DJNovice - oktober 2020

OPOZORILO NAROČNIKOM GLEDE PONUDB, V KATERIH SE PONUDNIKI SKLICUJEJO NA ZMOGLJIVOSTI DRUGIH SUBJEKTOV – PROBLEMATIKA »OBVODNIH DRUŽB«

Naročnike opozarjamo, da je pri pregledu ponudb skladno z drugim odstavkom 89. člena ZJN-3 v primeru nastopanja ponudnika s podizvajalci (94. člen ZJN-3) oz. sklicevanja ponudnika na zmogljivosti drugih subjektov (81. člen ZJN-3) nujno potrebno preveriti tudi njih.

ZJN-3 v 75. in 76. členu ureja pogoje za usposobljenost ponudnika, pri čemer loči razloge za izključitev (75. člen) in pogoje za sodelovanje, ki se lahko nanašajo na ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti, ekonomski in finančni položaj ter tehnično in strokovno sposobnost (76. člen). Le v delu, ki se nanaša na ekonomski in finančni položaj ter tehnično in strokovno sposobnost, ZJN-3 določa, da se gospodarski subjekt lahko, kadar je to primerno, za posamezno naročilo sklicuje na kapacitete drugih gospodarskih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njimi in temi subjekti. Če pa se gospodarski subjekt na drug subjekt sklicuje v zvezi s pogoji, med drugim v zvezi z ustreznimi poklicnimi izkušnjami, pa lahko uporabi zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo slednji izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. V delu, ki se nanaša na ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti pa tako sklicevanje sploh ni dovoljeno (npr. zahteve 14. člena Gradbenega zakona sodijo v ta segment).

Glede na določilo 81. člena ZJN-3 mora naročnik v primeru sodelovanja ponudnikov s subjekti, na katere se sklicuje, preveriti, da slednji niso v enem izmed položajev, ki bi zahtevala njihovo zavrnitev (npr. nekaznovanost, neporavnane obvezne dajatve in druge nedavčne obveznosti, uvrstitev v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami, izrek denarne globe za prekršek s področja delovne zakonodaje). Enako velja v primeru sodelovanja podizvajalcev. **Obveznost naročnika je torej v tem, da v primeru nastopanja ponudnika s podizvajalci oz. sklicevanja ponudnika na zmogljivosti drugih subjektov, tudi zanje preveri izpolnjevanje pogojev oziroma ne-obstoj razlogov za izključitev.** Temu je namenjena tudi določba, da je potrebno za podizvajalce in za sodelovanje tretjih oziroma sklicevanja na zmogljivosti drugih subjektov priložiti ESPD obrazce. **Naročnik mora tako tudi temeljito pregledati ponudbo in pravilno ugotoviti vlogo vsakega od sodelujočih.**

Opozoriti želimo, da se v zadnjem času še posebej na področju javnih naročil gradenj pojavlja praksa v zvezi s statusno-pravnim preoblikovanjem družb oz. ustanavljanjem novih gospodarskih družb, zaradi interesa po nadaljnjem sodelovanju pri javnih naročilih, tistih gospodarskih subjektov in zakonitih zastopnikov, ki so bili izključeni iz postopkov javnih naročil zaradi uvrstitve na Seznam gospodarskih subjektov z negativnimi referencami, ki ga vodi Ministrstvo za javno upravo (v nadaljevanju: MJU) v skladu z določili prvega odstavka 110. člena ZJN-3, ki je dostopen na spletni povezavi: <https://ejn.gov.si/sistem/negativna-lista.html>.

V zvezi s statusno-pravnim preoblikovanjem gospodarskih družb izpostavljamo dva sklepa DKOM. V primeru statusno-pravnega preoblikovanja družbe, ki je uvrščena na seznam ponudnikov z negativnimi referencami in oddelitvijo na drugo (prevzemno) družbo, bi bilo potrebno v skladu z ZGD-1 ugotoviti, da prevzemna družba kot univerzalni pravni naslednik vstopa v vsa pravna razmerja prenosne družbe in bi, kot navaja DKOM v sklepu št. 018-084/2019 »*ustanovitev nove družbe z oddelitvijo prenosne družbe, ki je uvrščena na seznam subjektov z negativnimi referencami, z namenom nadaljnje uporabe referenc prenosnega podjetja, ki zaradi obstoja razloga za izključitev ne more pridobiti javnih naročil, dejansko omogočila ponovno sodelovanje izključenih ponudnikov. V tem (sicer hipotetičnem) primeru bi namreč prevzemna družba (v zvezi z odstopljenim substratom) kot univerzalni pravni naslednik vstopila v vsa pravna razmerja prenosne družbe oziroma bi celostno vstopila v pravni položaj prenosnega pravnega subjekta in bi bila njegov pravni naslednik glede celote pravic, obveznosti in pravnih razmerij (prim. S. Prelič, Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 3. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 634, 637). Navedeno pa pomeni, da bi bilo pri tem potrebno upoštevati, da je bila prenosna družba uvrščena na seznam ponudnikov z negativnimi referencami*.«.

Sklep DKOM št. 018-073/2020-9 sicer ne opredeljuje konkretno glede prenosa pravic, obveznosti in pravnih razmerij v primeru univerzalnega pravnega nasledstva, kot je to navedeno v sklepu DKOM št. 018-084/2019, vendar pa v predmetnem sklepu DKOM navaja, da *»[č]eprav je bil referenčni posel izveden z enakim materialnim in personalnim substratom, s katerim po izvedeni oddelitvi zdaj razpolaga izbrani ponudnik, gre z vidika prava javnih naročil za zmogljivost drugega pravnega subjekta, na katero se izbrani ponudnik lahko sklicuje zaradi prevzema dela premoženja prenosne družbe in učinka univerzalnega pravnega nasledstva.«,* ki »*ga je treba podrediti določbi 81. člena ZJN-3*«. V nadaljevanju DKOM pojasnjuje tudi, da *»[n]amen drugega odstavka 81. člena ZJN-3 je, da ponudnik ne uporablja zmogljivosti gospodarskih subjektov, ki bi sicer morali biti izključeni iz postopkov javnega naročanja. ZJN-3 skuša s tem preprečiti položaje, ko določen gospodarski subjekt sodeluje kot ponudnik v postopku javnega naročanja le navidezno, v resnici pa uporablja zmogljivosti subjektov, ki ne smejo sodelovati v postopkih javnega naročanja. To vključuje tudi položaje, v katerih ponudnik prevzame materialni in personalni substrat od gospodarskega subjekta, ki je izločen iz postopkov javnega naročanja, da bi se s prenosom in inkorporacijo substrata izločenega gospodarskega subjekta v lastno subjektiviteto izognil izrečeni sankciji ter nadaljeval s sodelovanjem v postopkih javnega naročanja.«.*

V skladu z navedenim torej DKOM v predmetnem sklepu ugotavlja, da *»naročnik referenc, ki jih je izbrani ponudnik navedel v obrazcu OBR 7, ne bi smel obravnavati kot referenc izbranega ponudnika, temveč bi moral šteti, da gre za reference družbe X, na katere se lahko izbrani ponudnik zaradi univerzalnega pravnega nasledstva zgolj sklicuje«* ter da bi *»moral naročnik v skladu z drugim odstavkom 81. člena ZJN-3 preveriti, ali družba X, izpolnjuje obvezne pogoje za sodelovanje oz. ali v zvezi z njo obstajajo obvezni razlogi za izključitev«*.

Ob koncu pa DKOM pojasnjuje še, da je *»treba ob tem upoštevati tudi osmi odstavek 75. člena ZJN-3, ki določa, da naročnik iz postopka javnega naročanja kadar koli v postopku izključi gospodarski subjekt, če se izkaže, da je pred ali med postopkom javnega naročanja ta subjekt glede na storjena ali neizvedena dejanja v enem od položajev iz prvega, drugega ali četrtega odstavka 75. člena ZJN-3.«*.

V skladu z navedenim se torej po našem mnenju v predmetnem sklepu DKOM res ni opredelila glede prenosa pravic, obveznosti in pravnih razmerij v primeru univerzalnega pravnega nasledstva, konkretno prenosa vpisa v evidenci gospodarskih subjektov z negativnimi referencami, s strani prenosnega na prevzemno podjetje, **je pa jasno zapisala, da se lahko (tudi) v primeru univerzalnega pravnega nasledstva prenesene reference oziroma referenčni posli štejejo le kot pravice sklicevanja izbranega ponudnika kot univerzalnega pravnega naslednika na ta posel**. DKOM je pojasnila tudi, da je potrebno prenosno podjetje, ki je (dejansko) izvedlo referenčni posel, šteti kot kapaciteto, na katero se (izbrani) ponudnik sklicuje pri izpolnjevanju naročnikovih pogojev za sodelovanje in torej ta subjekt šteti kot uporabo zmogljivosti drugih subjektov, ki bi jo moral (izbrani) izvajalec ustrezno priglasiti v ponudbi in za katerega, v skladu z ZJN-3, ne smejo obstajati (vsaj) obvezni razlogi za izključitev iz 75. člena ZJN-3, med njimi tudi tisti iz a) točke četrtega odstavka 75. člena ZJN-3 (uvrstitev na seznam ponudnikov z negativnimi referencami).

**POZIV NAROČNIKOM K UPOŠTEVANJU SMERNIC ZA JAVNO NAROČANJE GRADENJ**

Glede na zgornja opozorila naročnikom glede ponudb, v katerih se ponudniki sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov, napotujemo tudi na spletno stran Direktorata za javno naročanje <https://ejn.gov.si/sistem/smernice-in-priporocila.html#c2>, kjer so objavljene smernice za javno naročanje, med drugim tudi **Smernice za javno naročanje gradenj**, ki temeljijo na izhodiščih, ki jih določa ZJN-3. Ker javno naročanje v segmentu gradbeništva predstavlja pomemben delež, te smernice za naročnike predstavljajo nepogrešljivo orodje, saj z namenom zagotavljanja konkurence in enakopravne obravnave ponudnikov ter učinkovitega izvajanje javnih naročil gradenj, podajajo predloge za pravilno uporabo posameznih institutov javnega naročanja, s priporočili in opozorili. Dajejo primerna in z ZJN-3 usklajena napotila, usmeritve in predloge, kako naj postopek javnega naročila za gradnjo praviloma poteka.

**NE SPREGLEJTE:**

Državni zbor Republike Slovenije je na 46. izredni seji dne 15. 10. 2020 sprejel Zakon o začasnih ukrepih za omilitev in odpravo posledic COVID-19 (ZZUOOP), ki bo v kratkem objavljen in s katerim **se na področju javnega naročanja dva že sprejeta ukrepa podaljšujeta do 31. decembra 2021**, in sicer:

* dvig mejnih vrednosti za uporabo zakona na splošnem področju,
* obveznost javnih zavodov pri nakupu 50% slovenskih kmetijskih pridelkov in živil.

Več informacij spremljajte na <https://ejn.gov.si/>, pri čemer glede začasnih ukrepov še posebej izpostavljamo povezavo do posebne rubrike, vezane na naročila v povezavi s COVID-19 in do pogosto zastavljenih vprašanj in odgovorov: <https://ejn.gov.si/obvestilo.html> oz. <https://ejn.gov.si/faq.html>.

**STIK Z NAMI**

**Ministrstvo za javno upravo, Direktorat za javno naročanje, Tržaška cesta 21, 1000 Ljubljana**

Telefonsko svetovanje (sistem javnega naročanja): 01 478 1688, vsak torek in četrtek med 9.00 in 12.00 uro: <https://ejn.gov.si/direktorat/pomoc-uporabnikom.html>

Telefonsko svetovanje (tehnična pomoč, e-JN): 01 478 7876, vsak dan od ponedeljka do petka med 8.00 in 22.00 uro: <https://ejn.gov.si/tehnicna-pomoc> (Enotni kontaktni center državne uprave)

Enota za pomoč uporabnikom, ki izvajajo oziroma sodelujejo pri javnih naročilih, sofinanciranih s sredstvi EU (help- desk): <https://ejn.gov.si/direktorat/pomoc-uporabnikom.html>