



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: 430-77/2016/7

Datum: 30. 3. 2016

Zadeva: Tolmačenje javno – naročniške zakonodaje (ZJN-3)

Predmet: Izvajanje javnih naročil s podizvajalci

Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/2015; v nadaljnjem besedilu: ZJN-3) ureja izvajanje javnih naročil s podizvajalci v 94. členu, pri čemer je to področje po novem urejeno drugače.

Prenovljena pravila (op. ZJN-3 za razliko od dosedanje ureditve opredeljuje pravila za javno naročanje na splošnem in infrastrukturnem področju enotno – v enem zakonu), podobno kot doslej, še vedno opredeljujejo pojem »podizvajalca«, in sicer 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 ali okvirni sporazum, dobavlja blago ali izvaja storitev oziroma gradnjo, ki je neposredno povezana s predmetom javnega naročila. Pojem podizvajalca v odnosu na staro ureditev ostaja nespremenjen, pri čemer ZJN-3 ne vsebuje več določbe, ki bi iz pojmovanja podizvajalca izključevala gospodarske subjekte, ki glede na svoje razmerje z izbranim ponudnikom v skladu z zakonom, ki ureja gospodarske družbe, štejejo za povezano družbo.

Po novem bodo morali podizvajalci pri izvajanju javnih naročil tako kot glavni izvajalec upoštevati veljavne obveznosti na področju okoljskega, socialnega in delovnega prava. ZJN-3 pomen te določbe nakazuje že z njeno umestitvijo med načela, na katerih temelji javno naročanje (drugi odstavek 3. člena), kot izvedbeno določilo tega načela pa opredeljuje ZJN-3 tudi obvezo, da se v pogodbe o izvedbi javnega naročila obvezno vključi t. i. »socialna klavzula« 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 (tretja alineja četrtega odstavka 67. člena ZJN-3).

Z izjemo omenjene obveznosti so vsa pravila v zvezi z izvajanjem javnih naročil s podizvajalci opredeljena v 94. členu ZJN-3. Pri tem ZJN-3 ta pravila kot obvezujoča določa samo za primer javnih naročil storitev in gradenj (op. in ne kot je to doslej določala stara ureditev tudi za javna naročila blaga), naročniki pa lahko kljub temu po lastni diskreciji ta pravila razširijo tudi na javna naročila blaga, vendar morajo to izrecno navesti v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

ZJN-3 torej dopušča, da ponudniki del javnega naročila oddajo v podizvajanje. V skladu z drugim odstavkom 94. člena ZJN-3 pa morajo ponudniki, če nameravajo javno naročilo storitev in gradenj izvesti s podizvajalci (op. če naročnik pravila razširi tudi na javna naročila blaga, pa tudi pri teh naročilih) že v ponudbi:

- navesti vse podizvajalce ter vsak del javnega naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje,
- navesti kontaktne podatke in zakonite zastopnike predlaganih podizvajalcev,
- priložiti izpolnjene ESPD¹ teh podizvajalcev v skladu z 79. členom tega zakona ter
- priložiti zahtevo podizvajalca za neposredno plačilo, če podizvajalec le-to zahteva.

ZJN-3 pojma »del« javnega naročila izrecno ne definira, iz jezikovne razlage celotne določbe 94. člena pa je povsem mogoče jasno sklepati, da ponudnik ne more oddati v podizvajanje celotnega javnega naročila.

Osnovni namen določbe 94. člena ZJN-3 je, da je naročnik v zvezi s konkretnim javnim naročilom vselej seznanjen z vsemi morebitnimi podizvajalci, da so ti podizvajalci s strani glavnih izvajalcev torej nominirani ter da del javnega naročila, ki ga izvedejo podizvajalci, ne opravijo taki gospodarski subjekti, za katere obstajajo razlogi za izključitev oziroma ne izpolnjujejo pogojev za sodelovanje.

Predložitev zgoraj omenjenih podatkov oziroma dokumentov v primeru namere izvesti javno naročilo s podizvajalci je sicer zakonska obveza ponudnika, smiselno pa je, da naročnik ponudnike na to obvezo opozori v naprej, torej že v sami dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, nenazadnje je za preverjanje usposobljenosti nominiranih podizvajalcev, kot izhaja iz nadaljevanja tega besedila, pristojen sam naročnik.

Glede na določilo četrtega odstavka 94. člena ZJN-3 mora naročnik v primeru sodelovanja ponudnikov s podizvajalci preveriti, da slednji niso v enem izmed položajev, ki bi zahtevala njihovo zavrnitev. Naročnika predmetna določba namreč zavezuje, da mora obvezno zavrniti vsakega podizvajalca, če zanj obstajajo razlogi za izključitev iz prvega, drugega ali četrtega odstavka 75. člena tega zakona - t. i. obvezni izključitveni razlogi (npr. nekaznovanost, neporavnane obvezne dajatve in druge nedavčne obveznosti, uvrstitev v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami, izrek denarne globe za prekršek v zvezi s plačilom za delo). Zavrne pa lahko naročnik vsakega podizvajalca tudi, če zanj obstajajo razlogi za izključitev iz šestega odstavka 75. člena ZJN-3 – t. i. neobvezni izključitveni razlogi.

V zvezi z neobveznimi izključitvenimi razlogi, ki jih ZJN-3 našteva taksativno gre pojasniti, da jih mora naročnik, da bi jih lahko preverjal (op. če sam oceni, da je njihova vključitev glede na predmet naročanja, razmere na trgu ali druge okoliščine, povezane s predmetom smiselna oziroma potrebna), praviloma obvezno predvideti v razpisni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, torej v naprej. Pri čemer za posamezne med temi razlogi (op. zlasti zaradi narave teh razlogov in ker jih ni mogoče vnaprej predvideti) ZJN-3 dopušča naročniku možnost, da jih preveri tudi če to v naprej ni napovedal, kot npr. za podajanje zavajajočih informacij, zahtevanih zaradi preverjanja obstoja razlogov za izključitev ali izpolnjevanja pogojev za sodelovanje; kršitve pravil konkurence; če nasprotja interesov (91. člen ZJN-3) ni mogoče učinkovito odpraviti z drugimi, blažjimi ukrepi; poizkus vplivanja na naročnika. V kolikor torej naročnik neobvezne razloge za izključitev vključi v razpisno dokumentacijo, ti postanejo obvezni in jih je potrebno obvezno preveriti.

Obveznost naročnika je torej v tem, da v primeru nastopanja ponudnika s podizvajalci, tudi za podizvajalce preveri izpolnjevanje pogojev oziroma ne-obstoj razlogov za izključitev. Temu je namenjena tudi določba, da je potrebno za podizvajalce priložiti ESPD obrazce. Naročnik bo tako moral nujno preveriti, ali obstajajo obvezni razlogi za izključitev in v kolikor bodo razlogi obstajali, bo moral takega podizvajalca zavrniti (op. enako tudi v primeru določitve neobveznih

¹Enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila

razlogov za izključitev). Ta obveznost preverjanja podizvajalcev velja tako za tiste, ki so predmet ponudbe (nominirani v okviru predložene ponudbe), kot tudi za tiste, ki jih med izvajanjem pogodbe glavni izvajalec naknadno vključi kot novega ali kot zamenjavo že prej določenega podizvajalca.

ZJN-3 torej za primer, kadar na strani podizvajalca obstajajo razlogi za izključitev določa obvezo zavrniti takega podizvajalca, in ne avtomatično izključitev ponudnika. Kljub temu, da obveznost naročnika zahtevati zamenjavo podizvajalca v navedenem primeru ni izrecno zapisana v 94. členu zakona, pa je ta obveznost pričakovana že po sami analogiji z 81. členom zakona, ki takšno ravnanje predvideva za primer sodelovanja tretjih oziroma sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov. Naročnik lahko torej šele v primeru, kadar ponudnik ne uspe zagotoviti zamenjave neusposobljenega podizvajalca, njegovo ponudbo iz nadaljnega postopka izloči. Pri tem ZJN-3 ne opredeljuje časovnih okvirjev, v katerem naj bi naročnik zavrnil podizvajalca, ki je predlagan v ponudbi in zanj obstajajo razlogi za izključitev oziroma zahteval njegovo zamenjavo, vendar je ob smiselni razlagi in uporabi 89. člena ZJN-3, ki določa tudi dopustnost spremembe ponudb, mogoče pojasniti, da lahko naročnik za ta ravnanja sam postavi rok. V primeru naknadne »nominacije«, tj. v fazi izvajanja javnega naročila, pa mora naročnik o ustreznosti oziroma zavrnitvi podizvajalca glavnega izvajalca obvestiti v desetih dneh od prejema predloga.

ZJN-3 torej podobno kot doslej med izvajanjem javnega naročila omogoča nominacijo novih (op. kot »dodatnega« poleg dosedanjih ali kot novega v smislu, da ponudnik podizvajalcev v predloženi ponudbi sploh ni nominiral) in zamenjavo starih podizvajalcev. To izhaja iz tretjega odstavka 94. člena ZJN-3, v skladu s katerim mora glavni izvajalec naročnika obvestiti o vseh morebitnih spremembah informacij, ki jih je vezano na sodelovanje podizvajalcev pri javnem naročanju ta navedel že v trenutku predložitve ponudbe oziroma v okviru dopustnih sprememb ponudbe in poslati informacije o novih podizvajalcih, ki jih namerava naknadno vključiti v izvajanje, in sicer najkasneje v petih dneh po spremembi.

Neposredna plačila podizvajalcem po novem ne bodo več sama po sebi in vedno obvezna, temveč zgolj takrat, kadar jih bo izrecno zahteval podizvajalec, bodisi že na stopnji oddaje ponudbe bodisi v primeru naknadne nominacije. V ta namen bodo morali tako naročnik kot glavni izvajalec oziroma podizvajalec izvesti določene formalnosti, ki bodo omogočile neposredno izvajanje plačil s strani naročnika. Kadar namerava ponudnik torej izvesti javno naročilo s podizvajalcem, ki zahteva neposredno plačilo, mora:

- glavni izvajalec v pogodbi pooblastiti naročnika, da na podlagi potrjenega računa oziroma situacije s strani glavnega izvajalca neposredno plačuje podizvajalca,
- podizvajalec predložiti soglasje, na podlagi katerega naročnik namesto ponudnika poravnava podizvajalčevo terjatev do ponudnika,
- glavni izvajalec svojemu računu ali situaciji priložiti račun ali situacijo podizvajalca, ki ga je predhodno potrdil.

Omenjena ravnanja kot celota šele predstavljajo podlago, da lahko naročnik plačila podizvajalcu tudi neposredno izvaja. Za razliko od stare ureditve podatki o podizvajalcih na način kot je določal ZJN-2 oziroma ZJNVETPS niso več nujna sestavina pogodbe. Na tak način se poskuša pogodbene stranke, ne da bi to negativno vplivalo na izvajanje neposrednih plačil, razbremeniti k obveznemu sklepanju aneksov, in sicer iz naslova sprememb vezanih na podizvajanje.

Z namenom zagotovitve večje transparentnosti pri izvajanju plačil podizvajalcem za opravljena dela, se tudi za primere kot ta ne bodo obvezna (op. jih podizvajalec ne bo zahteval) od naročnika zahteva, da glavnega izvajalca zaveže, da mu v 60 dneh od plačila končnega računa oziroma situacije pošlje pisne izjave, in sicer tako svojo kot izjavo podizvajalca, da je slednji od

njega prejel plačano vse, kar mu pripada iz naslova opravljenega dela za glavnega izvajalca v neposredni povezavi s predmetom javnega naročila, za katerega sta glavni izvajalec in naročnik sklenila pogodbo.

Prav tako ZJN-3 v sedmem odstavku 94. člena od naročnika zahteva, da mora ta v primeru kadar glavni izvajalec ne spoštuje zakonskih določb glede izvajanja javnih naročil s podizvajalci zoper njega sprožiti postopek o prekršku. ZJN-3 v ta namen kršitve nekaterih opisanih obveznih ravnanj glavnega izvajalca opredeljuje tudi kot prekrške in hkrati zanje določa tudi sankcije (112. člen ZJN-3). Kršitelje se praviloma kaznuje z globo, za nekatere kršitve (kot npr. če ponudnik naročniku na njegov poziv ne posreduje izjave, in sicer tako svojo kot izjavo podizvajalca, da je slednji od ponudnika prejel plačilo za opravljen posel ali če je ta izjava neresnična oziroma ponarejena ali spremenjena kot prava) pa se ponudniku poleg globe lahko izreče tudi stranska sankcija izločitve iz postopkov javnega naročanja, in sicer za dobo treh ali petih let, odvisno od predmeta javnega naročanja (blago, storitve ali gradnje). O stranski sankciji odloča sodišče. Vse ponudnike, za katere je sodišče s pravnomočno odločitvijo ugotovilo, da so storili predmetni prekršek Ministrstvo za javno upravo vpiše v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami, ki je javno dostopna na spletni strani ministrstva. Ker je uvrstitev v predmetno evidenco eden izmed obveznih izločitvenih pogojev (točka a četrtega odstavka 75. člena ZJN-3), ki jih morajo naročniki preverjati pri vseh sodelujočih ponudnikih in njihovih podizvajalcih, se na tak način vse sodelujoče gospodarske subjekte, uvrščene v evidenco, izloča iz vseh postopkov javnega naročanja.

V zvezi s pravili, ki urejajo izvajanje javnih naročil s podizvajalci pa velja omeniti tudi to, da ZJN-3 izrecno dopušča, da lahko naročniki ta pravila razširijo tudi na vse podizvajalce v verigi in ne samo na t. i. prvi krog podizvajalcev, to morajo enako kot v primeru, če obvezna pravila razširjajo na javna naročila blaga (op. ker zanje niso obvezna), navesti v naprej, tj. v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.

Sašo Matas
Generalni direktor