



REPUBLIKA SLOVENIJA
MINISTRSTVO ZA FINANCE

DIREKTORAT ZA JAVNO NAROČANJE
Sektor za sistem javnega naročanja

Beethovnova 11. p.p.644, 1001 Ljubljana

T: 01 369 68 56
F: 01 369 68 55
E: gp.mf@gov.si
www.mf.gov.si

Urad Vlade RS za komuniciranje
Gregorčičeva 25
1000 Ljubljana

Številka: 092-78/2012/2
Datum: 24. 4. 2012

Zadeva: Predlagam.vladi.si predlog 2451: ukinitev podizvajalcev

Zveza: vaš dopis št. 092-105/2012/1 z dne 13. 4. 2012

Na Ministrstvo za finance ste poslali predlog, posredovan preko spletnega orodja *predlagam.vladi.si*, »naj se za izvajanje različnih del iz razpisov izbirajo samo podjetja, ki bodo dejansko izvedla delo in so za takšno delo tudi dejansko usposobljena, tako kadrovsko kot tehnično. Ukine naj se podizvajalstvo in provizije.«

1. Kratka analiza veljavne ureditve področja

Direktiva 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštarnih storitev in Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev določata, da se v primeru javnih naročil storitev in javnih naročil gradenj ter javnih naročil blaga, ki vključujejo dodatne storitve in/ali namestitvena ter inštalacijska dela, lahko od pravnih oseb zahteva, da v ponudbi ali prijavi za sodelovanje navedejo imena in ustrezno strokovno usposobljenost osebja, ki bo odgovorno za izvedbo zadevnega naročila. Obe direktivi prav tako določata, da lahko naročnik v razpisni dokumentaciji zahteva od ponudnika, da v svoji ponudbi navede vsak del naročila, ki ga morebiti namerava dati v podizvajanje tretji osebi, ter vse predlagane podizvajalce. Ta navedba ne sme posegati v vprašanje osnovne odgovornosti gospodarskega subjekta. Takšna ureditev izhaja tudi iz 92. člena Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 z dne 25. junija 2002 o finančni uredbi, ki se uporablja za splošni proračun Evropskih skupnosti (Finančne uredba) in 130. člena Uredbe Komisije (ES, Euratom) št. 2342/2002 z dne 23. decembra 2002 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe Sveta (ES, Euratom) št. 1605/2002 o finančni uredbi, ki se uporablja za splošni proračun Evropskih skupnosti (Izvedbena pravila).

Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10 in 18/11; v nadaljevanju ZJN-2) v 15.a točki prvega odstavka 2. člena opredeljuje podizvajalca kot gospodarski subjekt, ki je pravna ali fizična oseba in za ponudnika, s katerim je naročnik po tem zakonu sklenil pogodbo o izvedbi javnega naročila, dobavlja blago ali izvaja storitev oziroma gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila. ZJN-2 v več členih omenja podizvajalce, vendar pa nima določbe, ki bi ponudniku izrecno prepovedala oddajo ponudbe, v kateri bi se skliceval na kapacitete podizvajalcev, oziroma ki bi izrecno prepovedala, da bi se v ponudbi skliceval na to, da bi storitev nameraval oddati v podizvajanje. Nasprotno je iz 44. in 45. člena ZJN-2 razvidno, da se ponudnik v postopku javnega naročanja lahko sklicuje na nastop s podizvajalcem.

Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo; v nadaljnjem besedilu: OZ) v okviru določb o podjemni pogodbi (pogodbi o delu) v 629. členu ureja možnost zaupanja izvršitve posla tretjemu. Če iz pogodbe ali narave posla ne izhaja kaj drugega, podjemnik (izvajalec, izbrani ponudnik) ni dolžan osebno opraviti posla. Tudi če posla ne opravi osebno, je podjemnik zanj še naprej odgovoren naročniku.

Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06; v nadaljnjem besedilu: URS) v 74. členu določa, da je gospodarska pobuda svobodna. Navedena ustavna določba zagotavlja avtonomijo gospodarskih subjektov ne glede na velikost in druge značilnosti in jo je dopustno omejevati v splošnem interesu le z najnujnejšimi posegi.

2. Analiza predloga in razlogi za njegovo neprimernost

Ministrstvo za finance je preučilo predlog, da se ukine možnost izvedbe javnega naročila s podizvajalci in ugotovilo, da predlog ni primeren za uveljavitev.

Iz 15.a točke prvega odstavka 2. člena ZJN-2 izhaja, da je podizvajalec samostojen pravni subjekt, ki z glavnim izvajalcem sklene pogodbo, katere predmet je posel (dobava blaga ali izvedba storitve ali gradnje), ki se ga je glavni izvajalec zavezal opraviti v razmerju do naročnika. Nastanek pogodbenega razmerja med glavnim izvajalcem in podizvajalcem ni predmet pravil javnega naročanja, temveč splošnih pravil obligacijskega prava. V kolikor bi predlagano omejitev vseboval ZJN-2, bi kot zakon, ki ureja obvezna ravnanja v postopku javnega naročanja, presegel področje svojega urejanja in nesorazmerno posegel v zakon, ki ureja obligacijska razmerja – OZ. Glede na to, da OZ ureja temeljna načela in splošna pravila za vsa obligacijska razmerja (1. člen OZ), umestitev posebnih določb za posebno vrsto pogodbenega razmerja, v katerem je ena stranka javni naročnik, ni primerna.

Takšna določba zakona bi tudi pri uresničevanju ustavne pravice iz 74. člena URS nesorazmerno omejevala gospodarske subjekte pri uporabi kapacitet drugih subjektov, ki jih sicer lahko angažirajo na različne zakonite načine (s pogodbo o delu, prodajno pogodbo, pogodbo o naročilu in podobno). Takšna določba zakona z vidika zavarovanja javnega interesa namreč ne bi predstavljala nujno potrebnega posega v svobodo gospodarske pobude, saj je zavarovanje navedenega interesa mogoče doseči na drugačen način, t.j. z doslednim upoštevanjem obstoječe zakonodaje.

Ob navedenem je treba opozoriti, da bi določba zakona, ki bi prepovedala možnost izvedbe javnega naročila s podizvajalci, povzročila neusklajenost slovenske zakonodaje z evropsko zakonodajo in prakso Sodišča Evropske unije.

Kot rečeno, je problematiko podizvajalcev mogoče rešiti tudi brez uvedbe posebnega pravila, ki bi prepovedalo njihovo angažiranje. Na podlagi določb ZJN-2 naročnik praviloma ne more prepovedati ali omejiti, da ponudnik predloži ponudbo, v kateri nastopa s podizvajalci. Ponudnik, ki sam ne izpolnjuje zahtev naročnika, se torej lahko sklicuje na kapacitete podizvajalcev, vendar nosi dokazno breme v zvezi z dejanskimi možnostmi koriščenja teh kapacitet. Ponudnik, ki se sklicuje na kapacitete podizvajalcev, je torej lahko izločen iz postopka oddaje javnega naročila le v primeru, če ne uspe dokazati, da so mu navedene zmogljivosti dejansko na voljo (sodba Sodišča Evropske unije št. C-314/01 z dne 18. 3. 2004, točka 46).

Ko javni naročniki nastopajo na trgu kot povpraševalci po blagu, storitvah ali gradnjah, njihov položaj ni privilegiran, ampak vstopajo v razmerja z drugimi subjekti na podlagi enakopravnosti, in ne kot nosilci oblasti. Za presojo pravic in obveznosti te vrste se uporabljajo pravila obligacijskega

prava. Na podlagi 629. člena OZ je podjemnik dolžan osebno opraviti posel samo v naslednjih primerih:

- če se je s pogodbo zavezal, da bo posel opravil osebno;
- če iz narave posla izhaja, da ga mora podjemnik opraviti osebno (kadar je pomembno, da ga opravi prav določena fizična oseba, ki ima ustrezno znanje in sposobnosti, da bi imel opravljeni posel ustrezne značilnosti).

Ob upoštevanju navedenega je mogoče ugotoviti, da naročnik v osnutku pogodbe lahko izrecno določi, da mora prevzemnik osebno izvršiti posel. Vendar, če naročnik omeji sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila s prepovedjo sodelovanja podizvajalcev, za katero ne obstajajo razlogi, vezani na pogodbo ali posebno naravo posla (objektivno preverljivi razlogi), ravna diskriminatorno ter krši temeljno načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki (7. člen ZJN-2) ter načelo enakopravne obravnave ponudnikov (9. člen ZJN-2).

Ministrstvo za finance je tudi preučilo predlog glede provizij. Ni popolnoma jasno, na ukinitve katerih provizij se predlog nanaša. V kolikor gre za provizije glavnih izvajalcev, ki pri izvedbi javnega naročila nastopajo s podizvajalci, je treba opozoriti, da je (višja) končna cena glavnega izvajalca neločljivo povezana z zakonsko odgovornostjo glavnega izvajalca za njegove podizvajalce (drugi odstavek 629. člena OZ).


V kolikor gre za vprašanje »provizij, ki so posledica podizvajalstva med javnimi uslužbenci in podjetji«, kot izhaja iz komentarjev k predlogu ugotavljamo, da so ukrepi za krepitev integritete in transparentnosti ter za preprečevanje korupcije in odpravljanje nasprotja interesov oseb, odgovornih za javna naročila, predvideni z Zakonom o integriteti in preprečevanju korupcije (Uradni list RS, št. 69/11 – uradno prečiščeno besedilo).

Glede komentarja, ki ga je podal g. Janez Plaznik (8. 3. 2012 ob 06:52), s katerim se predlaga ponovno uvedbo Službe družbenega knjigovodstva (SDK), pa je potrebno pojasniti, da so se politične stranke, ki sestavljajo koalicijo, v koalicijski pogodbi *Pogodbi za Slovenijo 2012-2015* (vir: http://www.sds.si/file/2012/1/koalicijska-pogodba/Koalicijska%20pogodba%202012_2015.pdf) pod točko 3.13. *Obveznost poročanja na enem mestu zavezale*, da bodo vzpostavile enotno in enkratno poročanje na enem mestu – na javnem portalu AJPES.

S spoštovanjem,

Pripravila:
Goran Kitić
svetovalec

Matej Čepeljnik
višji svetovalec


mag. Miranda Groff Ferjančič
v.d. generalne direktorice

Matej Runjak
v.d. generalnega direktorja



Vročiti: Urad Vlade RS za komuniciranje, gp.ukom@gov.si – po e-pošti