.si](http://www.dkom.si)

<sup>9</sup> Javna naročila blaga ali storitev, 5 let pa za javna naročila gradenj.

popolnoma nič opraviti. Že samo navedeno je razlog za resen premislek in spremembo zakona!!

Mimogrede: vzpostaviti seznam referenc (informacij o preteklih izvedbah, ang. *Past performance*) bi bilo v resnici koristno. Vendar bi moral biti tak seznam zasnovan sistemsko in bi moral vključevati obvezno oceno izvedbe s strani naročnika (npr. za večja javna naročila), ki bi bila podana npr. ob prevzemu predmeta naročila in še enkrat kasneje ob preteku garancijskega roka. Takšna ocena (zoper katero bi bil možen tudi »ugovor« s strani izvajalca) bi se zbirala v posebni bazi (»evidenci«), ki bi bila kot informacija na voljo vsem javnim naročnikom.

Tudi iz letnega Poročila Državne revizijske komisije<sup>10</sup> za leto 2018 je izhaja, da so najpogostejši prekrški na strani ponudnikov »Podaja neresnične izjave ali dokazila v ponudbi«, kot to določa 4. tč. 1. odst. 109.a člena ZJN-2, 1. tč. 2. odst. 112. člena ZJN-3 in 3. tč. 1. odst. 106.a člena ZJNVETPS. Za te prekrške je določena obvezna izločitev ponudnikov na listo ponudnikov z negativnimi referencami.

Da v praksi ne bi prihajalo do nesorazmernosti med storjenim prekrškom in izrečeno sankcijo še vedno pa bi bilo mogoče za najhujše prekrške izreči stransko sankcijo, predlagamo, da se sodišču, ki odloča v prekrškovnih zadevah, da možnost, da presodi, ali bo poleg globe izreklo tudi stransko sankcijo izločitve na listo ponudnikov z negativnimi referencami ali ne. Zgolj s tem je ponudnikom in podizvajalcem omogočeno učinkovito pravno varstvo, saj dokler so sodišča dolžna izrekati tudi stransko sankcijo, ne glede na pomen prekrška in posledice, je pravno varstvo ponudnikov zgolj navidezno. **Zato se predlaga, da se šesti odstavek 112 člena ZJN-3 spremeni tako, da glasi:**

(6) Za prekršek iz 2. ali 5. točke prvega odstavka tega člena ali 1. točke drugega odstavka tega člena se ponudniku ali kandidatu iz prvega, tretjega ali četrtega odstavka tega člena oziroma podizvajalcu iz drugega, tretjega ali četrtega odstavka tega člena **lahko** izreče tudi sankcija izločitve iz postopkov naročanja, in sicer:

- če je predmet naročila blago ali storitev – za dobo treh let od pravnomočnosti odločbe o prekršku,

---

<sup>10</sup> <https://imss.dz-rs.si/imis/cd21a3411e1afba0bef4.pdf>

- če je predmet naročila gradnja – za dobo petih let od pravnomočnosti odločbe o prekršku.