



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: 430-4/2019/3

Datum: 28. 01. 2019

Zadeva: Tolmačenje javno naročniške zakonodaje

Predmet: Spremembe pogodb in dvig minimalne plače

V Uradnem listu RS, št. 83/2018 je bil objavljen Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o minimalni plači, ki določa način in višino povišanja minimalne plače v prihodnjem obdobju in je začel veljati 25. 12. 2018.

V zvezi s tem se ponovno izpostavlja vprašanje, ali in kako z zakonom določen dvig minimalne plače vpliva na že sklenjene pogodbe o izvedbi javnega naročila.

V veljavnih predpisih, ki jih mora pri sklepanju pogodb spoštovati naročnik, ni izrecno predvidena možnost dviga cen storitev zaradi dviga plač, je pa v zvezi s tem vprašanjem treba pojasniti pravila javnega naročanja glede dopustnih sprememb pogodb in določbo 112. člena Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07- UPB1, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631, v nadaljevanju: OZ), ki ureja spremembo pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin, ki pa je predmet presoje vsakega konkretnega pogodbenega razmerja. Hkrati je treba pojasniti tudi, da zakon, ki ureja izvrševanje proračunov Republike Slovenije za leti 2018 in 2019 (v 64. členu) ureja prepoved valorizacije denarnih obveznosti v pogodbah, ki jih za obdobje do enega leta sklepajo pravne osebe javnega sektorja po zakonu, ki ureja javne finance. Denarne obveznosti v pogodbah, ki jih za obdobje do vključno enega leta sklepajo javni subjekti, morajo biti izražene v nominalnem znesku brez valorizacijske klavzule. Denarne obveznosti v pogodbah, ki jih ti subjekti sklepajo za daljše obdobje od enega leta, pa se lahko valorizirajo na način in do višine, kot sta določena s Pravilnikom o načinih valorizacije denarnih obveznosti, ki jih v večletnih pogodbah dogovarjajo pravne osebe javnega sektorja (Uradni list RS, št. 1/04, v nadaljevanju: Pravilnik). V veljavnih predpisih, ki jih mora pri sklepanju pogodb spoštovati javni naročnik, ni izrecno predvidena možnost dviga cen storitev zaradi dviga plač. Pri tem še dodajamo, da Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18; v nadaljevanju: ZJN-3) v svojih določbah ne omenja neposredno valorizacije denarnih obveznosti, naročnik pa v osnutek pogodbe iz četrtega odstavka 67. člena ZJN-3 poleg obveznih določb lahko zapiše še dodatne po lastni presoji. V kolikor so v pogodbo vključene zgoraj omenjene določbe Pravilnika, s tem postanejo zavezujoče in z vidika ZJN-3 predstavljajo opcijo, kot jo omenjata prvi odstavek 24. člena pri metodah za izračun ocenjene vrednosti in prva točka prvega odstavka 95. člena, ki ureja področje dovoljenih sprememb pogodb o izvedbi javnega naročila. Obveznost vnaprejšnje napovedi pa izhaja tudi iz 9. člena Pravilnika, ki določa, da morajo določbe tega pravilnika subjekti upoštevati pri sklepanju pogodb, in jih v ta namen upoštevati že pri oblikovanju osnutkov razpisne dokumentacije, katera se pripravlja v skladu s predpisi, ki urejajo javna naročila, oziroma pri pripravi druge dokumentacije, ki je podlaga za posredovanje ponudbe ali vloge druge stranke.

Na podlagi navedenega je mogoče zaključiti, da zgolj vključitev Pravilnika v pogodbe o izvedbi javnega naročila ne daje pravne podlage za dvig pogodbene dogovorjenih cen iz naslova dviga minimalne plače.

Iz tega razloga je spremembe pogodbene dogovorjenih cen iz naslova dviga minimalne plače treba presojeti z vidika OZ in ZJN-3, kot je pojasnjeno v nadaljevanju. V vsakem primeru pa je treba to presojo opraviti upoštevaje okoliščine posameznega primera, predvsem v odvisnosti od pogodbenih določil posamezne pogodbe, zlasti ali pogodbena vrednost oziroma cena vključuje tudi možnost povišanja minimalne plače, in od morebitnih določb pogodbe, ki urejajo, katera od pogodbenih strank krije povečanje pogodbene cene v primeru povišanja stopnje minimalne plače. Kadar pogodba o izvedbi javnega naročila ne določa, katera izmed strank krije povečanje cen (iz kakršnega koli razloga), je odločitev o tem praviloma prepuščena pogodbenim strankam. Opozarjamo, da je ureditev tega vprašanja za pogodbene stranke javnonaročniških pogodb neizogibna, saj plačilo opravljenih storitev oziroma dobav blaga v zneskih, ki so drugačni od tistih, predvidenih v pogodbi, ni dopustno, oziroma je dopustno le ob izpolnjenih predpostavkah iz 95. člena ZJN-3. Pri tem je naloga posameznega naročnika, da iz pravnega vidika ugotovi, katera pogodbena stranka mora v skladu z določili pogodbe oziroma morebitnimi drugimi dejanskimi okoliščinami nositi posledice povišanja minimalne plače.

Glede presoje z vidika OZ in ZJN-3 uvodoma pojasnjujemo, da je pogodba o izvedbi javnega naročila pogodba civilnega prava, ki je od sklenitve dalje podrejena pravilom pogodbenega prava, za katerega je značilna pogodbena svoboda, ki izhaja iz načela avtonomije volje strank. Pogodbena svoboda pa pri teh pogodbah ne more biti absolutna in je zaradi zasledovanja ciljev javnega naročanja, s pravom javnih naročil omejena. Presojo tako najprej opredeljujemo z vidika OZ, ki v 112. členu določa, da če nastanejo po sklenitvi pogodbe okoliščine, ki otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke, ali če se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe, v obeh primerih pa v tolikšni meri, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti jo v veljavi takšno, kakršna je, lahko stranka, ki ji je izpolnitev obveznosti otežena, oziroma stranka, ki zaradi spremenjenih okoliščin ne more uresničiti namena pogodbe, zahteva razvezo pogodbe. Nadalje je v drugem odstavku omenjenega člena določeno, da razveze pogodbe ni mogoče zahtevati, če bi bila morala stranka, ki se sklicuje na spremenjene okoliščine, ob sklenitvi pogodbe te okoliščine upoštevati ali če bi se jim bila lahko izognila oziroma, če bi njihove posledice lahko odklonila. Pri tem pa se pogodba ne razveže, če druga stranka ponudi ali privoli, da se ustrezni pogodbeni pogoji pravično spremenijo.

Glede spremenjenih okoliščin in očitnega nesorazmerja (vezano na 112. člen OZ) je presojalo Vrhovno sodišče RS v Sodbi III Ips 154/2015 in med drugim povedalo, da »V načelo pacta sunt servanda je lahko poseženo v primerih, ko je zlom nepremičninskega trga časovno umeščen med sklenitveno in izpolnitveno fazo. Splošno znano dejstvo je, da so se v zadnjem četrtletju leta 2008 zaradi svetovne gospodarske krize razmere na trgu spremenile, vendar pa OZ in sodna praksa v zvezi s spremenjenimi okoliščinami, na katere se sklicuje tožeča stranka, zahteva, da morajo biti te nepredvidljive in nepričakovane, torej da z njimi ni mogoče računati. Spreminjanje cen na trgu morajo in morejo stranke upoštevati v primeru vestnega in skrbnega ravnanja. Ker je na spremembe cen torej treba računati, se v primeru normalnega poslovnega rizika na neke normalne oziroma predvidljive spremembe cen stranka v okviru spremenjenih okoliščin ne more uspešno sklicevati. Drugače pa je, če gre za takšno intenziteto sprememb, ki stranko prizadene v takšni meri, da ima naravo očitnega nesorazmerja, neekvivalentnosti vzajemnih pogodbenih dejatev«. Predmetna sodba se sklicuje tudi na sodbo II Ips 633/95, v kateri je med drugim zapisano: "Revizijsko sodišče ne sprejema stališča, da je bilo ob sklepanju najemne pogodbe v marcu 1987 mogoče pričakovati tako inflacijo, do kakršne je dejansko prišlo v naslednjih letih." Vse navedeno nakazuje na to, da je od okoliščin posameznega primera

odvisna presoja, ali je zahteva za razvezo pogodbe po 112. členu OZ upravičena ali ne. Okoliščine, ki morajo biti izpolnjene za razvezo pogodbe so enake okoliščinam, ki so predpostavka za spremembo pogodbe, zato lahko pod posebnimi pogoji pride tudi do spremembe pogodbe in s tem prilagoditve razmerja spremenjenim okoliščinam.

OZ torej daje podlago za razvezo pogodbe, daje pa tudi podlago za spremembo, pri čemer pa je v obeh primerih vprašanje ali je na tej podlagi to tudi dovoljeno z vidika pravil javnega naročanja, kar je pojasnjeno v nadaljevanju.

I. sprememba pogodbe

Dovoljene spremembe pogodb o izvedbi javnega naročila ureja ZJN-3 v 95. členu. Ta člen določa, kdaj se lahko pogodba o izvedbi javnega naročila spremeni brez novega postopka javnega naročanja, med drugim je to dopustno tudi v naslednjih treh primerih:

1. **če je sprememba, ne glede na njeno denarno vrednost, predvidena v prvotni dokumentaciji** v zvezi z oddajo javnega naročila v jasnih, natančnih in nedvoumnih določbah o reviziji, ki lahko vključujejo določbe o reviziji cen, ali opcijah. V takih določbah morajo biti navedeni obseg in vrsta možnih sprememb ali opcij ter pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo, ne smejo pa biti predvidene spremembe ali opcije, ki bi spremenile splošno naravo pogodbe o izvedbi javnega naročila (1. točka prvega odstavka 95. člena ZJN-3).

Ta možnost je uporabljiva le v primeru, ko bi naročnik v razpisni dokumentaciji in vzorcu pogodbe v naprej jasno in nedvoumno predvidel (in to možnost ima naročnik vedno, neodvisno od prej omenjenega Pravilnika), da se v primeru spremembe zakona, ki ureja minimalno plačo, spremeni pogodbeni cena, hkrati pa bi predvidel tudi možen način in obseg sprememb, višino slednjih pa bi upošteval tudi že pri izračunu ocenjene vrednosti. Takšno ravnanje, v izogib podobnim težavam, kot je sprememba minimalne plače, sprememba davčne stopnje ipd., svetujemo naročnikom pri pripravi vseh prihodnjih javnih naročil, še zlasti pri delovno intenzivnih storitvah.

2. **če je sprememba potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben naročnik ni mogel predvideti**, in sprememba ne spreminja splošne narave javnega naročila (3. točka prvega odstavka 95. člena ZJN-3).

V tem primeru je pri vprašanju ali je dopustno, da se cene po sklenjenih pogodbah (oziroma okvirnih sporazumih) spremenijo na način, da se cene storitev usklajujejo z odstotkom dviga zakonsko določene minimalne plače v RS na podlagi te točke, potrebno odgovoriti, da 3. točka prvega odstavka 95. člena ZJN-3 dovoljuje spremembo, ki je nastala zaradi okoliščin, ki jih skrben naročnik ni mogel predvideti, pri čemer sprememba zakona, ki ureja minimalno plačo, po naši oceni (tudi upoštevajoč sodbo VSRS Sodba III Ips 154/2015) ne predstavlja takšne okoliščine. Tudi če bi naročnik ocenil, da to predstavlja nepredvideno okoliščino, ki je ni mogel predvideti, kar mora naročnik utemeljiti in dokumentirati v skladu s 95. členom ZJN-3, bi lahko prilagoditev s spremembo pogodbe realizirali zgolj na podlagi transparentne in jasne kalkulacije in le v višini dejanske razlike med predhodno in novo določeno višino minimalne plače in le za tisti del pogodbenega zneska, ki odraža plačilo storitev delavcev, ki dejansko izvajajo storitev in zgolj v obsegu izvedenih ur teh storitev. Slednje je torej mogoče, vendar pa je v praksi običajno izjemno težko ali tudi nemogoče ugotoviti, še zlasti v primerih, kadar delavci izvajalca ne izvajajo 8 urne delovne obveznosti (npr. čiščenja) pri istem naročniku, kadar pri izvajanju nastopajo tudi podizvajalci, kjer bi moralo enako veljati tudi zanje (pri čemer pa bi v primeru nastopanja s.p.-ja verjetno prihajalo do neutemeljenih razlikovanj) ipd.

3. če sprememba ne glede na njeno vrednost ni bistvena (5. točka prvega odstavka 95. člena ZJN-3).

V četrtem odstavku 95. člena pa ZJN-3 natančneje opredeljuje tudi pogoje, kdaj sprememba pogodbe o izvedbi javnega naročila šteje za bistveno. Ta je bistvena, če se zaradi nje pogodba znatno razlikuje od prvotno oddanega javnega naročila. V vsakem primeru pa sprememba šteje za bistveno, če je izpolnjen vsaj eden od naslednjih pogojev:

- a) sprememba uvaja pogoje, ki bi, če bi bili del prvotnega postopka javnega naročanja, omogočili udeležbo drugih kandidatov kot tistih, ki so bili prvotno izbrani, ali sprejem druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno izbrana, ali pa bi k sodelovanju v postopku javnega naročanja pritegnili še druge udeležence;
- b) sprememba spreminja ekonomsko ravnotežje pogodbe o izvedbi javnega naročila v korist izvajalca na način, ki ni bil predviden v prvotni pogodbi;
- c) zaradi spremembe je znatno razširjen obseg pogodbe o izvedbi javnega naročila ali
- d) drug gospodarski subjekt zamenja prvotnega izvajalca v primeru, ki ni naveden v 4. točki prvega odstavka 95. člena ZJN-3.

V tem segmentu je treba pojasniti, da če je ponudnik vnaprej seznanjen z določbami glede oblikovanja cene, morebitno fiksnostjo le-te ipd., in ni predvidena nobena opcija v skladu s 1. točko prvega odstavka 95. člena ZJN-3, potem bi dopustitev spremembe pogodbe v delu, ki opredeljuje dogovorjeno ceno storitev, glede na določila ZJN-3, lahko štela za neutemeljeno, in sicer iz razloga morebitne spremembe ekonomskega ravnotežja pogodbe v korist izvajalca. Pri tem ne gre prezreti niti dejstva, da obveznosti, ki izvirajo iz redefiniranja minimalne plače, primarno predstavljajo obveznost delodajalcev in ne naročnikov, še posebej obremenjujoče pa bodo te obveznosti za tiste delodajalce, ki so na račun izplačevanja minimalnih plač, da bi bili čim bolj konkurenčni, ponujali nižje vrednosti ponudb v okviru postopkov oddaje javnih naročil. Prevalitev te obveznosti na naročnika (v okviru zvišanja cen storitev) pa bi v odvisnosti od okoliščin konkretnega primera lahko pomenilo tudi diskriminatorno obravnavo ponudnikov, ki svoje ponudbe niso pripravili na osnovi minimalnih stroškov dela.

II. razveza pogodbe

Če pogodba (oziroma okvirni sporazum) povišanja cen iz naslova dviga minimalne plače ne ureja in sprememba pogodbe tudi glede na 95. člen ZJN-3 ne bi bila mogoča, povišanje pa predstavlja tako visoko vrednost, da bi bilo pogodbo nepravilno ohraniti v veljavi (112. člen OZ), lahko izvajalec predlaga razvezo pogodbe, naročnik pa jo lahko sprejme. Ker pa bi takšna razveza lahko pomenila bistveno spremembo pogodbe, pa dodajamo, da ima naročnik v tem primeru možnost na takšno razvezo pristati, namreč 96. člen ZJN-3 določa, da lahko naročnik med veljavnostjo pogodbe o izvedbi javnega naročila ne glede na določbe zakona, ki ureja obligacijska razmerja, odstopi od pogodbe med drugim tudi v primeru, ko je bilo javno naročilo bistveno spremenjeno, kar terja nov postopek javnega naročanja.

Tako svetujemo, da naročnik v takšnih primerih, torej, ko bi povišanje predstavljalo tako visoko vrednost, da bi bilo pogodbo nepravilno ohraniti v veljavi (112. člen OZ), in nobene od zgoraj navedenih možnih sprememb pogodbe niso izvedljive, tudi v luči družbeno odgovornega javnega naročanja, sprejme predlog za razvezo pogodbe in izvede nov postopek.

Sašo Matas
Generalni direktor