Številka: 007-346/2015/180

Datum: 23.12.2015

Zadeva: Obvestilo o sprejetju Zakona o javnem naročanju

Spoštovani,

uvodoma vas obveščamo, da je Državni zbor na 13. redni seji dne 18.11.2015 sprejel Zakon o javnem naročanju (ZJN-3), ki je bil dne 30.11.2015 objavljen v Uradnem listu RS, št. 91 in bo začel veljati 1. aprila 2016.

ZJN-3 prinaša določene novosti, poenostavitve, hkrati vnaša večjo stopnjo transparentnosti, slednje predvsem tudi zaradi uvedbe elektronskega javnega naročanja v celoti, ima pa tudi izjemno socialno noto in daje možnosti tudi malim in srednjim podjetjem za uspešen pristop k javnemu naročanju.

V nadaljnjih mesecih načrtujemo intenzivno usposabljanje naročnikov in podrobne predstavitve nove zakonodaje. Z novostmi bomo zagotovo primerno in pravočasno posodobili tudi spletno stran Direktorata za javno naročanje. Prav tako že potekajo aktivnosti za pripravo smernic na področju gradenj in inženirskih ter arhitekturnih storitev ter prenova sistema zelenega javnega naročanja.

Ocenjujemo, da je bil zakon usklajen z zelo različnimi deležniki na vseh nivojih in različnih vsebinah ter prinaša pomemben premik naprej. Usklajevanje vsebine zakona je potekalo od same priprave na oris zakona, do javne obravnave in nadaljnjega medresorskega usklajevanja, v vseh fazah pa je bilo zagotovo izvedenih mnogo srečanj in sestankov poleg tudi siceršnje pisne korespondence, ki je potekala ves čas.

V sami javni razpravi je Ministrstvo za javno upravo prejelo veliko število predlogov in pripomb, na katere, v skladu s Poslovnikom Vlade, ki določa obvezen pisen odziv na bistvene predloge/mnenja, ki niso bili upoštevani, ločeno podajamo obrazložitve, objavljene tudi na spletni strani Direktorata za javno naročanje. Povzetek bistvenih poudarkov novega zakona ter obrazložitev posameznih segmentov, za katere je bilo usklajevanje najintenzivnejše zaradi različnih predlogov ali predlogov, ki jim zaradi evropskega pravnega reda ni bilo mogoče slediti, pa podajamo v nadaljevanju.

Uvodoma pojasnjujemo, da je ZJN-3 sistemski zakon, ki ureja postopke javnega naročanja, torej primarno gospodarnost, transparentnost in učinkovitost javnega naročanja, hkrati pa v slovenski pravni red prenaša novi direktivi s tega področja (Direktiva 20142/24/EU in Direktiva 2014/25/EU).

ZJN-3 ureja (za razliko od sedanjega sistema) ureja javno naročanje na splošnem področju in naročanje na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštnih storitev (t.im. infrastrukturno področje) v enotnem zakonu. Ne glede na področje pa zakon določa jasnejše in poenostavljene postopke naročanja, ohranja postopek naročila male vrednosti kot izjemno enostaven, a še vedno transparenten postopek, ki ga je po novem mogoče uporabiti za gradnje do višine 500.000 EUR brez DDV, uvaja pa se nov postopek partnerstva za inovacije. V vseh postopkih so roki krajši od rokov, ki jih pozna sedanji sistem, te pa je v določenih primerih mogoče še skrajšati (npr. ob uvedbi elektronskega javnega naročanja). Pomembna novost je tudi na področju vročanja določitve o oddaji naročila, ki se v skladu z ZJN-3 vroča na način, da se objavi na portalu javnega naročanja. S tem se skrajšuje samo trajanje postopkovnih rokov, dodatno se postopkovno rok skrajšuje tudi zaradi odprave instituta dodatne obrazložitve, ker mora biti ta zajeta že v odločitvi.

ZJN-3 tudi pomembno prispeva k vključevanju malih in srednjih podjetij v postopke javnega naročanja. Kljub možnosti drugačne ureditve, ZJN-3 enako kot doslej ohranja obveznost razdelitve javnih naročil na sklope, če predmet naročila to dopušča in če to prispeva k večji gospodarnosti in učinkovitosti javnega naročanja. Prav tako pa predlog zakona na enak način kot to določa EU zakonodaja omogoča posebno izjemo od uporabe pravil za objavo javnih naročil na portalu javnih naročil oziroma v Uradnem listu EU. Ta izjema velja za sklope, ki glede na celotno naročilo, smiselno oblikovano za istovrstne oziroma podobne predmete, predstavljajo največ 20 % vrednosti vseh sklopov in znašajo največ 80.000 eurov v primeru blaga in storitev. Na podlagi te določbe lahko naročniki del naročila oddajo brez izvedbe postopka javnega naročanja, s čimer se omogoča lokalna samooskrba in uveljavitev načela kratkih verig ter spodbujanje slovenskega gospodarstva pri javnem naročanju. Vrednost 80.000 eurov in odstotek, ki je določen v višini 20%, pa sta določena v direktivi s področja javnega naročanja in ju ni dopustno spreminjati na način, da bi to predstavljajo ureditev, ki presega z direktivo določeno posebno izjemo. Pri tem ne gre za nekritično sklicevanje na evropske direktive, temveč gre za dolžnost Republike Slovenije, da na podlagi direktive pripravi ustrezen nacionalni pravni akt, s katerim sledi ciljem direktive ter o tem poroča Evropski komisiji. V zvezi s tem pojasnjujemo tudi, da mora biti nacionalni pravni red popolnoma usklajen z evropskim, kadar govorimo o prenosu direktiv. Te obveznosti državam članicam nalaga Pogodba o delovanju evropske unije. V kolikor država članica ne ravna ustrezno in Evropska komisija oceni, da s tem ni izpolnila obveznosti, od nje zahteva izpolnitev oziroma v primeru neizpolnitve s strani države članice, preda zadevo Sodišču Evropske Unije. Če sodišče ugotovi kršitve, državi članici naloži plačilo denarne kazni ali plačilo pavšalnega zneska.

Pomemben segment je tudi naročanje živil, kjer se prednostno upoštevajo živila, ki so v shemah kakovosti (na primer sezonsko pridelana živila na integriran način, sezonsko pridelana živila na ekološki način ipd.) in živila, ki so proizvedena po nacionalnih predpisih o kakovosti živil. Prednostno se upoštevajo tudi živila, ki so trajnostno pridelana in predelana in je zagotovljena višja kakovost živil z vidika večje svežine ali nižjih okoljskih obremenitev pri prevozu.

ZJN-3 pa v luči izjemne socialne note in z namenom preprečevanja socialnega dumpinga omogoča različna orodja, med drugim izpostavljamo predvsem naslednje:

* zahteva se preverjanje neobičajno nizkih ponudb, v primerjavi s cenami na trgu,
* zahteva se izločanje ponudnikov, ki ne plačujejo socialnih in davčnih obveznosti (tudi če ne oddajo t.im. REK obrazcev),
* zahteva se izločanje ponudnikov, ki dvakrat storijo prekršek v zvezi z delom (podatki Inšpektorata RS za delo),
* zahteva se prekinitev pogodbe, če se ugotovi kršitev okoljske, socialne ali delovne zakonodaje in
* zahteva se tudi izločitev neobičajno nizke ponudbe, če se pri sestavi cene ne spoštuje delovna in socialna zakonodaja.

V segmentu meril za izbiro izvajalca, kjer je v fazi usklajevanj zakona prihajalo do različnih teženj predvsem pa do nekaterih očitkov, da zakon omogoča izbiro najnižje cene, s čimer se ne zagotavlja ustrezna kvaliteta, pojasnjujemo, da ZJN-3 določa, da se izbira ponudbe opravi na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe, pri čemer pa že direktiva določa, da mora biti cena ali strošek vedno del kriterija, kar izhaja tudi iz sodne prakse.

Ekonomsko najugodnejša ponudba predstavlja najboljše razmerje med ceno in kakovostjo, pri čemer pa je potrebno pojasniti, da se lahko tako oceno ekonomsko najugodnejše ponudbe opravi tudi zgolj na podlagi cenovne ali stroškovne učinkovitosti, še zlasti v primerih, ko lahko naročniki ustrezne standarde kakovosti določijo s tehničnimi specifikacijami ali pogoji za izvedbo javnega naročila. V slednjih primerih tako najnižja cena ne pomeni najslabše kvalitete, ta se namreč določi s tehničnimi specifikacijami, pogoji za izvedbo ipd., s čimer naročnik dobi zahtevano kvaliteto. Prav tako je potrebno pojasniti, da zakon zavezuje mnogo različnih naročnikov, predvsem pa se po njem naroča izjemno raznolike predmete ali storitve oz. gradnje. V vseh primerih bi bilo nesmiselno prepovedati ceno kot edino merilo. Zagotovo pa bodo smernice na področju gradenj in inženirskih storitev, ki jih pripravlja Ministrstvo za javno upravo, ter intenzivna usposabljanja bistvenega pomena pri dvigu zavesti in sposobnosti uporabljati orodja, ki jih zakon daje na voljo.

Prav tako je pomembno pojasniti tudi element neobičajno nizkih ponudb in njihovo izločanje. Direktivi s področja javnega naročanja dopuščata, da naročniki neobičajno nizke ponudbe izločijo, ampak šele takrat, če menijo, da ponudnik ni zadostno utemeljil nizke cene. Evropski pravni red tako ne dopušča izločitve ponudbe, ki je nizka zgolj iz tega razloga, temveč samo, če te nizke cene ponudniki niso sposobni pojasniti. Takšno ureditev ima tudi ZJN-3, pri čemer pa je izločitev neobičajno nizke ponudbe obvezna, če je cena nizka zaradi nespoštovanja delovne, okoljske in socialne zakonodaje. Poleg navedenega zakon določa tudi, kdaj je potrebno ceno v ponudbi obvezno preverjati, in sicer v primeru 50/20/4 - ko naročnik prejme vsaj 4 ponudbe, pri čemer je najnižja ponudba za 50% nižja od povprečne vrednosti dopustnih ponudb in 20% nižja od naslednje uvrščene in to tudi, če sam sicer ne dvomi v njeno izvedbo oziroma tudi, če takšna ponudba sicer ne dostopa od tržnih cen.

Tekom usklajevanja zakona se je izpostavila tudi problematika oddajanja del gospodarskim subjektom, ki nimajo lastnih kapacitet in zahteva, da zakon določi obveznost prevzema določenega dela oziroma odstotka posla z lastnimi kapacitetami. ZJN-3 določa, da se lahko ponudnik sklicuje na kapacitete tretjih subjektov glede posameznikov in/ali dokazuje kadrovsko sposobnost svojih ali drugih posameznikov (torej vodstvenih delavcev, reference posameznikov ipd.) samo pod pogojem, da bodo ti tudi dejansko opravili ta del posla. To je zagotovo korak dlje od sedanje zakonodaje. Poleg tega pa zakon določa, da lahko naročnik zahteva, da ponudnik ključne naloge opravi sam. Direktiva namreč dopušča kvalitativno omejitev, ne dopušča pa kvantitativne omejitve. Slednje pomeni, da bi bila določba v zakonu, ki bi omejevala oddajo del drugim v določenem odstotku oziroma bi določala, da mora določen odstotek del opraviti nekdo sam, prepovedana. Dovoljeno pa je omejiti del nalog na ponudnika, če so te naloge ključne. Gre torej za vsebinsko in ne za numerično (npr. v odstotkih) omejevanje.

Zagotovo najbolj diametralno nasprotni predlogi pri pripravi zakona pa so bili podani pri določilih, ki urejajo izvajanje del s podizvajalci in njihovem plačilu. Pri tem je potrebno poudariti, da je ZJN-3 primarno akt, s katerim se ureja postopek izbire izvajalca gradenj ali storitev ter dobaviteljev blaga ter določa obvezna ravnanja naročnikov in ponudnikov pri izvajanju postopka in izvajanju javnega naročila. ZJN-3 ne ureja zgolj gradenj, niti ni primerno, da bi ta zakon urejal nadzor nad izvajanjem gradenj oziroma graditve objektov, glede na to, da to področje ureja druga poročna zakonodaja (npr. zakon, ki ureja graditev objektov ipd.).

Po sklenitvi pogodbe o izvedbi javnega naročila pa nastane obligacijsko pravno razmerje, za katerega veljajo pravila obligacijskega prava, v kolikor niso v koliziji z načeli javnega naročanja. Potrebno pa je poudariti, da je odnos med glavnim izvajalcem in podizvajalcem ločen pogodbeni odnos dveh poslovnih subjektov, ki je obenem zelo dinamičen in ga linearno za vse primere ne gre urejati enako.

Po vseh v danem trenutku dostopnih podatkih nobena članica EU ne ureja obveznih neposrednih plačil podizvajalcem, ob tem, da pa le redke države urejajo plačila podizvajalcem na zahtevo na podoben način, kot jih ureja ta zakon. ZJN-3 ne ureja prostovoljnega plačila podizvajalcem, ampak je izvedba neposrednih plačil podizvajalcem še vedno obvezna pri storitvah in gradnjah, če podizvajalec to zahteva. V ostalih primerih, kjer podizvajalec ne bo zahteval neposrednega plačila, saj v praksi obstajajo primeri, ko podizvajalci tega ne želijo zaradi drugačnih poslovnih odnosov, drugih pogodbenih razmerij, ki jih že imajo s posameznim subjektom, pa bo moral naročnik zahtevati, da glavni izvajalec in podizvajalec z izjavo potrdita poravnavo vseh obveznosti. Če naročnik ne bo prejel te izjave, ali bo ta neresnična, je v skladu z zakonom to prekršek, kjer bo tak izvajalec poleg globe tudi izločen iz postopkov javnih naročil za tri leta.

ZJN-3 torej predvideva neposredna plačila, obenem pa določa dovolj jamstev, da do zlorab ne pride, na drugi strani pa ne ureja razmerja tam, kjer to ni potrebno in jih ureja obligacijska zakonodaja. Zato rešitev v ZJN-3 zagotavlja visoko stopnjo varnosti, ob tem da pa ne posega v prav vsa pravna razmerja, kjer to ni potrebno in primerno. Z vidika sankcioniranja neprimernega oz. nezakonitega ravnanja pa gre ZJN-3 nedvomno še korak dlje od sedanje ureditve.

Pomembno pa je pojasniti tudi, da glavni izvajalci ne morejo samovoljno menjati podizvajalcev, ampak jih mora naročnik najprej preveriti, nato pa tudi potrditi.

Vsem sodelujočim se ob tem tudi zahvaljujemo za konstruktivno sodelovanje v vseh fazah priprave in usklajevanja novega zakona, ki je dalo optimalen rezultat.

Lep pozdrav,

Sašo Matas

Generalni direktor

Pripravila:

mag. Urška Skok Klima

vodja Sektorja za sistem javnega naročanja