

Prenehanje pogodbe o javnem naročilu po ZJN-3A

Klemen Drnovšek

1 Uvod

Pravila javnega naročanja urejajo pogodbeno razmerja med naročniki in tretjimi osebami (gospodarskimi subjekti), pri katerih naročniki za plačilo nabavljajo blago, oddajajo storitve ali izvedbo gradenj. V kolikor so v konkretnem primeru izpolnjeni zakonsko predpisani pogoji, je potrebno pri sklenitvi posameznega posla poleg splošnih pravil pogodbenega prava upoštevati tudi pravila javnega naročanja. Ta pravila so urejena v Zakonu o javnem naročanju¹ (v nadaljevanju: ZJN-3), na ravni Evropske unije pa pravila javnega naročanja urejata Direktiva 2014/24/EU² in Direktiva 2014/25/EU³.

Osnovni namen pravil javnega naročanja je, da lahko za pridobitev poslov ki se financirajo iz javnih sredstev, enakopravno konkurirajo vsi zainteresirani gospodarski subjekti.⁴ Poleg tega pa pravila javnega naročanja zasledujejo tudi nekatere druge cilje, ki so razvidni zlasti iz temeljnih načel in iz uvodnih določb evropskih direktiv.⁵ Temeljna načela javnega naročanja na eni strani zagotavljajo konkurenco in enakopravno obravnavo ponudnikov, na drugi strani pa gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev. Poleg tega pa lahko ugotovimo, da tako evropski kot tudi slovenski zakonodajalec v zadnjem času stremita k uvedbi socialno odgovornega javnega naročanja. Socialno odgovorno javno naročanje v pravila javnega naročanja uvaja socialne vidike s poudarkom na zagotavljanju dostojnega dela. Javni sektor naj bi namreč z zavzemanjem za najvišje standarde pri uresničevanju in varovanju človekovih pravic in pravic delavcev dajal zgled in na ta način vplival tudi na poslovanje drugih gospodarskih subjektov. Zahteva po izpolnjevanju obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava tako izhaja že iz uvodnih določb Direktive 2014/24/EU⁶. Evropska zakonodaja od držav članic zahteva, da z ustreznimi ukrepi zagotovijo, da gospodarski subjekti pri izvajanju javnih naročil izpolnjujejo veljavne obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava, ki so določene v pravu Evropske unije, nacionalnem

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

² Direktiva 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).

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

⁴ Glej 7. člen ZJN-3.

⁵ Gre zlasti za načelo gospodarne in učinkovite porabe javnih sredstev, načelo transparentnosti, zagotavljanja konkurence med ponudniki, ipd.

⁶ Glej 37. točko uvodnih določb Direktive 2014/24/EU: »Zaradi ustrezne vključitve okoljskih in socialnih zahtev ter zahtev s področja dela v postopke javnega naročanja je nadvse pomembno, da države članice in javni naročniki z ustreznimi ukrepi zagotovijo, da so izpolnjene obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava, ki velja na kraju izvajanja gradenj ali opravljanja storitev in ki izhajajo iz zakonov, uredb, odredb in sklepov, sprejetih na nacionalni ravni in na ravni Unije, pa tudi iz kolektivnih pogodb, če so takšna pravila in njihova uporaba skladna s pravom Unije. ...«.

pravu, kolektivnih pogodbah ali predpisih mednarodnega okoljskega, socialnega in delovnega prava.⁷

S sprejemom ZNJ-3 je zakonodajalec z enotnim zakonom zagotovil prenos javnonaročniških direktiv v slovenski pravni red. Z novimi pravili je dodatno izpostavil tudi potrebo po uveljavitvi socialno odgovornega javnega naročanja. ZJN-3 tako v drugem odstavku 3. člena posebej izpostavlja, da morajo gospodarski subjekti pri izvajanju javnih naročil izpolnjevati veljavne obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava. Določba je pojasnjevalne narave, saj morajo gospodarski subjekti v vsakem primeru upoštevati ta pravila in tudi druga obvezujoča pravila z drugih pravnih področij.⁸ Spoštovanje področij okoljskega, socialnega in delovnega prava pa je še posebej izpostavljeno, ker ZJN-3 za kršitev teh pravil določa posebne sankcije. Med socialne vidike pravil javnega naročanja tako recimo spada določba o izključitvi gospodarskih subjektov, glede katerih lahko naročnik na kakršen koli način izkaže kršitev obveznosti iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3⁹ in zavrnitev neobičajno nizke ponudbe v kolikor je ta posledica ugotovljenih kršitev obveznosti iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3.¹⁰

2 Novela ZJN-3A

Gospodarski subjekti lahko pravila okoljskega, socialnega in delovnega prava kršijo v različnih fazah postopka javnega naročanja. Pravila lahko recimo kršijo še pred začetkom postopka oddaje javnega naročila, v času zbiranja ponudb, v času izbire ponudnika ali pa v času po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila, torej v času njenega izvajanja. Slovenski zakonodajalec je stopil korak dlje od zahtev evropske zakonodaje in zahtevo po zagotavljanju socialno odgovornega javnega naročanja razširil tudi na čas trajanja pogodbe o izvedbi javnega naročila. Pred sprejemom novele ZJN-3A je morala v skladu s četrtem odstavkom 67. člena ZJN-3 vsaka pogodba o izvedbi javnega naročila vključevati t.i. socialno klavzulo – določilo, da bo pogodba prenehala veljati, če bo naročnik seznanjen, da je pristojni državni organ ali sodišče s pravnomočno odločitvijo ugotovilo kršitev delovne, okoljske ali socialne zakonodaje s strani izvajalca pogodbe o izvedbi javnega naročila ali njegovega podizvajalca. Naveden pogoj je bil izpolnjen, če sta izvajalec ali podizvajalec omenjeno zakonodajo kršila v zvezi z oziroma pri izvajanju konkretne pogodbe o izvedbi javnega naročila, ki je to klavzulo vsebovala in je bil naročnik s kršitvijo seznanjen.¹¹ Teorija in praksa je izpostavljala, da je bil tovrstni ukrep pretiran, saj ni razlikoval med težo posamezne kršitve (delovne, okoljske ali socialne zakonodaje). Enačenje vseh kršitev ne glede na njihovo težo in stroga sankcija (prenehanje pogodbe) sta tako nasprotovala načelu sorazmernosti iz 8. člena ZJN-3.¹²

⁷ Glej drugi odstavek 18. člena Direktive 2014/24/EU.

⁸ V. Kranjc, Zakon o javnem naročanju s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2016, str. 40.

⁹ Glej a točko šestega odstavka 75. člena ZJN-3.

¹⁰ Glej četrti odstavek 86. člena ZJN-3.

¹¹ Direktorat za javno naročanje, Tolmačenje javno-naročniške zakonodaje, Številka: 430-77/2016/3 z dne 30.3.2016.

¹² V. Kranjc, Zakon o javnem naročanju s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2016, str. 256.

Neustreznost ureditve je prepoznal tudi zakonodajalec, prav tako pa takratna ureditev naj ne bi izpolnila zastavljenih ciljev, saj je prihajalo do vse pogostejših kršitev delovnega in socialnega prava. To je bil tudi povod za sprejem Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o javnem naročanju (ZJN-3A)¹³ (v nadaljevanju: novela ZJN-3A). Razloga za spremembo zakonodaje sta predvsem dva: 1. naročniki niso sledili priporočilom za upoštevanje socialnih in družbenih vidikov pri javnem naročanju, tako da so mnoga javna naročila kot edino merilo še vedno navajala najnižjo ceno (najcenejši ponudnik na neki točki mora zniževati stroške, največkrat se stroške znižuje na račun delavcev) in 2. da se naročniki po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila niso več informirali o poslovanju izvajalca. Novela ZJN-3A je v veljavo stopila 1. aprila 2018, uporabljati pa se je začela s 1. novembrom 2018. Novela je spremenila in dopolnila 67., 75., 77. in 84. člen ZJN-3 ter na novo uvedla 67.a člen.

Zakonodajalec je z novelo ZJN-3A želel izboljšati vidike socialno odgovornega javnega naročanja, in sicer z bolj natančno in določljivo ureditvijo »socialne klavzule«, z zahtevo po polletnem preverjanju obveznih pogojev za izključitev izvajalca oziroma podizvajalca tekom izvajanja pogodbe o izvedbi javnega naročila in z zahtevo po vključitvi meril, ki se nanašajo na socialne vidike pri izvajanju podpornih aktivnosti za naročnika. Zakon namreč postavlja ločnico med manj in bolj izpostavljenimi predmeti javnega naročila, pri katerih naj bi prihajalo do kršitev davčne, delovne in socialne zakonodaje. Zakon tako določa posebno obravnavo pri 82 primerih javnega naročila storitev. Sprememba zakonodaje uvaja dve bistveni novosti, in sicer uvedbo razveznega pogoja in zahteve po periodičnem preverjanju izpolnjevanja okoliščin.

a) uvedba razveznega pogoja

Zakonodajalec je z novelo ZJN-3A socialno klavzulo (določilo, da pogodba preneha veljati v primeru seznanitve naročnika z eno od navedenih kršitev) nadomestil z uvedbo razveznega pogoja ter podrobneje določil okoliščine in pogoje v katerih se ta pogoj uresniči. Pred spremembo je zakon določal sledeče: » ... *določilo, da pogodba preneha veljati, če je naročnik seznanjen, da je pristojni državni organ ali sodišče s pravnomočno odločitvijo ugotovilo kršitev delovne, okoljske ali socialne zakonodaje s strani izvajalca pogodbe o izvedbi javnega naročila ali njegovega podizvajalca*«. ¹⁴

V skladu z veljavno ureditvijo mora pogodba o izvedbi javnega naročila vsebovati razvezni pogoj, ki se uresniči pod dvema pogojema: 1. če je naročnik seznanjen, da je sodišče s pravnomočno odločitvijo ugotovilo kršitev obveznosti iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3 (s strani izvajalca ali podizvajalca) ali če je naročnik seznanjen, da je pristojni državni organ (pri izvajalcu pogodbe ali njegovem podizvajalcu) v času trajanja pogodbe ugotovil najmanj dve kršitvi v zvezi s plačilom za delo, delovnim časom, počitki, opravljanjem dela na podlagi pogodb civilnega prava kljub obstoju elementov delovnega razmerja ali v zvezi z zaposlovanjem na črno in za kateri mu je bila s pravnomočno odločitvijo izrečena globa za prekršek; in 2. če je od seznanitve s kršitvijo do izteka veljavnosti pogodbe še najmanj šest mesecev. V kolikor sta oba pogoja izpolnjena, mora naročnik nemudoma, vendar najkasneje v 30 dneh od seznanitve s kršitvijo začeti nov postopek oddaje javnega naročila, pogodba pa je

¹³ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju (ZJN-3A) (Uradni list RS, št. 14/18).

¹⁴ Glej 3. alinejo četrtega odstavka 67. člena ZJN-3 (Uradni list RS, št. 91/15).

razvezana z dnem sklenitve nove pogodbe o izvedbi javnega naročila.¹⁵ Če naročnik v navedenem roku ne začne novega postopka javnega naročila, se šteje, da je pogodba razvezana trideseti dan od seznanitve s kršitvijo.¹⁶

Razvezni pogoj mora biti vključen v vse pogodbe o izvedbi javnega naročila in v vse okvirne sporazume, razen pri tistih, katerih predmet so storitve, ki so taksativno našteje v 67.a členu ZJN-3 in za katere velja specialna ureditev, ki je obravnavana v nadaljevanju. Nova ureditev tako nedvomno določa, da se pogodba razveže z dnem sklenitve nove pogodbe o izvedbi javnega naročila, s tem da mora naročnik nov postopek oddaje javnega naročila začeti nemudoma, najkasneje pa v 30 dneh od seznanitve s kršitvijo. V kolikor naročnik v tem roku ne začne novega postopka javnega naročila, se šteje, da je pogodba razvezana trideseti dan od seznanitve s kršitvijo.

b) periodično preverjanje izpolnjevanja okoliščin za prenehanje pogodbe

Zakonodajalec je z Novelo ZJN-3A uvedel nov 67.a člen ZJN-3, ki velja za naročnike javnih naročil, ki naročajo storitve v zvezi z delovno intenzivnimi panogami z vidika socialnega in družbeno odgovornega javnega naročanja, v kolikor je pogodba o izvedbi javnega naročila ali okvirni sporazum sklenjen z veljavnostjo najmanj enega leta. Navedene storitve so taksativno našteje in natančno določene s CPV kodami¹⁷ (enotni besednjak javnega naročanja).¹⁸ V kolikor gre za javno naročilo ene izmed navedenih storitev in v kolikor se pogodba ali okvirni sporazum sklepa za najmanj eno leto, 67.a člen ZJN-3 naročniku nalaga obveznost, da vsakih 6 mesecev po sklenitvi pogodbe preveri, da izvajalec ali njegov podizvajalec nista v katerem izmed položajev, ki so določeni v drugem odstavku navedenega člena in predstavljajo del položajev, ki jih zakon določa tudi med obveznimi razlogi za izključitev gospodarskih subjektov.

Ob vsakem preverjanju mora naročnik preveriti, ali je na dan preverjanja izpolnjena ena ali več naslednjih okoliščin, ki se nanašajo na: 1. plačilo socialnih in davčnih obveznosti, 2. na storjene prekrške v zvezi s plačilom za delo, delovnim časom, počitki, opravljanjem dela na podlagi pogodb civilnega prava kljub obstoju elementov delovnega razmerja ali v zvezi z zaposlovanjem na črno ter na uvrstitev v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami. Preverjanje navedenih položajev poteka na enak način, kot poteka preverjanje razlogov za izključitev v postopkih javnega naročanja, in sicer s pridobitvijo podatkov iz uradnih evidenc.¹⁹

¹⁵ V kolikor se kršitev ugotovi pri podizvajalcu ima izvajalec možnost da podizvajalca v 10 dneh nadomesti z drugim podizvajalcem.

¹⁶ Glej 3. alinejo četrtega odstavka 67. člena ZJN-3.

¹⁷ Naročnik mora določbe 67.a člena ZJN-3 upoštevati če gre za javno naročilo storitev, ki jih zajemajo naslednje kode CPV: 50700000-2 do 50760000-0, 55300000-3 do 55400000-4, 55410000-7 do 55512000-2, 55520000-1 do 55524000-9, 60100000-9 do 60183000-4, 70330000-3, 79713000-5, 90600000-3 do 90690000-0 in 90900000-6 do 90919300-5.

¹⁸ Glej prvi odstavek 67.a člena ZJN-3.

¹⁹ Naročniki lahko za ponudnike s sedežem v Republiki Sloveniji preverjanje izvedejo z uporabo enotnega informacijskega sistema e-Dosje. V kolikor je izvajalec ali njegov podizvajalec pravna oseba s sedežem v drugi državi članici ali tretji državi zakon dolžnost preverjanja prenaša na izvajalca. V takšnem primeru je izvajalec zase in za svojega podizvajalca dolžan v roku 5 dni od datuma preverjanja posredovati potrdilo pristojnega organa druge države članice ali tretje države o neizpolnjevanju navedenih okoliščin. V kolikor država tovrstnih potrdil ne

V kolikor naročnik ugotovi obstoj okoliščin iz drugega odstavka 67.a člena ZJN-3 mora takoj, vendar najkasneje v 30 dneh od poteka roka za preverjanje začeti nov postopek javnega naročanja.²⁰ Če naročnik obstoj okoliščin ugotovi pri podizvajalcu, lahko izvajalec v roku 10 dni po prejemu obvestila zamenja podizvajalca v skladu s 94. členom ZJN-3, če ta zamenjava ne predstavlja bistvene spremembe pogodbe. Naročnik pa mora tudi v tem primeru začeti nov postopek javnega naročanja, če izvajalec v danem roku ne predlaga novega podizvajalca ali če naročnik v skladu s 94. členom ZJN-3 pravočasno predlaganega novega podizvajalca zavrne.

Glede na navedeno mora tudi pogodba o izvedbi javnega naročila ali okvirni sporazum za izvedbo javnega naročila po prvem odstavku 67.a člena ZJN-3 vsebovati določilo, da je pogodba ali okvirni sporazum sklenjen pod razveznim pogojem. Razvezni pogoj se uresniči z dnem sklenitve nove pogodbe ali okvirnega sporazuma o izvedbi javnega naročila za predmetno naročilo. Prvotna pogodba o izvedbi javnega naročila tako preneha veljati s sklenitvijo nove pogodbe.

Ugotovimo lahko, da ZJN-3 v 67.a členu ne določa posledice za primer, če naročnik navkljub ugotovljeni kršitvi ne začne novega postopka javnega naročila.²¹ Ker nepričetek novega postopka oddaje javnega naročila hkrati tudi ni opredeljen kot prekršek, se postavlja vprašanje, kakšne posledice sploh doletijo naročnika, če ne ravna v skladu z zahtevo iz četrtega odstavka 67.a člena ZJN-3. Zakonodajalec bi namreč tudi v 67.a členu ZJN-3 moral določiti, da se v primeru nepričetka novega postopka pogodba šteje za razvezano trideseti dan od ugotovitve kršitve.

3 Sklep

Zakonodajalec je z določitvijo obvezne socialne klavzule in kasneje z novelo ZJN-3A želel zagotoviti, da izvajalec, ki ne spoštuje okoljske, socialne, delovne in davčne zakonodaje ne izvaja več storitev za naročnika. S tem je zakonodajalec sledil cilju k vzpostavitvi socialno odgovornega javnega naročanja, ki bi lahko dobre prakse preneslo tudi na področje poslovanja med gospodarskimi subjekti.

Kljub dobremu namenu zakonodajalca pa lahko ugotovimo, da je ureditev kljub spremembi še vedno zelo nedorečena in odpira številna vprašanja. Posledično zakonodajalec v 67. členu ZJN-3 še vedno ni podrobneje določil obsega kršitev iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3 in opredelil časovnega obdobja ter lokacije kršitve ki povzroči aktivacijo razveznega pogoja in s tem prenehanje pogodbe izvedbi javnega naročila.

izdaja pa se potrdilo lahko nadomesti z zapriseženo izjavo oziroma z izjavo določene osebe, ki je dana pred pristojnim organom. Če izvajalec dokazila ne dostavi v navedenem roku, se šteje, da so nastale okoliščine iz drugega odstavka tega člena in se pogodba razveže.

²⁰ V kolikor je okvirni sporazum sklenjen z več gospodarskimi subjekti naročnik ne izvede novega postopka javnega naročanja in izključitev učinkuje le za gospodarski subjekt, za katerega je izpolnjena okoliščina iz drugega odstavka 67.a člena ZJN-3.

²¹ Za vse ostale primere (za katere velja razvezni pogoj iz 67. člena ZJN-3) namreč zakon določa, da se pogodba razveže trideseti dan od seznanitve s kršitvijo, če naročnik ne prične novega postopka oddaje javnega naročila.

Prav tako je vprašljiva zahteva zakonodajalca po periodičnem preverjanju izpolnjevanja okoliščin glede kršitev davčne, delovne ali javno naročniške zakonodaje ter razlikovanje med ponudniki s sedežem v Sloveniji in v tujini. V obeh primerih pa je zakonodajalec predpisal zgolj golo sankcijo t.j. prenehanje pogodbe, ne da bi pri tem določil ali vsaj predvidel možne posledice. V sodni praksi zaenkrat še ni mogoče zaslediti primera v katerem bi se odprlo katero izmed navedenih vprašanj. Predvsem praksa Državne revizijske komisije in praksa sodišč pa bo pokazala, ali je ureditev ustrezna ali pa bo potrebna ponovna sprememba javno naročniške zakonodaje.