

Univerza
v Ljubljani Fakulteta
za družbene vede



JANA HABJAN PILETIČ
univ. dipl. prav.

Temeljna načela v postopkih javnega naročanja v Republiki
Sloveniji

MAGISTRSKO DELO

Mentor: izr. prof. dr. Gorazd Trpin, univ. dipl. prav.

Ljubljana, 2008

Zahvala:

V življenju se očitno vse stvari zgodijo z namenom. Poleg cilja je mnogokrat pomembnejša pot in izkušnja sama, ki daje zadoščenje in polnost življenja. Ob dosegu cilja je čas za obračun, ki terja določena dejanja. Eno od njih je zahvala vsem, ki so obogatili mojo pot in morda povsem nevede nudili ogromno podporo, dajali energijo za vztrajanje in oblikovanje zavesti, da so meje le v naših glavah.

Pravijo, da se pojavlja problem priznanja avtoritet. Avtoritete so pomembne. Ključno pa je, da najdeš pravo. Mojo avtoriteto na področju prava vsekakor predstavlja mentor prof. dr. Gorazd Trpin, ki premore izredno strokovno podkovanost in pripravljenost posredovanja neprecenljivih izkušenj. Najlepša hvala za priložnost učiti se od vas.

Zahvala staršem ni nikoli dovolj velika, da bi zadostovala za ves trud, podporo in ljubezen, pa vseeno, velika hvala obema. Zaradi vaju sem.

Luka, življenje ni igra, a s tabo in ob tebi je občutiti vso lahkost bivanja in ni ne časa ne prostora za kaj drugega kot ljubezen. Hvala za to da si, da sva.

Marjan in Marinka, krasna sta, hvala.

Meta, Maja, Manca, Nadja, Ajda in ostale dokazujete, da smo punce super in da tudi »babje« zadeve bogatijo življenje.

Hvala tudi vsem službenim kolegom in znancem zaradi katerih je korak lažji.

1. UVOD	5
1.1. Predstavitev problematike in namen proučevanja.....	6
1.2. Cilj magistrskega dela	7
1.3. Metodologija raziskovanja	7
1.4. Struktura dela	8
2. PRAVNI OKVIR SISTEMA JAVNEGA NAROČANJA IN JAVNO-ZASEBNEGA PARTNERSTVA.....	10
2.1. Opredelitev pojma javnega naročanja	10
2.2. Pregled kodifikacij s področja javnih naročil od prve kodifikacije do danes.....	11
2.2.1. Evropski pravni red na področju javnih naročil	11
2.2.2. Slovenska zakonodaja javnega naročanja	17
2.3. Opredelitev pojma javno-zasebnega partnerstva.....	20
2.3.1. Evropski pravni red na področju javno-zasebnega partnerstva.....	21
2.3.2. Regulacija javno-zasebnih partnerstev lokalnega značaja.....	25
2.3.3. Slovenska zakonodaja javno-zasebnega partnerstva	28
3. TEMELJNA NAČELA	31
3.1. Načela obligacijskega prava.....	31
3.1.1. Pravna načela v ožjem pomenu	31
3.1.2. Pravna načela v širšem pomenu	33
3.2. Temeljna načela po ZJN-2A in ZJNVETPS-A	33
3.2.1. Načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti	36
3.2.1.1. Skupno javno naročaje	40
3.2.1.2. Oddaja javnih naročil po sklopih.....	42
3.2.2. Načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki	43
3.2.2.1. Strokovni dialog med naročnikom in ponudniki	46
3.2.3. Načelo transparentnosti javnega naročanja	47
3.2.3.1. Obveščanje.....	49
3.2.3.2. Portal javnih naročil Uradnega lista RS	53
3.2.3.3. Javno odpiranje ponudb	54
3.2.3.4. Pravica do dostopa do informacij javnega značaja	55
3.2.3.5. Zahteva za dodatno obrazložitev.....	57
3.2.3.6. Možnost spreminjanja razpisne dokumentacije.....	58
3.2.4. Načelo enakopravne obravnave ponudnikov	59
3.2.4.1. Obravnavanje gospodarskih subjektov.....	69
3.2.5. Načelo sorazmernosti.....	70

3.3. Načela po ZJZP.....	74
3.3.1. Načelo enakosti.....	74
3.3.1.1. Konkurenčni dialog.....	76
3.3.2. Načelo transparentnosti.....	79
3.3.3. Načelo sorazmernosti.....	81
3.3.4. Načelo uravnoveženosti.....	82
3.3.5. Načelo konkurence.....	85
3.3.6. Načelo procesne avtonomije.....	87
3.3.7. Načelo subsidiarne odgovornosti.....	89
3.3.8. Načelo sodelovanja.....	91
4. TEHTANJE V PRIMERU KOLIZIJE MED NAČELI.....	92
4.1. Cilji zakonodajalca.....	92
4.2. Institut formalno nepopolne ponudbe.....	93
4.3. Institut zahteve za spremembo odločitve o oddaji naročila.....	97
4.4. Trk načel.....	98
4.5. Uporaba testa sorazmernosti.....	101
5. PRAKSA PRI UPOŠTEVANJU TEMELJNIH NAČEL.....	103
5.1. Problematika neupoštevanja temeljnih načel v primeru storitev B.....	103
5.2. »In house« naročila.....	104
5.3. Pravno varstvo in odločanje o kršitvah temeljnih načel.....	105
5.4. Praksa Računskega sodišča RS.....	108
6. ZAKLJUČEK.....	111
6.1. Preverjanje hipoteze.....	111
6.2. Sklep.....	112
7. LITERATURA.....	114
7.1. Zakonodaja.....	114
7.2. Seznam literature.....	117
7.3. Dokumentacija.....	120

1. UVOD

Oblikovanje postopkovnih pravil javnega naročanja je pogojevala želja in potreba po vzpostavitvi enotnega evropskega trga in hkratna ureditev razmerja med javnim in zasebnim sektorjem v okviru transparentne in gospodarne porabe javnih financ.

Zametki, ki so dali okvir in nakazali smer ureditvi javnih naročil, izvirajo iz Pariške in Rimske pogodbe, kjer so postavljeni temelji načelom javnega naročanja. Temeljna načela so osnovana na prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, prostem pretoku blaga in storitev, pravici do ustanavljanja in enakopravnem obravnavanju družb iz drugih držav članic. Proces javnega naročanja se je z oblikovanjem javno-naročniških Direktiv vse bolj izpopolnjeval in prilagajal dejanskim potrebam po učinkovitemu urejanju zahtevnega in obsežnega področja državnih nabav. Če parafraziramo Joshua I. Schwartza, lahko iz evolucije javno-naročniškega sistema EU izluščimo pomembna spoznanja, a nekaj najuporabnejših in neposredno uporabljivih spoznanj izhaja prav iz njegovih napak in ne dosežkov.

Slovenija je področje javnega naročanja pričela urejati leta 1997, ko je bil sprejet prvi Zakon o javnih naročilih. S tem so bili tako naročniki kot ponudniki postavljeni v postopkovni okvir, ki je terjal upoštevanje konkurenčnosti, transparentnosti, nediskriminatornosti in racionalne porabe javnih financ, kar je pomenilo bistven odmik od poprej uveljavljene prakse. Nadaljnji razvoj Slovenske javno-naročniške zakonodaje je terjal vse večje prilagajanje Direktivam, ki predstavljajo podlago tudi zadnjim zakonodajnim spremembam na nacionalni ravni.

Ključnega pomena v zakonodajnem okviru javnega naročanja predstavljajo temeljna načela, na podlagi katerih je mogoča podaja vrednostnih usmeritev tako naročnikom pri sprejemanju odločitev, kot ponudnikom pri presoji svojih pravic, v primeru posameznih dejanskih stanj.

Poraba javnofinančnih sredstev za zadovoljevanje potreb javnega sektorja je postavljena pod vrednostne omejitve, zato so se oblikovale nove oblike sodelovanja med javnim in zasebnim sektorjem. Med te oblike štejemo oblikovanje javno-zasebnega partnerstva, ki v posameznem delu temelji na upoštevanju javno-naročniške zakonodaje, pri čemer tudi bistvena načela izrazito ne odstopajo od načel, opredeljenih v zakonodaji javnih naročil. Z uveljavitvijo koncepta javno-zasebnega partnerstva v kodifikacijski obliki se tudi v Sloveniji pričinja širša uporaba podjetniških konceptov in mehanizmov upravljanja javnega sektorja.

1.1. Predstavitev problematike in namen proučevanja

Sistem javnega naročanja temelji na zakonodajnem okviru, ki ga v delih, kjer življenjske situacije presegajo normativno urejenost, dopolnjujejo temeljna načela. Za celovito poznavanje temeljnih načel javnega naročanja je potreben vpogled v zgodovinski vidik nastanka javno naročniških pravnih aktov na ravni EU in Slovenije ter poznavanje sodne prakse Sodišča ES, ki je s svojo interpretativno vlogo zapolnilo številne pravne praznine in nakazalo smer razumevanja tako temeljnih načel in njihovo uporabo, kot tudi ostalih institutov javnega naročanja.¹

Pomembnost upoštevanja temeljnih načel in njihovo pravilno razumevanje je ključnega pomena pri interpretaciji posameznih zakonskih določb, kar skuša izpostaviti magistrsko delo z obravnavo posameznih institutov, kjer uporaba načel dobi še izrazitejšo vlogo.

Ob proučevanju posameznih načel javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva naletimo na različnost ciljev, ki jih posamezna načela zasledujejo. Ravno ta različnost v posameznih situacijah povzroča trk načel, kjer je potrebna presoja, katero načelo bo prevladalo nad drugim/drugimi. Z navedbo konkretnih primerov trka načel so v magistrskem delu nakazane smernice testa sorazmernosti, ki sega izven okvira načela sorazmernosti, ki ga opredeljuje javno-naročniška zakonodaja, kar magistrskemu delu daje dobršno mero aktualnosti, saj tovrstni test v okviru javnih naročil še ni bil izoblikovan.

Nespoštovanje temeljnih načel javnega naročanja se v praksi najpogosteje kaže ob izvedbi postopkov, ki so le deloma vključeni v sistem javnega naročanja, kar nakazuje nepravilno razumevanje ali nepoznavanje koncepta Direktiv, PES in prakse Sodišča ES, ki sicer jasno nakazujejo upoštevanje temeljnih načel, kljub zgolj delni veljavnosti določil javno-naročniške zakonodaje. Magistrsko delo opredeljuje bistvene kršitve načel in jasno nakaže nujnost spoštovanja le-teh. Z razčlenitvijo posameznih načel in nanje vezanih pogostih kršitev delo pridobiva svojstveno širino in poglobljenost v tematiko.

Brez ustreznega nadzora nad upoštevanjem tako temeljnih načel kot ostalih določb javnega naročanja, bi bil bila še tako popolna zakonodaja podvržena nesankcionirani možnosti prostih kršitev, zaradi česar so za sistem javnega naročanja nepogrešljivi organi nadzora, ki tudi s svojim delovanjem sooblikujejo normativni okvir. Kar je razlog, da so v magistrskem delu opredeljeni organi nadzora in njihove funkcije v sistemu javnega naročanja.

¹ Avtorica se zaveda problematike apliciranja sodb Sodišča ES v namene argumentacije določb nacionalnega ranga, v smislu neskladnosti s kontinentalnim pravnim redom in celo morebitni kršitvi ustavnosti in zakonitosti, a obširnejša obravnavo navedene teme presega obseg tega dela.

1.2. Cilj magistrskega dela

Osnovni cilj magistrskega dela je torej poglobljena analiza veljavne javno-naročniške zakonodaje na ravni EU in v Sloveniji, vključno s sodno prakso Sodišča ES, na podlagi katere je mogoča pravilna in celovita interpretacija načel javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva. Izrazna moč posameznih načel se udejani v posameznih institutih javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva, zato so za tehtnejše argumentiranje vsebine načel prikazani tudi primeri uveljavitve načel na konkretnih pravnih normah in situacijah.

Na podlagi opredelitve predmeta raziskovanja in ciljev magistrskega dela bo predmet preizkušanja naslednja temeljna hipoteza:

1. Spoštovanje temeljnih načel javnega naročanja pomembno vpliva na delovanje celotnega sistema javnega naročanja in na efektivno delovanje skupnega evropskega trga.

Namen magistrskega dela je torej ugotoviti, ali praksa na ravni Slovenije nakazuje spoštovanje temeljnih načel javnega naročanja v okviru, kot ga nakazuje zakonodaja, in kje so opazna največja odstopanja v smeri kršitev. Za podajo tovrstnih ugotovitev je primarno potrebna poglobljena analiza same zakonodaje javnih naročil EU in v Sloveniji in opredelitev pojmov, kar je podlaga za vse nadaljnje ugotovitve. Zaradi velike povezanosti javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva bodo v obliki paralelnega obravnavanja temeljnih načel nakazane povezave in razlike med obema zakonodajama, s tem pa bo magistrsko delo pridobilo na strokovni širini.

1.3. Metodologija raziskovanja

Magistrsko delo se opira na dostopno tujo in domačo literaturo, ki vključuje tudi internetne vire. Proučevanje dostopnih virov in izdelava magistrskega dela vključuje uporabo različnih raziskovalnih metod:

- študij strokovne literature s področja javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva;
- metodo klasifikacije, na podlagi katere sem določila položaje posameznih pojmov glede na splošen sistem pojmov; predvsem sem to metodo uporabila pri definiranju pojmov javnega naročila, javno-zasebnega partnerstva, posameznih načel in ostalih ključnih pojmov, ki so v magistrskem delu uporabljeni;

- deskriptivno metodo, s katero sem proučevala dano problematiko na nivoju opisovanja dejstev, odnosov in procesov, vezanih na vsebino magistrskega dela, s čimer je dosežen celovit prikaz obravnavane tematike;
- metodo abstrakcije in konkretizacije, s pomočjo katere je omogočeno proučevanje z odmišljanjem nebistvenih sestavin problema, s čimer se doseže osredotočanje na bistvene lastnosti, s konkretizacijo pa je mogoče približevanje h konkretnemu in realnemu, z izoblikovanimi jasnejšimi stališči;
- induktivna in deduktivna metoda sta bili uporabljeni ob obravnavi obstoječih pojavov, pri čemer sta bili metodi dopolnjeni z uporabo primerjanja in sklepanja;
- opis raziskovalne tematike in potrjevanje trditev temelji na uporabi teoretičnega in empiričnega pristopa.

Navedena metodologija je ključna pri potrjevanju oziroma zavrnitvi postavljene hipoteze.

1.4. Struktura dela

Magistrsko delo sestavlja sedem poglavij. Primarno se začetno poglavje osredotoči na opredelitev in predstavitev tematike magistrskega dela, z navedbo namena, izhodišč in ciljev, uporabljenih raziskovalnih metod in se zaključuje z opisom strukture dela, kjer je postavljen metodološki – hipotetični okvir dela.

V nadaljevanju drugo poglavje klasificira pojma javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva in jima postavlja vsebinski okvir. Poglavje podaja pregled kodifikacij s področja javnih naročil od prve kodifikacije do danes, v okviru EU in na nacionalni ravni. Nakazana je zahtevana povezanost in nujnost upoštevanja primarne in sekundarne zakonodaje EU tudi na nacionalni ravni, kar je ključnega pomena za vzpostavitev in delovanje skupnega evropskega trga.

Sledi ključno tretje poglavje, kjer so obravnavana temeljna načela javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva. Za celovitejše razumevanje temeljnih načel z omenjenih področij je prvotno podan širši okvir razumevanja in pojmovanja temeljnih načel, na podlagi česar je mogoča poglobljena nadaljnja razprava tudi v okviru posameznih načel. Interpretativna in pomenska vloga načel dobi svojo izraznost ob aplikaciji na konkretno pravno normo, zato so v poglavju predstavljeni posamezni instituti javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva, s pomočjo katerih se pomen in vloga načel še dodatno osvetli. Podpora pri interpretaciji temeljnih načel v magistrskem delu izvira iz sodne praxe Sodišča

ES in posamičnih precedenčnih odločitvah Državne revizijske komisije. V poglavju pa se prepleta iskanje pojmovnih podobnosti med temeljnimi načeli javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva, ki vključuje tudi kritični pogled obeh področij.

Četrto poglavje izpostavlja vidik tehtanja med načeli v primeru kolizije. Tehtanje med načeli terja predhodno opredelitev ciljev zakonodajalca, ki so poleg načel tudi bistven element pri presoji v primeru trka načel. S predstavitvijo institutov javnega naročanja, kjer do trka načel najpogosteje prihaja, in nakazanimi možnostmi za uporabo testa sorazmernosti se tematika zaokroža.

Praksa upoštevanja načel javnega naročanja je opredeljena v petem poglavju. Tu so navedene pogostejše kršitve temeljnih načel in instituti, ki v praksi, glede spoštovanja temeljnih načel, veljajo za rizične. V poglavju so opredeljeni glavni organi nadzora nad zakonitim in smotrnim delovanjem naročnikov, ki s svojim delovanjem bistveno vplivajo in prispevajo k učinkovitejšemu sistemu javnega naročanja.

Šesto poglavje predstavlja sklepni del magistrskega dela, saj podaja končne ugotovitve in preverjanje postavljene hipoteze na podlagi postavljenih metodoloških in raziskovalnih okvirov. S tem delo dobi zaključno noto in zaokroža vsebinsko obravnavo temeljnih načel javnega naročanja v Republiki Sloveniji.

Magistrsko delo temelji na relevantni nacionalni in EU zakonodaji ter na domači in tuji strokovni literaturi z obravnavanega področja. Ves obseg ja naveden v sedmem poglavju, ki se deli na tri področja: zakonodajo, seznam literature in dokumentacijo.

2. PRAVNI OKVIR SISTEMA JAVNEGA NAROČANJA IN JAVNO-ZASEBNEGA PARTNERSTVA

2.1. Opredelitev pojma javnega naročanja

Javna naročila lahko obravnavamo z različnih vidikov, in sicer z gospodarskega, finančnega, socialnega, zgodovinskega, pravnega, političnega itd., kar je razvidno tudi iz tipsko različnih definicij, ki javna naročila opredeljujejo (Šoltes 2008:133):

- Javna naročila so proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali opravljanje storitev v skladu s pomenom iz Direktiva 2004/18/ES.
- Javna naročila so skupek pravnih postopkovnih dejanj, s katerimi država na podlagi premoženjsko pravnih razmerij pridobiva blago, storitve ali gradnje (Eržen, 2004:15).
- Javna naročila se opravljajo kot dejavnost države, s katero na trgu na podlagi premoženjsko pravnih razmerij dobavlja dobrine, ki jih potrebuje. Zaradi stalnosti in velikosti nabav države, le-ta prevzame vlogo vplivnejšega povpraševalca, ki ima možnost izrazitejšega vplivanja na trg. Torej javna naročila ne predstavljajo zgolj instrumenta za gospodarno, transparentno in nediskriminatorno ravnanje države pri nabavljanju, pač pa predstavljajo tudi njen regulator.
- Javna naročila so oskrba javnega sektorja z blagom, storitvami ali gradnjami, kjer gre za širši pojem od nakupa, saj naročanje obsega ugotavljanje potreb, zagotavljanje sredstev, dobave blaga, izvajanje storitev, uporabo in nadzor nad izvajanjem (Železnik, Javnornik v Šoltes 2008:133).
- Javna naročila naročniku omogočijo izbiro izvajalca na podlagi vnaprej določenih vrednostnih meril in ostalih zahtev razpisne dokumentacije, kar v sistem javnega naročanja vnaša transparentnost delovanja.
- Javna naročila z vzpostavitvijo konkurence zagotavljajo učinkovito alokacijo resursov ter uvajajo dinamiko konkurence v relativno zaprte sisteme (Plahutnik v Šoltes 2008:134). Posledica ustreznega izvajanja javnega naročanja so vidne v povečanju učinkovitosti in gospodarnosti porabe javnih financ, zanesljivosti in učinkovitosti delovanja javnega sektorja.

Postopek javnih naročil spada med neoblastne postopke, katerega cilj temelji na vzpostavitvi premoženjskega razmerja med naročnikom in ponudnikom. Vsekakor pa je

potrebno za celovito razumevanje pojma javnih naročil upoštevati širši vidik zadovoljevanja potreb države, ki ne temelji izključno na ekonomskih predpostavkah, kot izhaja iz nadaljevanja magistrskega dela.

2.2. Pregled kodifikacij s področja javnih naročil od prve kodifikacije do danes

V pregledu kodifikacij javnega naročanja bo predstavljen pravni okvir javnega naročanja v EU, ki temelji na relevantnih določbah Ustanovnih pogodb, predmetnih direktivah in sodni praksi Sodišča ES ter zakonodaji v Republiki Sloveniji od njenih začetkov do danes.

2.2.1. Evropski pravni red na področju javnih naročil

Bistven vpliv na razvoj javnih naročil je imela težnja po vzpostavitvi skupnega/enotnega trga, ki je bila izražena že leta 1950 s predstavitvijo predloga za uskladitev obnovitvenega procesa premogovne in jeklarske industrije Francije in Nemčije. Na tej podlagi je bila leta 1951 s strani Belgije, Nizozemske, Luksemburga, Francije, Nemčije in Italije podpisana Pariška pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti za premog in jeklo,² kar je bila podlaga za gospodarsko združevanje v obliki medsebojne trgovine in skupne carinske politike. S podpisom Rimske pogodbe leta 1957 in ustanovitvijo Evropske gospodarske skupnosti s podpisom Pogodbe o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti (odslej PES)³ se je evropsko gospodarsko sodelovanje še okrepilo, še posebej leta 1985 s projektom enotnega evropskega trga.⁴

PES sicer v svoji določbah eksplicitno ni vsebovala določb s področja javnega naročanja, kljub temu pa je namen vzpostavitve skupnega trga pogojeval veljavnost določb PES tudi na področje javnih naročil. Bistvenega pomena za vzpostavitev, delovanje in regulacijo skupnega trga so določbe 12. člena (prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva), 28. in 29. člena (prost pretok blaga), 48. člena (enako obravnavanje družb iz drugih držav), 49. in 50. člena (prost pretok storitev) in 43. in 44. člena (svobodnega ustanavljanja) PES. Ob uveljavitvi omenjenih določb, ki so narekovale vzpostavitev skupnega trga, so bile te sprva

² (PESPJ) - European Coal and Steel Community Treaty (ECSC Treaty) (1951/52)

³ PEGS) - European Economic Community Treaty (EEC Treaty) (1957/58). Z začetkom veljavnosti Pogodbe o ustanovitvi EU (1. januar 1993) se je PEGS preimenovala v Pogodbo o Evropski skupnosti (PES) (EC Treaty), ki jo odslej navajamo pod PES.

⁴ Za podrobnejši vpogled glej Kek, 2001, str. 7.

štete kot zahteve, ki za javno naročanje ne ustvarjajo posebnih obveznosti, kar pa je sodna praksa ovrgla.⁵

Začetki enotne ureditve področja javnih naročil segajo v obdobje Evropske gospodarske skupnosti (odslej EGS), ko je bila 26. julija 1971 sprejeta Direktiva 71/305/EGS⁶ o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil za gradnje in liberalistična direktiva 71/304/EGS,⁷ ki je prepovedala favoriziranje domačih ponudnikov na področju javnih naročil gradenj, ter Direktiva 77/62/EEC za nabavo blaga z dne 21. decembra 1976.⁸ Glavna pomanjkljivost prvotne ureditve je bil neobstoj pravnih sankcij za kršitve, kar je *de facto* pomenilo neurejenost pravnega varstva v postopkih oddaje javnega naročanja in posledično možnost za obid zakona brez pravnih posledic. Razloge za tovrstne nepopolnosti sistema gre iskati v pomanjkanju politične volje in neponotranjenju idej skupnega trga v celoti, saj so še vedno obstajale močne težnje po ohranitvi vzvodov za reševanje ekonomsko-socialnih težav nacionalnih gospodarstev z uporabo nacionalnega protekcionizma.⁹

Kljub začetni skromni urejenosti področja javnega naročanja so prve kodifikacije že vsebovale določbe, ki so prepovedovale diskriminacijo na ravni oblikovanja tehničnih specifikacij ali na ravni nacionalnosti ponudnikov.¹⁰ Poleg zahtev po prepovedi diskriminacije pa so se cilji direktiv usmerili tudi v ustvarjanje pogojev za zagotovitev oddaje javnih naročil najboljšim ponudnikom na trgu, torej poskus ustvarjanja prave oblike konkurence, kot je značilna za zasebni trg. Zasebni trg v kapitalističnih družbah namreč pogojuje uspeh zgolj podjetjem, ki ustvarjajo kvalitetne in konkurenčne produkte ali storitve. Ustvarjanje možnosti za učinkovito konkurenco s pomočjo odstranitve ovir za participacijo ponudnikov na trgu javnih naročil je eden ključnih ciljev ustvarjanja učinkovitega skupnega trga.¹¹

⁵ V primeru *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, case C-324/98, 2000, E.C.R. I-10745, ECJ; je Sodišče ES interpretiralo določbe PES glede vzpostavitve skupnega trga kot »pozitivne« obveznosti v smislu javnega naročanja, v smislu zahteve po spoštovanju transparentnosti postopkov. Povzeto po *Arrowsmith*, str. 126.

⁶ UL L 185, 16.8.1971, str. 5.

⁷ UL L 185, 16.8.1971.

⁸ UL L 13, 15.1.1977, str. 1.

⁹ Eržen, Tina, *Dolgoročne oblike sodelovanja med ponudniki in naročniki v postopkih oddaje javnih naročil v pravi ES*, str. 16.

¹⁰ Whereas, in the case of public works contracts , coordination was based on certain principles relating to the *prohibition of technical specifications having a discriminatory effect* , to the advertising of contracts throughout the community , to the fixing of objective criteria as to entitlement to compete for contracts and the introduction of a joint supervision procedure to ensure observance of these principles ; whereas this method and these principles should be applied likewise to public supply contracts with adjustments to take account of the individual character of the contracts in question.

When the state, a regional or local authority or one of the legal persons governed by public law or corresponding bodies specified in annex i grants to a body other than the contracting authority - regardless of its legal status - special or exclusive rights to engage in a public service activity, the instrument granting this right shall stipulate that the body in question must observe the principle of *non-discrimination by nationality* when awarding public supply contracts to third parties (Article 2) Direktiva 77/62/EEC.

¹¹ *Arrowsmith*, 2005, str. 129.

Leta 1988 in 1989 je sledil sprejem novih direktiv, in sicer Direktive 89/440/EEC¹² in Direktive 88/295/EEC.¹³ Direktivi sta postopkovno in vsebinsko okrepili urejanje javnega naročanja, predvsem na področju objavljanja javnih naročil, a večjo dodano vrednost je prinesel šele sprejem direktiv 92/50/EGS,¹⁴ 93/37/EGS,¹⁵ ki obravnavata področje gradenj in storitev, ter Direktivi 93/36/EGS¹⁶ in 93/38/EGS, ki že ločeno obravnavata klasične in infrastrukturne naročnike na vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju.¹⁷ S tem je bil v okvir javnega naročanja vpet tudi infrastrukturni sektor, ki je bil prej izključen iz zahteve po upoštevanju mednarodne konkurence in skupnega trga na področju javnega naročanja. Razlogi za prej neobstoječo regulativo na infrastrukturnem sektorju so bili v zaprtosti vodnega, energetskega, transportnega in telekomunikacijskega trga, različnih statusnih oblikah subjektov, ki te dejavnosti na nacionalnih trgih opravljajo, in različna vpetost države v kapitalske in upravljalvske deleže infrastrukturnih podjetij.¹⁸

Rezultat odzivov na Zeleno knjigo, sprejeto dne 27. novembra 1996, je bilo oblikovanje trenutno veljavnih Direktiv 2004/18/ES in 2004/17/ES ter 2005/51/ES. V navedenih direktivah se zrcali težnja po večji jasnosti in vključenosti »sodne prakse zlasti v zvezi z merili za izbiro, ki pojasnjujejo možnosti za izpolnjevanje potreb zadevne javnosti s strani naročnikov, vključujoč okoljsko in/ali socialno področje, če so ta merila povezana s predmetom naročila, ne dajejo naročniku neomejene svobode izbire, so izrecno navedena ter so v skladu s temeljnimi načeli«. Hkrati pa se z Direktivo 2004/17/ES dodatno regulira infrastrukturni sektor s poudarkom na odprtosti trga in spoštovanju temeljnih načel enakopravnosti, nediskriminacije ter transparentnosti. Velja opozoriti na dejstvo, da je področje telekomunikacij v nasprotju s poprejšnjo ureditvijo, iz Direktive 2004/17/ES izključeno zaradi

¹² Council Directive 89/440/EEC of 18 July 1989 amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts (OJ: UL L 210, 21.7.1989, str. 1-21 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT))

¹³ Council Directive 88/295/EEC of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC (OJ: OJ L 127 20.05.1988 P. 0001 - 0014).

¹⁴ Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (OJ: OJ L 209 24.07.1992 P. 0001 - 0024).

¹⁵ Direktiva Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (OJ: OJ L 199 09.08.1993 P. 0084 - 0138).

¹⁶ Direktiva Evropskega Parlamenta in Sveta 97/52/ES z dne 13. oktobra 1997 o spremembah direktiv 92/50/EGS, 93/36/EGS in 93/37/EGS o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, blaga in gradenj (OJ: OJ L 328 28.11.1997 P. 0001 - 0059).

¹⁷ Direktiva 98/4/ES Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998, ki spreminja Direktivo 93/38/EGS o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (OJ: OJ L 101 01.04.1998 P. 0001 - 0016).

¹⁸ Več v Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, ZJNVETPS s komentarjem.

zadostne odprtosti trga na tem področju.¹⁹ Ključne novosti, ki jih je prinesel sprejem omenjenih direktiv, so sledeče:

- trije sektorji javnega naročanja - blago, storitve in gradnje - so bili združeni v eno pravno ureditev v okviru posamezne direktive. S tem se je s poenotenjem odpravilo drugačno tretiranje nabav blaga, storitev in gradenj, kljub temu da so posamezne izjeme po sektorjih ostale različno urejene;
- finančni pragovi za uporabo direktive so bili poenostavljeni na način, da so bili vsi pragovi navedeni izključno v enotni valuti (EUR), kot tudi z navedbo manjšega števila različnih pragov;
- uvedba nomenklature CPV,²⁰ ki je opisala predmet naročanja;²¹
- večja jasnost pri navedbi pogojev ter vključenost interpretacij posameznih določb s strani Sodišča ES v določbe same;
- temeljna načela enakopravnega obravnavanja ponudnikov,²² prepoved diskriminacije²³ in transparentnosti,²⁴ ki so bila obravnavana v sodbah Sodišča ES, so bila v direktivah jasneje opredeljena in izpostavljena.²⁵

Ob vzpostavitvi javno-naročniškega pravnega reda pa je izrednega pomena tudi doseganje ciljev, ki so bili ob sprejemu zakonodaje zastavljeni. Za merjenje uspešnosti javno-naročniške zakonodaje so bile izvedene številne raziskave.²⁶ Vredno je izpostaviti raziskavo iz leta 2004,

¹⁹ Področje uporabe Direktive 98/38/EGS trenutno zajema določena naročila, ki jih oddajo naročniki v telekomunikacijskem sektorju. Zakonodajni okvir, kakor je bil naveden v Četrtem poročilu o izvajanju predpisov na področju telekomunikacij z dne 25. novembra 1998, je bil prilagojen zaradi odprtja tega sektorja. Ena od posledic je bila uvedba učinkovite pravne in dejanske konkurence v tem sektorju. V vednost in glede na razmere je Komisija objavila seznam telekomunikacijskih storitev (1), ki se že lahko izključijo iz področja uporabe navedene direktive na podlagi člena 8 Direktive. Sedmo poročilo o izvajanju predpisov na področju telekomunikacij z dne 26. novembra 2001 potrjuje nadaljnji napredek. Zato ni več potrebno urejati nabav za subjekte, ki poslujejo v tem sektorju. Več tudi v točki 6, 7 in 8 Direktive 2004/17/ES.

²⁰ Common Procurement Vocabulary.

²¹ Kljub temu pa ostajata v veljavi vrednostno nadrejeni nomenklaturi NACE in CPC.

²² Equal treatment.

²³ Non-discrimination.

²⁴ Transparency.

²⁵ Povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 151 – 152.

²⁶ Medsen, »Re-opening the Debate on the lack of Impact of EU-tenders in the Opinions of Public Procurement« (2003) 11 P.P.L.R. 265; Martin and Hartley »Public Procurement in the European Union: Issues and Politics«, 1997, 6 P.P.L.R.92; Martin Hartley and Cox, »Public Procurement Directives in the European Union: A Study of Local Authority Purchasing«, 1999, 77, Public Administration 387; Telegen and De Boer, »Experience with the EC Directives on Public Procurement: a Survey of Dutch Municipalities«, 1997 6 P.P.L.R.121; Hartley and Uttley, »The Single European Market and Public Procurement Policy: the Case of the United Kingdom«, 1994 3 P.P.L.R. 57, 114; Cox and Furlong, »Cross-border trade and contract awards; The intellectual myopia at the heart of the EU procurement rules«, 1997, 3 European journal of Purchasing and Supply Management 9; McDonald and Winkelmann, »Public Procurement Rules in the European Union and the prospects for Efficient Supply: the Case of the UK and Germany« in Cox (ed.), Innovations in Procurement Management (Earlsgate, 1996); Milne and Osler, »Regulating Public Procurement in the Single Market: Past, Present and Future« Ch13 in MacGregor, Prosser and Villiers (ed.),

ki je ocenjevala 10-letno obdobje v zvezi z ekonomskimi učinki na vzpostavitev skupnega trga z vidika javnega naročanja.²⁷ V raziskavi so bile glavne ugotovitve sledeče:

- izkazana je povečana transparentnost delovanja trga, saj se je na podlagi uveljavitve direktiv povečala stopnja objavljanja javnih naročil od leta 1997 do 2002 za dvakratnik.²⁸ Kljub temu pa je odstotek objavljenih javnih naročil še vedno izredno majhen;²⁹
- vse več je oblik čezmejnega konkuriranja ponudnikov. Izkazano je bilo, da je 46% podjetij, zajetih v vzorec raziskave, že konkuriralo izven nacionalnih meja. Še vedno pa sodelovanje na tujih trgih v okviru javnih naročil za ponudnike ne presega 3% vseh oddaj ponudb. Opazen je vzorec ravnanja, da tudi ponudniki sodelujejo z »domačimi« podizvajalci;
- opazni so prihranki pri oddaji javnih naročil v primeru uporabe določb direktiv, kljub temu pa je prostora za dodatne prihranke še dovolj.

Najnovejša zakonodajna sprememba s področja javnih naročil na ravni EU je Uredba (ES) št. 1422/2007 z dne 4. decembra 2007, ki podaja spremembe glede pragov za objavo v Uradnem glasilu ES.

Na opisano regulacijo področja javnih naročil sicer obstajajo številne kritike, predvsem v smeri, da zahtevana rigidnost in transparentnost postopkov povzroča zmanjšano gospodarnost izvajanja naročil, torej so naročniki deležni manjše »value for money« zaradi obveze po sledenju postopkovnim določilom direktiv. Ceno upoštevanja postopkovnih pravil navaja raziskava UK Treasury iz leta 1999, ki ugotavlja, da so cene istovrstnega blaga/storitev/gradenj na javno-naročniškem trgu od 10 – 50% višje kot na zasebnem trgu.³⁰ A navedenega podatka ni mogoče gledati zgolj z vidika kratkoročnih učinkov, saj prav regulacija javno-naročniškega trga ustvarja številne prednosti in zagotavlja nujno potreben nadzor nad več kot 1,5 trilijona EUR težkim javno naročniškem trgu.

Regulation and Markets Beyond 2000 (Ashgate/Dartmouth, 2000); Nielsen and Hansen, »The EU public procurement regime – does it work?«, 2001, 36 Intereconomics 255. Povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 166.

²⁷ European Commission, A report on the functioning of the public procurement markets in the EU: benefits from application of the EU directives and challenges for the future, z dne 3.2.2004, dostopno na <http://europa.eu.int> povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 166.

²⁸ Več na http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf

²⁹ Kot izhaja iz raziskave je objavljenih je zgolj 16% javnih naročil.

³⁰ Povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 170.

Veljavne direktive, skladno s pomenom dikcije direktiv,³¹ vsekakor postavljajo zgolj minimalne standarde, katerih učinkovitost je odvisna od implementacije in uresničevanja njihovih določb v praksi, hkrati pa velja poudariti, da nacionalne države lahko same postavijo tudi strožjo ureditev področja javnih naročil, v primeru, da to ni v nasprotju z direktivami.

Pri tem pa velja opozoriti na v praksi velikokrat prezrto Razlagalno sporočilo komisije o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih (odslej Razlagalno sporočilo).³² V Razlagalnem poročilu so nakazane smernice ravnanj naročnikom v primerih:

- javnih naročil pod pragovi za uporabo direktiv;
- javnih naročil za storitve, navedene v Prilogi II B k Direktivi 2004/18/ES in Prilogi XVII B k Direktivi 2004/17/ES, ki presegajo pragove za uporabo teh direktiv.

Kot navaja Razlagalno poročilo, ta naročila nudijo velike možnosti podjetjem na notranjem trgu. Hkrati pa odprti in konkurenčni načini oddaje naročil pomagajo naročnikom pritegniti večji krog potencialnih ponudnikov za takšna naročila ter s tem pridobiti zanimivejše ponudbe. Zagotavljanje kar se da učinkovite uporabe javnih sredstev je zlasti pomembno zaradi proračunskih problemov v mnogih državah članicah. Opomniti pa je treba tudi, da je transparentna oddaja naročil preizkušena zaščita pred korupcijo in favoriziranjem. Vendar se takšna naročila še vedno pogosto oddajo lokalnim ponudnikom brez razpisa. Sodna praksa Sodišča ES (SES) potrjuje, da se pravila notranjega trga PES uporabljajo tudi za naročila, ki niso zajeta z direktivama o javnih naročilih. Komisija v Razlagalnem poročilu pojasnjuje svoje razumevanje sodne prakse SES z namenom, da pomaga državam članicam v največji meri izkoristiti prednosti notranjega trga. Izpostaviti velja, da razlagalno poročilo ne postavlja novih pravnih pravil, ampak zgolj jasno opredeli, da so naročniki³³ iz držav članic pri oddaji javnih naročil, ki so zajeta s PES, dolžni spoštovati pravila in načela navedene pogodbe kot izoblikovano sodno prakso Sodišča ES v obliki temeljnih standardov za oddajo javnih naročil.³⁴

³¹ Evropske direktive predstavljajo akt harmonizacije, ki zavezuje k doseganju cilja. Nacionalne oblasti pa imajo možnost direktive smiselno implementirati v notranji pravni red.

³² Dostopno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:SL:PDF>

³³ Izraz „naročnik“ v tem sporočilu zajema naročnike v smislu člena 1(9) Direktive 2004/18/ES in naročnike v smislu člena 2 Direktive 2004/17/ES.

³⁴ SES je oblikovalo niz temeljnih standardov za oddajo javnih naročil, ki izhajajo neposredno iz pravil in načel Pogodbe ES. Načela enake obravnave in nediskriminacije na osnovi nacionalnosti pomenijo obveznost transparentnosti, ki v skladu s sodno prakso SES „vsebuje zagotovitev določene mere obveščanja, ki zadostuje, da se trg storitev odpre za konkurenco in se revidira nepristransko postopkov v korist vsem potencialnim ponudnikom“. Ti standardi veljajo za oddajo koncesij za storitve, za naročila pod pragovi in za naročila za storitve iz Priloge II B k Direktivi 2004/18/ES in iz Priloge XVII B k Direktivi 2004/17/ES glede vprašanj, ki v teh direktivah niso obravnavana. SES je izrecno navedlo, da „morajo naročniki kljub temu, da so nekatera naročila izvzeta iz področja uporabe direktiv Skupnosti na področju javnih naročil, spoštovati temeljna pravila Pogodbe“.

Standardi, ki izhajajo iz PES, veljajo samo za oddajo naročil, ki so zadostno povezana z delovanjem notranjega trga. V tem smislu je SES menilo, da v posameznih zadevah »zaradi posebnih okoliščin, kot je zelo skromen gospodarski interes«, oddaja naročila ne bi bila zanimiva za gospodarske subjekte iz drugih držav članic. V takem primeru je »učinke na zadevne temeljne svoboščine ... treba šteti kot premalo gotove in posredne«, da bi lahko jamčili uporabo standardov, ki izhajajo iz primarne zakonodaje Skupnosti.³⁵ Če navedeno apliciramo v prasko nacionalne zakonodaje, kjer za postopke pod vrednostmi 10.000,00 EUR (blago in storitve) oz. 20.000,00 EUR (gradnje) po ZJN-2A in pod vrednostmi 20.000,00 EUR (blago in storitve) oz. 40.000,00 EUR (gradnje) po ZJNVETPS-A, ni predvidena uporaba določb ZJN-2A oz. ZJNVETPS-A, lahko sklenemo, da bi tudi uporabo določil PES v teh primerih težko zahtevali, saj bi jo po vsej verjetnosti izključevalo dejstvo »premajhnih učinkov« oziroma »skromen gospodarski interes«.

2.2.2. Slovenska zakonodaja javnega naročanja

Medtem ko veljavne Direktive urejajo javno naročanje nad vrednostnimi pragovi 133.000,00 EUR,³⁶ 206.000,00 EUR³⁷ ali 5.150.000,00 EUR³⁸ za klasični sektor in 412.000,00 EUR³⁹ ter 5.150.000,00 EUR⁴⁰ za infrastrukturno področje, nacionalna zakonodaja uvaja regulativo, ki velja tudi pod navedenimi vrednostnimi pragovi.⁴¹

Od prve kodifikacije postopka javnega naročanja v Sloveniji v obliki Zakona o javnih naročilih (Uradni list RS, št. 24/1997, odslej ZJN) je minilo enajst let. V tem obdobju je bilo zaznavno intenzivno delovanje v smeri prilagajanja zakonodaje direktivam ES in izboljšavam, ki jih je terjala praksa v obliki sprejema ustreznega pravnega okvira. Spremembe prvotno

³⁵ Posamezni naročniki so odgovorni za sklep o tem, ali bo nameravana oddaja naročila morda zanimiva za gospodarske subjekte v drugih državah članicah. Po mnenju Komisije mora sklep temeljiti na ovrednotenju individualnih okoliščin primera, kot so predmet naročila, njegova ocenjena vrednost, posebnosti zadevnega sektorja (velikost in sestava trga, poslovna praksa itd.) ter zemljepisna lega kraja izvedbe naročila.

³⁶ Za blago in storitve, ki jih naročajo naročniki iz Seznama naročnikov, ki so državni organi in njihovi organi v sestavi ter lokalne skupnosti, ki je priloga uredbe, ki jo izda, ki so organi Republike Slovenije in njihovi organi v sestavi in naročniki s področja obrambe, če je predmet naročila blago iz Seznama blaga, ki ga naročajo naročniki na področju obrambe, ki je priloga uredbe, ki jo izda vlada.

³⁷ Za blago in storitve, ki jih naročajo drugi naročniki po tem ZJN-2A, in če naročajo blago naročniki s področja obrambe, ki ni na Seznamu blaga.

³⁸ Vrednost velja za vse naročnike po ZJN-2A za javna naročila gradenj.

³⁹ Vrednost velja za vse naročnike po ZJNVETPS-A za naročila blaga in storitev.

⁴⁰ Vrednost velja za vse naročnike po ZJNVETPS za naročila gradenj.

⁴¹ Vrednostni pragovi so povzeti po Uredbi št. 1422/2007 z dne 4.12.2007 in Sklepu o objavi višin mejnih vrednosti za postopke javnega naročanja, Uradni list RS, št. 34/2008.

postavljene zakonodaje so si sledile leta 2000, ko je bil sprejet nov Zakon o javnih naročilih,⁴² z novelacijo leta 2004.⁴³ Razvojni proces sistema javnega naročanja je bil nadgrajen konec leta 2006 s spremembo v obliki sprejema novih zakonov, in sicer Zakona o javnem naročanju⁴⁴ in Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštnih storitev,⁴⁵ s pričetkom leta 2008 pa sta bila zakona deležna novih sprememb.⁴⁶

Povod in razlog za spremembo zakonodaje leta 2006 so bile Direktive ES,⁴⁷ ki so terjale implementacijo v slovenski pravni red. V času od pričetka roka za implementacijo Direktiv (33. 1. 2006) pa vse do dejanske implementacije v slovenski pravni red⁴⁸ se je izpostavila dilema o možnosti neposredne uporabe Direktiv. V primeru dilem je bila mogoča uporaba interpretacije Sodišča ES v zadevi C 76/96 Walter Tögel v Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, ki je odločalo o neposrednem učinku določb I.-IV. dela Direktive 92/50/EEC. Odločilo je, da imajo določbe I. (splošne določbe, opredelitev javnega naročnika, izjeme, izračun vrednosti itd.) in II. (uporaba pravil za storitve IA in IB) dela neposredni učinek, določbe III. (izbira postopkov oddaje javnih naročil) in IV. (splošna pravila glede določitve tehničnih elementov) dela pa le v primeru, če je na podlagi interpretacije besedila določb jasno, da ustvarjajo nepogojno dovolj jasno in natančno obveznost. Enako pravilo bi bilo po vsej verjetnosti uporabno tudi za Direktivi 2004/17/EC in 2004/18/EC. Gre za uporabo t. i. doktrine posrednega učinka oziroma skladne interpretacije (konsistentne razlage), po kateri je potrebno nacionalno zakonodajo implementirati, interpretirati in uporabljati na način, ki je skladen s pravom Evropske skupnosti. Direktiva je uporabna v primeru neizpolnitve testa »neposrednega učinka« ali v primeru sporov med posamezniki.⁴⁹

Kljub zgoraj navedenim dejstvom pa je Slovenija s sprejemom ZJN-2 in ZJNVRTPS v svoj pravni red uvedla, v primerjavi s tedaj veljavno zakonodajo, marsikatero novost: novi tipi postopkov in večja definiranost le-teh (konkurenčni dialog, okvirni sporazum, pogajanja itd.); poudarek na načelu gospodarne, učinkovite in uspešne izvedbe javnega naročila; delitev na dva ločena zakona (klasični in infrastrukturni sektor); novosti pri zakonskih zahtevah glede pogojev; elektronske dražbe; uvajanje sekundarnih politik itd. Zadnje spremembe so

⁴² Uradni list RS, št. 39/2000.

⁴³ Uradni list RS, št. 36/2004 –uradno prečiščeno besedilo, v nadaljevanju ZJN-1.

⁴⁴ Uradni list RS, št. 128, z dne 8.12.2006, odslej ZJN-2.

⁴⁵ Uradni list RS, št. 128, z dne 8.12.2006, odslej ZJNVETPS.

⁴⁶ Uradni list RS, št. 16/2008.

⁴⁷ Direktiva št. 2004/18/ES in Direktiva št. 2004/17/ES s spremembami.

⁴⁸ Zakon je pričel veljati 23.12.2006, uporabljati pa se je začel 7.1.2007. Veljavnost zakona je določena v 116. členu ZJN-2 in 111. členu ZJNVETPS.

⁴⁹ Poročilo Državne revizijske komisije za leto 2005, str 38.

predvsem vključevale tendenco po odpravi administrativnih ovir z namenom poenostavitve togih pravil v okviru naročanja in težnjo po vključitvi obstoječih tehnologij sporočanja v obliki elektronskih dražb in elektronske oddaje ponudb v sam proces izvajanja postopkov javnega naročanja.

Kot je razvidno iz zgoraj navedenega, je imel proces napredka področja javnih naročil za posledico pogosto spreminjanje oziroma dopolnjevanje zakonodaje, kar pa ne predstavlja nikakršne deviacije v primerjavi z ostalimi članicami EU, saj področje javnih naročil obsega nenehno razvijajoč in obširen spekter dejanskih stanj.

Zakonodaja na področju javnih naročil predstavlja v vsaki državi izredno pomembno področje, saj presega zgolj formalizacijo delovanja naročnikov pri upravljanju javnih izdatkov. Potreba po zakonskem urejanju tega področja se torej kaže v vseh evropskih državah, pri čemer se pojavljajo razlike zgolj v časovnem segmentu uveljavitve zakonodaje, pravni kulturi na tem področju in širini pravnih oblik kodifikacije. Vplivi izvajanja politike javnega naročanja so nedvomno vidni tudi v gospodarski razvojni politiki. Potrebno je poudariti, da je pri izvajanju javnih naročil poleg ustrezne zakonodaje potrebna tudi izobraženost, ozaveščenost in določena stopnja upravne kulture naročnikov. Izvedba in oddaja javnih naročil namreč bistveno vpliva na razvoj posameznih gospodarskih dejavnosti ali podjetij, kar mora biti vpeto v upravno kulturo naročnikov. Ti s svojim ravnanjem lahko učinkovito delujejo proti ustvarjanju monopolov ali drugim nedovoljenim oblikam usklajenega ravnanja, na katerih nastanek vpliva tudi dodeljevanja izvedbe javnih naročil ozkemu krogu povezanih pravnih subjektov.

Zakonodaja na področju javnih naročil v Republiki Sloveniji zavezuje preko 3000 naročnikov (posredni, neposredni proračunski uporabniki in javnofinančni zavezanci skladno z javnofinančno zakonodajo). Javna naročila pa predstavljajo letno kar tretjino odhodkov državnega proračuna oziroma 7 % BDP. Posledično takšen obseg sredstev zahteva ustrezno regulacijo in nadzor, ki ga v Sloveniji v obliki zunanjega nadzora izvajata Računsko sodišče Republike Slovenije,⁵⁰ ki je najvišji organ kontrole državnih računov, državnega proračuna in celotne javne porabe v Republiki Sloveniji, in Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (skrajšano: Državna revizijska komisija),⁵¹ ki je samostojen in neodvisen državni organ nadzora nad zakonitostjo postopkov javnega naročanja in zagotavlja pravno varstvo ponudnikov v vseh stopnjah postopkov oddaje javnih naročil. Pravno podlago delovanja Državni revizijski komisiji daje Zakon o reviziji postopkov

⁵⁰ Več na <http://www.rs-rs.si/rsrcs/rsrs.nsf/uvod?openForm> (5.3.2008)

⁵¹ <http://www.dkom.si/> (5.3.2008)

javnega naročanja,⁵² ob smiselni uporabi Zakona o pravnem postopku,⁵³ Računskemu sodišču pa Zakon o računskem sodišču.⁵⁴

2.3. Opredelitev pojma javno-zasebnega partnerstva

Pojem javno-zasebnega partnerstva v Skupnosti ni enotno opredeljen. Na splošno zajema oblike sodelovanja med javnimi sektorji in zasebnimi podjetji za financiranje, gradnjo, obnovo, delovanje ali vzdrževanje infrastruktur ali zagotavljanje storitev. Vendar se lahko za javno-zasebno partnerstvo določijo nekatere značilnosti:

- odnos med javnimi in zasebnimi partnerji v okviru posameznega projekta je pogosto usmerjen v dolgoročno sodelovanje;
- financiranje posameznega projekta delno prevzame zasebni sektor, vendar se lahko pomembna dodatna finančna sredstva zagotovijo iz javnega sektorja;
- gospodarski subjekti imajo na različnih stopnjah projekta (načrtovanje, začetek obratovanja, delovanje in financiranje) pomembno vlogo, javni partnerji se zlasti osredotočajo na opredelitev ciljev v skladu z javnim interesom, kakovostjo ponujenih storitev ali politiko cen in nadzorujejo doseganje teh ciljev;
- prizadeva si za delitev tveganja: na zasebne partnerje se pogosto prenašajo tveganja, za katera je običajno odgovoren javni sektor (na primer povišanje cen med gradnjo ali obratovanjem). Delitev tveganja se natančno določi s pogodbo za vsak primer posebej in je odvisna od sposobnosti zainteresiranih strank za ocenitev, nadzorovanje in obvladovanje teh tveganj.

Javno-zasebno partnerstvo lahko v najširši definiciji obsega različne oblike sodelovanja javnega in privatnega sektorja:

1. sporazum, kjer je privatni sektor le delno vključen in lahko opravlja ali upravlja določene storitve brez prevzetega tveganja (npr. javno naročilo);
2. skupna vlaganja, kjer privatni in javni sektor skupno financirata in upravljata objekt;
3. leasing – kjer je del tveganja prenesen na privatni sektor;
4. koncesije, kot npr. zgradi – upravljaj – prenesi (BOT);
5. popolna privatizacija.

⁵² Uradni list RS, št. 94/2007 –uradno prečiščeno besedilo.

⁵³ Uradni list RS, št. 26/1999, Uradni list RS, št. 83/2002 Skl.US: U-I-21/02-6, 96/2002, 12/2003-UPB1, 58/2003 Odl.US: U-I-255/99-28, 73/2003 Skl.US: U-I-137/00-21, 2/2004, 2/2004-ZDSS-1 (10/2004 popr.), 36/2004-UPB2, 69/2005 Odl.US: U-I-145/03-9, 90/2005 Odl.US: Up-258/03-14, U-I-74/05, 43/2006 Odl.US: U-I-55/04-10, Up-90/04-15, 69/2006 Odl.US: Up-236/04-16, U-I-314/06, 52/2007, 73/2007-UPB3, 101/2007 Odl.US: Up-679/06-66, U-I-20/07, 102/2007 Odl.US: Up-2089/06-31.

⁵⁴ Uradni list RS, št. 11/2001, 20/2006-ZNOJF-1.

Sodelovanje zasebnega sektorja pri javnih storitvah in infrastrukturi vsekakor ne predstavlja novega odkritja.⁵⁵ Njegovi večji izpostavljenosti botruje sedanja ekonomska situacija, ki ga je na podlagi vse večjih potreb po vlaganjih v javno infrastrukturo bolj izpostavila in pospešila njegov razvoj. Javno-zasebno partnerstvo priznava dejstvo, da imata tako javni kot zasebni sektor določene prednosti pri izvrševanju določenih nalog, pri čemer naj vsak sektor opravlja tisto, kar opravlja najbolje, s čimer se doseže pozitivne ekonomske, upravljavske in tehnične učinke.⁵⁶ Ne gre spregledati dejstva, da je projekt partnerstva lahko uspešen le, če izpolnjuje pogoj socio-ekonomske rentabilnosti. To pomeni, da je koristen za družbo (zadovoljen je javni interes) in hkrati izvedljiv v ekonomskem smislu (rentabilnost tudi za zasebnega partnerja). Če strnemo, lahko razloge za povečan interes javno-zasebnega partnerstva pripišemo vsaj trem glavnim vzvodom:

a) dodatno se zasebni kapital investira v nove infrastrukture, kot so energetske, vodne, telekomunikacijske ali transportne storitve, ki prinašajo koristi tako gospodarskim subjektom kot tudi navadnim državljanom v vsakdanjem življenju;

b) večja učinkovitost uporabe storitev javnega sektorja; izkušnje kažejo, da vključitev zasebnega kapitala v storitve javnega sektorja prinaša pozitivne učinke z večjo stroškovno učinkovitostjo in višjo kakovostjo ponujenih storitev;

c) premoženje javnega sektorja je izkoriščeno z večjo dodano vrednostjo; javni sektor razpolaga s številnimi javnimi viri in tudi javnimi dobrinami, ki so uporabljeni za zelo ozke specifične namene javnega sektorja (npr. obramba, znanost), mnoge med njimi pa se da uporabiti tudi za druge namene in širšo uporabo.⁵⁷ Javno-zasebno partnerstvo daje udeležencem možnost, da vplivajo na druge udeležence v partnerstvu tako, da sami dosežejo svoje cilje bolj učinkovito, hkrati pa jim daje potencial, da spremenijo ali preoblikujejo storitve in s tem diferencirajo svojo ponudbo (Coulson, 2005, str. 157).

2.3.1. Evropski pravni red na področju javno-zasebnega partnerstva

⁵⁵ Več o zgodovini javno-zasebnega partnerstva glej Pahor Žvanut, 2006, str. 6.

⁵⁶ Pri sodelovanju javnega in zasebnega kapitala je potrebno zagotoviti zavarovanje lastninskih upravičenj javnega ali zasebnega sektorja, obenem pa je treba zagotoviti zasebnikom čim manjšo, a še sprejemljivo rento. Oboje zagotavlja ekonomsko učinkovito sodelovanje, saj je varnost lastninskih upravičenj zelo pomembna motivacija za vse zasebne vlagatelje, nizka renta pa je pogoj za učinkovito upravljanje stroškov, več o tem Čepeljnik, 2006.

⁵⁷ Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003

Na podlagi vse pogostejše prakse uporabe javno-zasebnih partnerstev na področju EU in širše se je nakazovala vse večja težnja po enotni institucionalizaciji tovrstnega področja na ravni EU, čigar posledica je bilo sprejetje Zelene knjige o javno-zasebnem partnerstvu⁵⁸ dne 30. april 2004. Namen Zelene knjige je bil, raziskati, ali javno-zasebna partnerstva v posameznih državah članicah uporabljajo javna naročila na različne načine in v kakšnem obsegu ter če na ravni Skupnosti obstaja potreba po pojasnitvi, dopolnitvi ali izboljšanju sedanjega pravnega okvira.

Poleg vzpodbujevalnega pristopa k javno-zasebnim partnerstvom pa Zelena knjiga opozori tudi na previdnost pri uporabi.⁵⁹ Izvajanje javno-zasebnega partnerstva vsekakor ne sme imeti negativnega vpliva na delovanje skupnega trga in zagotavljanje konkurence, prav tako pa ne sme biti v nasprotju z načelom transparentnosti. Zavarovanje javnega interesa mora biti ena ključnih misli pri izvajanju javno-zasebnega partnerstva, predvsem v obliki razvoja nadzornih mehanizmov.

Poudariti velja policy igralce, ki so močno prispevali k sprejemu določil Zelene knjige. Ti izhajajo predvsem iz zasebnega sektorja,⁶⁰ njihov namen pa je bil povečanje vloge zasebnega sektorja na področju izvajanja javnih storitev, predvsem v zagotovitvi novega, širšega dostopa do javnih financ s strani zasebnega sektorja. S tem naj bi se poskušalo uporabiti javno-zasebno partnerstvo kot most preko obstoječih proračunskih omejitev in novimi poslovnimi priložnostmi za zasebni sektor.⁶¹

Poleg glavne strategije razvoja notranjega trga, ki jo Zelena knjiga omenja, je potrebno izpostaviti tudi cilje, ki naj bi jih JZP izpolnil:

- financiranje v infrastrukturo in modernizacijo vitalnih storitev države ter zagotovilo, da bodo omenjene storitve (finančno) dostopne in predvsem, da bodo dosegale ustrezno stopnjo zahtevane kvalitete.⁶²

Zelena knjiga pa prav tako poudarja, da je potrebno slediti ciljem JZP ob upoštevanju pravil javnega naročanja, pri čemer so za institucionalni okvir postavljene javno-naročniški Direktivi 2004/18/ES in 2004/17/ES.

V Zelenu knjigi sta predvideni dve različni obliki javno-zakonodajnih partnerstev:

⁵⁸ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions.

⁵⁹ However, while PPPs can present a number of advantages, it must be remembered that these schemes are also complex to design, implement and manage. They are by no means the only or the preferred option and should only be considered if it can be demonstrated that they will achieve additional value compared with other approaches, if there is an effective implementation structure and if the objectives of all parties can be met within the partnership. Več na:

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

⁶⁰ Izven zasebnega sektorja pa ima pomembno vlogo tudi Evropska centralna banka, ki zagotavlja podporo za izvedbo javnih storitev skozi udeležbo zasebnega sektorja, na način s katerim čim boljše dosega namen in cilje EU (EIB, 2004).

⁶¹ Več na <http://www.epsu.org/IMG/pdf/PSIRUonECPPPGP2.pdf> (7.3.2008)

⁶² Več na <http://www.epsu.org/IMG/pdf/PSIRUonECPPPGP2.pdf> (7.3.2008)

- javno-zasebno partnerstvo na podlagi pogodbe, pri katerem partnerstvo med javnim in zasebnim sektorjem temelji le na pogodbenem odnosu, in sicer kot javno naročilo ali koncesija;
- institucionalizirano javno-zasebno partnerstvo, pri katerem sodelovanje med javnim in zasebnim sektorjem poteka v okviru samostojnega pravnega subjekta.

To razlikovanje je nastalo kot posledica spoznanja, da se lahko različne oblike javno-zasebnega partnerstva v posameznih državah članicah uvrstijo v dva nadrejena modela. Oba modela odpirata posebna vprašanja glede uporabe zakonodaje Skupnosti za javna naročila in koncesije.⁶³

Komisija je 3. maja 2005 predložila poročilo o javnem posvetovanju v zvezi z Zeleno knjigo o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij,⁶⁴ kjer je prikazala zamisli, mnenja in pobude, ki so bila priloženi v obliki pisnih prispevkov tako državam članic kot drugih institucij, z namenom, da se nakažejo bistveni trendi, stališča in pomisleki v zvezi z Zeleno knjigo.⁶⁵

Vsebina poročila je razdeljena na pet tematskih sklopov, ki zajemajo:

- strukturo JZP, primernost in faktorje uspeha;
- pravni okvir;
- finančno in ekonomsko implementacijo JZP;
- integracijo dopustnega financiranja;
- pojmovanje, planiranje in implementacijo JZP.

Kot ključne vloge zasebnega sektorja v shemi JZP pa so predvidene sledeče:

- dotok novega kapitala;
- zagotovitev alternativnih managerskih in upravljavskih prvin;
- povečanje dodane vrednosti, ki jo predmetne storitve predstavljajo za potrošnike in celotno družbo;

⁶³ Kot navaja Odbor za notranji trg in varstvo potrošnikov v dokumentu z dne 15.5.2006, razlikovanje ne upošteva zakonske razlage teh institucionalnih ali pogodbenih konstrukcij v nacionalni zakonodaji in ne omenja, kako se uvrščajo v zakonodajo Skupnosti. Namen spodnje analize je zato le razlikovati konstrukcije, ki se pogosto razvrščajo med javno-zasebna partnerstva; podpreti je treba pozneje sprejete odločitve o tem, kateri predpisi, določeni v zakonodaji Skupnosti, bodo veljali za javna naročila in koncesije.

⁶⁴ Poročilo o delovnem dokumentu služb Komisije o javnem posvetovanju v zvezi z Zeleno knjigo o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij, SEC(2205)629.

⁶⁵ Temeljna vsebine se osredotoča na:

- slaba večina odgovorov nasprotuje celoviti pobudi o javno-zasebnih partnerstvih na ravni Skupnosti,
- velika večina podpira pobudo Skupnosti na področju koncesij, zato da se jasno določijo opredelitve in uporabni predpisi Skupnosti. V zvezi z obliko te pobude ni enotnosti,
- na področju institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva se velika večina strinja, da je treba pojasniti uporabne predpise Skupnosti in področje uporabe, kjer so izjemoma dovoljene „interne dodelitve“. Tudi tukaj ni enotnosti glede oblike pobude.

- izostritev identifikacije dejanskih potreb in optimalne rabe resursov.⁶⁶

Po zaključeni javni razpravi o Zeleni knjigi je Komisija 15. novembra 2005 izdala Sporočilo o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji skupnosti na področju javnih naročil in koncesij,⁶⁷ v katerem je opredelila, kateri politični sklepi z javnega posvetovanja se lahko uporabijo za tolmačenje Zelene knjige.⁶⁸

Sprejem Zelene knjige pa je povzročil tudi številne kritike s strani EPSU-ja,⁶⁹ ki jih lahko strnemo takole:

- Zelena knjiga ne predstavlja dobrega začetka v razvoju politike javno-zasebnega partnerstva, saj ne obravnava ključnega vprašanja, kdaj je izvedba javno-zasebnega partnerstva dejansko primerna. S tem, ko Zelena knjiga ugotavlja, da javno-zasebno partnerstvo ne more biti razumljeno kot čudežna rešitev za omejenost proračuna in da je za vsak projekt potrebna presoja ali javno-zasebno partnerstvo nudi zadostno dodatno vrednost v primerjavi z ostalimi opcijami, pozablja na izpostavitve teh drugih opcij poleg javno-zasebnega partnerstva in ne pojasni, kako naj se tovrstna presoja učinkovitosti izvede oziroma na kakšnih principih naj presoja temelji.
- Zelena knjiga naj bi po mnenju EPSU prav tako ne obravnavala tematike dolgotrajnih pogodbenih razmerij z vidika sociale in zaposlovanja. Javno-zasebnega partnerstva ne ovrednoti z vidika »value for money«, ampak avtomatično predvideva, da je zasebni sektor boljši upravljavec, in s tem zanemarja vse ostale vidike.⁷⁰

Izpostaviti velja tudi dilemo o tem, kdaj javno-zasebno partnerstvo škodi izven kategorij javnega posojila, dolga ali čistega premoženja države.⁷¹ S strani podpornikov javno-zasebnega partnerstva je bila podana »ugodna« dikcija, podprta tudi s strani EUROSTAT-a februarja 2004, ki je navedla, da se premoženje, ki je vključeno v javno-zasebno partnerstvo,

⁶⁶ Več na http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

⁶⁷ KOM(2005)569.

⁶⁸ Predlogi so bili sledeči:

- Ker meni, da je za dodelitev koncesij potrebna zakonodajna pobuda, je treba najprej izvesti namensko posvetovanje zadevnih strani in presojo vpliva. Od tega bo potem odvisno, ali se bo izvajala zakonodajna pobuda, in če se bo, v kakšni obliki.
- Na področju institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstev je v letu 2006 predvidena priprava tako imenovanega „obrazložitvenega dokumenta“. Pri tem gre predvsem za odgovore na vprašanja, kako je treba uporabljati predpise EU pri izboru zasebnih partnerjev.

⁶⁹ European Federation of Public Service Union.

⁷⁰ Več na http://www.epsu.org/IMG/pdf/EPSU_intial_response.pdf (10.3.2008)

⁷¹ Več na <http://www.epsu.org/IMG/pdf/PSIRUonECPPGP2.pdf>. (10.3.2008)

šteje kot nedržavno premoženje oziroma je šteto kot izvenbilančna postavka, v primeru, če zasebni partner nosi riziko izgradnje in riziko koristnosti/uporabnosti.⁷²

V kasnejšem obdobju je smiselno izpostaviti še Resolucijo Evropskega parlamenta o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij z dne 26. oktobra 2006, ki je podala posamezne splošne pripombe, ki v posameznih delih dodatno pojasnjujejo smernice Zelene knjige, predvsem pa Resolucija poudarja upoštevanje temeljnih načel PES, dodatno opredeljuje modele javno-zasebnih partnerstev in poudari potrebo po razjasnitvi stališč Komisije glede na sodno prakso Sodišča ES (sodba Teckal⁷³ in Stadt Halle⁷⁴ ter sodba Komisije proti Španiji⁷⁵).

Pred nedavnim, 12. aprila 2008, pa je bilo objavljeno razlagalno sporočilo Komisije o uporabi zakonodaje v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva, ki podaja poudarke na vzpostavitvi institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, kjer opredeli načela in postopek vzpostavitve, izbiro zasebnih partnerjev in v nadaljevanju opredeljuje tudi fazo po vzpostavitvi institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva.

2.3.2. Regulacija javno-zasebnih partnerstev lokalnega značaja

Pravna ureditev ES sicer ne podaja definicije, ki bi urejala poseben režim javno-zasebnega partnerstva lokalnega značaja, pojavljajo pa se številne polemike, ki nakazujejo pozitivne in negativne vplive tovrstne ureditve.⁷⁶ V Resoluciji Evropskega parlamenta o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij je bilo namreč podano mnenje, da bi se lahko občinam in njihovim hčerinskim podjetjem omogočilo delovanje izven konkurence v primerih, kadar so njihove dejavnosti povsem lokalnega značaja in niso povezane z notranjim trgom. Vsekakor je na tem mestu smiselno opozoriti na to tematiko.

Javno-zasebna partnerstva lokalnega značaja bi bila po mnenju dela strokovne javnosti izvzeta s področja delovanja Direktiv v primeru, če bi se kvalificirala kot koncesije storitev ali bi bila njihova vrednost pod pragovi za veljavnost Direktiv ali v primeru, če bo predmet javno-zasebnega partnerstva uvrščen med koncesije gradenj ali storitev s seznama B. Vse ostale

⁷² Več na

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=STAT/04/18&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁷³ Zadeva C-107/98, Teckal, Slg. 1999, str. I-08121, Rd št. 50.

⁷⁴ Zadeva C-26/03, Stadt Halle, AB1. C57, 5 3. 2005, str. 6

⁷⁵ Zadeva C-84/03, Komisija proti Španiji, ABl. C82, 2 4 2005, str. 2.

⁷⁶ Limited local field of activity.

oblike javno-zasebnega partnerstva lokalne narave pa naj bi bile podvržene pravilom skupnega trga (PES) in Direktivam.

Posebno ureditev javno-zasebnega partnerstva lokalne narave bi lahko podali v treh oblikah:

1. Z izvetjem tovrstnih javno-zasebnih partnerstev iz okvira upoštevanja določb Direktive na podlagi posebne določbe umeščene v 3. poglavje Direktive (Izključena naročila), ki bi tovrstno izključitev dopuščala.⁷⁷ To bi pomenilo, da se javno-zasebna partnerstva lokalne narave primarno izvajajo in zagotavljajo v okviru lokalnega okvira. Problematika tovrstne ureditve se nakazuje v tem, da bi bilo potrebno oblikovati izrecno jasno in nedvoumno dikcijo javno-zasebnega partnerstva lokalne narave, ki bila splošno uporabna.
2. Druga opcija je oblikovanje *de minimis* testa, na podlagi katerega bi bila javno-zasebna partnerstva z omejenim geografskim učinkom ali partnerstva pod določenimi kvantitativnimi pragovi (v smislu obsega populacije) izključena iz okvira delovanja Direktiv. Težavnost izvedbe tovrstnega predloga je v nejasnosti vzročnih povezav in vplivov med geografskimi in kvantitativnimi kriteriji, ki naj bi postavili ločnico med javno-zasebnim partnerstvom lokalnega dometa in ostalimi javno-zasebnimi partnerstvi.
3. Tretja opcija predlaga oblikovanje vrednostnih pragov, ki bi s pomočjo določene vrednosti projekta ločili javno-zasebna partnerstva z lokalnim dometom od ostalih javno-zasebnih partnerstev, pri čemer bi bila javno-zasebna partnerstva lokalnega značaja (torej partnerstva, ki so pod določenim vrednostnim pragom) izključena iz veljavnosti Direktiv.

Oblikovanje posebnega režima za javno-zasebna partnerstva lokalnega značaja bi posledično lahko vplivalo na stopnjo transparentnosti, nediskriminacije in učinkovitosti. Javno naročanje je prav v izogib temu na ravni EU regulirano z določbami PES, kjer so relevantne določbe prostega pretoka blaga, pravica do ustanavljanja, pravica zagotavljanja storitev, ki vključujejo načela transparentnosti, enakosti, nediskriminacije, sorazmernosti in vzajemnega priznavanja. Z Direktivami se je dodatno razjasnil pomen načel nediskriminacije, enakopravnosti in transparentnosti, k čemur je pripomogla tudi sodna praksa Sodišča ES.

Dobre in slabe strani oblikovanja posebne ureditve za javno-zasebna partnerstva lokalne narave bodo odvisne od tega, v kakšen pravni okvir regulacije bomo to ureditev uvrstili. Ali bodo za javno-zasebna partnerstva veljale tako določbe Direktiv kot tudi določbe PES ali

⁷⁷ Naročila na vodnem, transportnem, energetskega in področju in na področju poštne storitve, posebne izključitve na področju telekomunikacij, zaupna naročila in naročila, ki zahtevajo posebne varnostne ukrepe, naročila, ki se oddajo v skladu z mednarodnimi pravili, posebne izključitve, Koncesije za javne storitve, naročila storitev, ki se oddajo na podlagi izključne pravice.

samo določbe PES ali nobene od njih. Na načela transparentnosti, nediskriminacije in učinkovitosti bi bili vplivi v posameznih primerih lahko sledeči:

Transparentnost: V primeru izvzetja javno-zasebnega partnerstva lokalne narave iz okvira delovanja Direktiv bi lahko pričakovali predvsem neugoden učinek na načelo transparentnosti. Predvsem iz vidika neobjavljanja obvestil v Uradnem glasilu ES, kar bi posledično lahko zmanjšalo participacijo tujih ponudnikov. Tovrsten negativen učinek bi ublažilo dejstvo, če bi za javno-zasebna partnerstva lokalne narave vseeno veljale določbe PES, ki transparentnost zahtevajo v smeri, da je zagotovljeno delovanje skupnega trga.⁷⁸

Nediskriminacija: V primeru Unitron Scandinavia⁷⁹ je Sodišče ES načelo transparentnosti identificiralo z zelo tesno povezavo z načelom nediskriminacije na podlagi nacionalnosti. Vpliv na diskriminatorno ravnanje je torej povezan s kršenjem načela transparentnosti.

Učinkovitost: Pričakovan vpliv na načelo učinkovitosti je odvisen od številnih faktorjev. Kot prvo lahko opredelimo stopnjo transparentnosti, ki v primeru nespoštovanja le-te lahko vpliva na zmanjšanje ali celo ohromitev konkurence, kar posledično vpliva tudi na zmožnost učinkovitosti in gospodarnosti tako na javnem kot zasebnem trgu (brez konkurence je gospodarnost izbire okrnjena).⁸⁰

Vsekakor bi oblikovanje posebne ureditve za javno-zasebna partnerstva z lokalnim dometom doprineslo k določeni dodatni kompleksnosti trenutno veljavne zakonodaje EU na področju javno-zasebnega partnerstva, kar bi lahko povzročilo negativen učinek na dejansko izvajanje javno-zasebnih partnerstev. Gledano z drugega vidika, pa bi ločena ureditev za javno-zasebna partnerstva lokalne narave pozitivno vplivala na zmanjšanje stroškov in zapletenosti priprave postopka, kar bi lahko povečalo učinkovitost izvajanja postopkov javno-zasebnih partnerstev, pod pogojem, da se za izvajanje le-teh upoštevajo pravila PES.

Nakazano pot je potrdilo tudi razlagalno sporočilo Komisije z dne 12. 4. 2008 v poglavju 2.3.1 Pravna podlaga, kjer navaja:

»V primeru koncesije gradenj ali javnega naročila, ki je delno zajet v direktivah, se hkrati z zadevnimi določbami direktiv uporabljajo pravila in temeljna načela Pogodbe ES. Za storitve iz Priloge II B k Direktivi 2004/18/ES se temeljna načela iz členov 43 in 49 PES uporabljajo, če se za ta naročila lahko šteje, da so v določenem interesu podjetij, ki se nahajajo v državi članici, ki ni država članica zadevnega naročnika.⁸¹ V primeru koncesije storitev ali javnega naročila, ki ni zajet v direktivah o javnih naročilih, je treba pri izbiri zasebnega partnerja

⁷⁸ Case C-324/98 and Case C-231/03, več na http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0609_ppp_localfield_en.pdf (10.3.2008)

⁷⁹ Case C-275/98, Unitron Scandinavia v. Ministeriet for Fødevarer, [1999] ECR I-8291.

⁸⁰ Glej International Monetary Fund, Public-Private Partnerships Report, 12 March, 2004. IPOL/A/IMCO/2006-15 str. 5 PE 375.855.

⁸¹ Zadeva C-507/03, Komisija proti Irski, (2007), točka 32, še neobjavljena v ZOdl.

upoštevati načela PES. V tem dokumentu navedena sodna praksa delno zadeva javna naročila, ki jih v celoti zajemajo podrobne določbe direktiv. Ker pa ta sodna praksa pogosto temelji na načelih Pogodbe ES, je lahko ustrezna tudi pri uporabi zakonodaje Skupnosti v drugih primerih, kot npr. za koncesije ali javna naročila, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v podrobnih določbah direktiv o javnih naročilih.«⁸²

2.3.3. Slovenska zakonodaja javno-zasebnega partnerstva

Slovenija se je državam,⁸³ ki na nacionalni ravni, s sprejemom posebne zakonodaje, urejajo javno-zasebna partnerstva, pridružila 7. 12. 2006, ko je bil objavljen Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (odslej ZJZP).⁸⁴ Namen ZJZP je omogočiti⁸⁵ in pospeševati zasebna vlaganja v izgradnjo, vzdrževanje oziroma upravljanje objektov in naprav javno-zasebnega partnerstva ter druge projekte, ki so v javnem interesu (v nadaljnjem besedilu: spodbujanje javno-zasebnega partnerstva), zagotoviti gospodarno in učinkovito izvajanje gospodarskih in drugih javnih služb ali drugih dejavnosti, ki se zagotavljajo na način in pod pogoji, ki veljajo za gospodarske javne službe (v nadaljnjem besedilu: gospodarske javne službe), oziroma drugih dejavnosti, katerih izvajanje je v javnem interesu, omogočiti smotrno uporabo, upravljanje ali izkoriščanje naravnih dobrin, grajenega javnega dobra ali drugih stvari v javni lasti ter drugo vlaganje zasebnih ali zasebnih in javnih sredstev v zgraditev objektov in naprav, ki so delno ali v celoti v javnem interesu, oziroma v dejavnosti, katerih izvajanje je v javnem interesu. Za doseganja namena ZJZP se javno-zasebno partnerstvo izvaja na področju financiranja, projektiranja, izgradnje, nadzora, organizacije in upravljanja, vzdrževanja ter izvajanja dejavnosti iz prejšnjega odstavka.⁸⁶

Javno-zasebno partnerstvo je v Zakonu o javno-zasebnem partnerstvu⁸⁷ opredeljeno kot partnerstvo, ki predstavlja razmerje zasebnega vlaganja v javne projekte in/ali javnega

⁸² Za smernice za oddajo takšnih naročil glej razlagalno sporočilo Komisije o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih, UL C 179, 1.8.2006, str. 2. Nekatere države članice in Evropski parlament so pri Sodišču prve stopnje vložili pritožbo za razveljavitev navedenega sporočila.

⁸³ Irska, Nemčija, Češka, Grčija, Italija, Francija, Danska itd.

⁸⁴ Uradni list RS, št. 127/2006.

⁸⁵ Velja izreči argumentum a contrario, saj vzpostavitev javno-zasebnega varstva ni vezana na institucionalno ureditev oziroma sprejem ZJZP, naj zgoj izpostavimo primer ureditev »zasebnih naložb v javno infrastrukturo« po Zakonu o izvrševanju proračuna iz leta 2003 in 2004, s čimer je zakonodajalec želel spodbuditi vlaganja zasebnega sektorja v javno infrastrukturo in s tem zmanjšati javno porabo proračunskih sredstev (BOT in BTO posli). O pomanjkljivostih tovrstne ureditve glej Pahor Žvanut, 2006, str. 52.

⁸⁶ 6. člen ZJZP.

⁸⁷ 2. člen Zakona o javno zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/2006, odslej ZJZP).

sofinanciranja zasebnih projektov, ki so v javnem interesu, ter je sklenjeno med javnim in zasebnim partnerjem v zvezi z izgradnjo, vzdrževanjem in upravljanjem javne infrastrukture ali drugimi projekti, ki so v javnem interesu, in s tem povezanim izvajanjem gospodarskih in drugih javnih služb ali dejavnosti, ki se zagotavljajo na način in pod pogoji, ki veljajo za gospodarske javne službe, oziroma drugih dejavnosti, katerih izvajanje je v javnem interesu, oziroma drugo vlaganje zasebnih ali zasebnih in javnih sredstev v zgraditev objektov in naprav, ki so deloma ali v celoti v javnem interesu, oziroma v dejavnosti, katerih izvajanje je v javnem interesu. S tem je podana pravno-formalna osnova za obstoj javno-zasebnega partnerstva.

Prav tako pa je namen ZJZP, zagotoviti preglednost, konkurenčnost, nediskriminatornost in poštenost postopkov nastajanja ter sklepanja in izvajanja posameznih oblik javno-zasebnega partnerstva, varovati javne interese v tem razmerju (predpisanih načinov uresničevanja javnega interesa) in zagotoviti vpliv javnega partnerja na to, da se predmet javno-zasebnega partnerstva izvaja v javnem interesu.⁸⁸

Zakon predvideva različne oblike sodelovanja, in sicer:

- **razmerje pogodbenega partnerstva (pogodbeno partnerstvo)**, ki ima lahko naravo:
 - koncesijskega razmerja (koncesijsko partnerstvo),
 - javno-naročniškega razmerja (javno-naročniško partnerstvo),
- **razmerje statusnega partnerstva**, ki se izvaja na naslednje načine:
 - partnerstvo z ustanovitvijo pravne osebe, katere ustanovitelji je država, ena ali več samoupravnih lokalnih skupnosti ali drugih oseb javnega ali zasebnega prava (zakon dovoljuje le ustanovitev družbe z omejeno odgovornostjo ali delniške družbe, izjemoma tudi evropske delniške družbe),
 - partnerstvo s prodajo deleža (gre za prodajo deleža države, samoupravne lokalne skupnosti ali druge osebe javnega prava),
 - partnerstvo z nakupom deleža (gre za nakup deleža javnega partnerja v osebi javnega prava ali drugi pravni osebi).

Vse navedene oblike so v zakonu definirane. Bistvo delitve javno-zasebnega partnerstva od javnih naročil je delitev tveganj. Vsaka pogodbeni stranka prevzame tista tveganja, ki jih lažje in bolj obvladuje. Pred izvedbo projekta javno-zasebnega partnerstva je le-tega potrebno utemeljiti z analizo in projektom, katerega sestavni del je opredelitev tveganja in nosilcev tvegana ter opredelitev in ovrednotenje učinkov za obe pogodbeni strani. Kot navaja predlagatelj ZJZP, ravno spodbude za večjo storilnost in v pogodbi opredeljena tveganja

⁸⁸ 7. člen ZJZP.

pogodbenih strank omogočajo javnemu sektorju, da bo izkoristil prednosti privatnega sektorja pri iskanju donosnih naložb.

ZJZP se osredotoča tudi na opredelitev temeljnih načel javno-zasebnega partnerstva, ki so v nadaljevanju deležna poglobljene študije.

3. TEMELJNA NAČELA

Družbena razmerja že tisočletja temeljijo na posameznih vrednostnih merilih, ki so bila oblikovana z razvojem civilizacij. Eno od temeljnih družbenih vrednostnih meril predstavlja pravičnost, ki jo že Aristotel definira kot izpeljanko iz načela enakosti, osnovano na sorazmernosti.⁸⁹ Če zgolj povzamemo Aristotelovo misel o pravičnosti, zaznamo način oblikovanja vrednostne izpeljave pravnega načela pravičnosti na podlagi formalno-logičnega sklepa:

» Ker je krivičen tisti, ki krši enakost, in ker je krivičnost kršenje enakosti, je jasno, da je nasprotje kršenja enakosti neka sredina. Ta sredina je »enako«: če je namreč v nekem dejanju možno preveč in premalo, je možno tudi enako ... Kajti sorazmerno je v sredini, pravično pa je to, kar je sorazmerno ...; »krivično« je v tem primeru lahko preveč ali premalo ...«

3.1. Načela obligacijskega prava

Dejstvo, da je narava javnega naročila civilnopravna,⁹⁰ zahteva primarno seznanitev s temeljnimi načeli obligacijskega prava pred prehodom na obravnavo konkretnih načel javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva, saj se na ta način vzpostavi temeljno razumevanje načel in deduktivni način razmišljanja.

Načela obligacijskega prava so urejena v določbah od 1. do 14. člena Obligacijskega zakonika (odslej OZ) pod naslovom Temeljna načela. Temeljna načela obligacijsko-pravna teorija deli na pravna načela v ožjem in pravna načela v širšem pomenu.

3.1.1. Pravna načela v ožjem pomenu

Mednje uvrščamo vrednostna merila, ki usmerjajo vsebinsko opredeljevanje pravnih načel in način njihovega izvrševanja. Ločnica med pravnimi načeli in pravnimi pravili je v tem, da pravna pravila izražajo tip vedenja in ravnanja, pravno načelo pa posreduje le vrednostno merilo, kako naj ravnamo v pravnih razmerjih.⁹¹

⁸⁹ Aristoteles – Nikomahova etika, str. 160-161.

⁹⁰ Naročnik v javno-naročniških razmerjih ne nastopa v svoji oblastni ali administrativni funkciji, temveč opravlja ekonomsko dejavnost, kar daje tudi temelj za ugotovitev, da narava javnih naročil civilnopravna.

⁹¹ Povzeto po Plavšak, N. in Pavčnik, M, v Obligacijski zakonik s komentarjem in sodno prakso.

Med pravna načela obligacijskega prava v ožjem pomenu uvrščamo naslednja:

- načelo enakopravnosti udeležencev;⁹²
- načelo vestnosti in poštenja;⁹³
- načelo skrbnega ravnanja;⁹⁴
- prepoved zlorabe pravice;⁹⁵
- načelo enake vrednosti dajatev;⁹⁶
- načelo spoštovanja prevzetih pogodbenih obveznosti – dolžnost izpolnitve obveznosti;⁹⁷
- prepoved povzročanja škode;⁹⁸
- načelo mirnega reševanja sporov.⁹⁹

Našteta načela imajo naravo obveznih pravnih načel in s tem funkcijo pri razlagi pravil obligacijskega prava. Razlagalec pravne norme le-to rekonstruira s pomočjo pravnih načel - vrednostnih meril, ki nakažejo način, kako naj napolni vsebinsko votla mesta v posameznih pravnih določilih (določitev tega, kaj pravno pravilo pomeni) in za katero od več možnih razlag naj se odloči.¹⁰⁰

V primeru uporabe pravnih načel v ožjem smislu je potrebno upoštevanje dejstva, da pravna načela nimajo narave pravnih pravil. Pravna načela so namreč zgolj »vrednostni temelj, ki terja, da ravnamo sorazmerno in s pravno mero«. Intenzivnost uveljavitve vrednostnega temelja v konkretnem primeru pa je dopustna le s »tolikšno intenzivnostjo, kakor to dopuščajo vsebinske rešitve, ki so na področju obligacijskega prava normativno uveljavljene in kolikor to narekujejo značilnosti primera, ki je predmet odločanja«.¹⁰¹

Kot ugotavlja Pavčnik, je potrebno v postopkih normativne konkretizacije (opredelitev konkretnega pravnega pravila, ki izhaja iz abstraktnega splošnega pravila, glede na konkretne okoliščine življenjskega primera) primarno ugotoviti, uresničitvi katerega/katerih temeljnih pravnih načel je pravno pravilo namenjeno. Pravno načelo namreč lahko apliciramo pri razlagi pravnih pravil zgolj v okviru vrednostne in vsebinske povezave med pravnim pravilom in pravnim načelom.

⁹² 4. člen OZ.

⁹³ 5. člen OZ.

⁹⁴ 6. člen OZ.

⁹⁵ 7. člen OZ.

⁹⁶ 8. člen OZ.

⁹⁷ 9. člen OZ.

⁹⁸ 10. člen OZ.

⁹⁹ 11. člen OZ.

¹⁰⁰ Pavčnik, Marjan v Plavšak, N. in Pavčnik, M., v *Obligacijski zakonik s komentarjem in sodno prakso*.

¹⁰¹ Povzeto po Pavčnik, Marjan, *Argumentacija v pravu*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1991, str. 91 – 93.

3.1.2. Pravna načela v širšem pomenu

Pravna načela v širšem pomenu zajemajo tudi pravna pravila, predvsem ko izražajo temeljne pravne pojme in temeljna izhodišča, osrednja vodila, ki prevevajo pravo in (ali) posamezna pravna področja.¹⁰²

Med načela obligacijskega prava v širšem pomenu uvrščamo:

- uporabo določb OZ za vsa obligacijska razmerja;¹⁰³
- dispozitivna narava zakonskih določb;¹⁰⁴
- prosto urejanje obligacijskih razmerij;¹⁰⁵
- uporaba poslovnih običajev, uzanc in ustaljene prakse;¹⁰⁶
- uporaba določb OZ za gospodarske pogodbe;¹⁰⁷
- uporaba določb OZ za druge pravne posle.¹⁰⁸

3.2. Temeljna načela po ZJN-2A in ZJNVETPS-A

Veljavna zakonodaja na področju javnih naročil jasno opredeljuje, da mora ureditev, razvoj sistema javnega naročanja in njegovo izvajanje temeljiti na načelu prostega pretoka blaga, načelu svobode ustanavljanja, načelu prostega pretoka storitev, ki izhajajo iz PES in na načelih gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, zagotavljanja konkurence med ponudniki, transparentnosti javnega naročanja, enakopravne obravnave ponudnikov in sorazmernosti.¹⁰⁹

Osnove temeljnih načel gre torej iskati v PES, katere cilj je bil vzpostavitev skupnega trga, kar pa pogojuje prost pretok storitev, blaga in svobodo ustanavljanja.¹¹⁰

Razširitev normativne ureditve na področju temeljnih načel in podlago za enotno ureditev področja temeljnih načel v ES sta podali Direktivi 2004/18/ES in 2004/17/ES, ki v 2. členu opredelita načelo enakopravnosti, nediskriminacije in transparentnosti.¹¹¹

¹⁰² Povzeto po Plavšak, N. in Pavčnik, M., v Obligacijski zakonik s komentarjem in sodno prakso.

¹⁰³ 1. člen OZ.

¹⁰⁴ 2. člen OZ.

¹⁰⁵ 3. člen OZ.

¹⁰⁶ 12. člen OZ.

¹⁰⁷ 13. člen OZ.

¹⁰⁸ 14. člen OZ.

¹⁰⁹ 5. člen ZJN-2A in 11. člen ZJNVETPS-A.

¹¹⁰ Podrobneje je vzpostavitev skupnega trga obravnavana kasneje pod točko 3.3.4.1. Obravnavanje gospodarskih subjektov.

Veljavna zakonodaja na področju javnih naročil v RS je pri oblikovanju temeljnih načel izhajala iz PES, Direktiv 2004/18/ES in 2004/17/ES in odločitev Sodišča ES ter usmeritev zakonodajalca po odpravi administrativnih ovir z namenom poenostavitve togih pravil v okviru naročanja glede podnormiranosti, togosti in formalističnega pristopa, ki je bil v RS uveljavljen pred spremembo leta 2006. Vzpostavitev jasnih ciljev, pri čemer ciljev ne morejo ostro ločiti od načel, ampak tvorijo vsebinski preplet, je bistvenega pomena za uveljavitev pravilne smeri razumevanja in tolmačenja posameznih določb zakona.

Cilji zakonodajalca sicer veljajo za programska pravna pravila ali »nepopolna pravna pravila«, v kolikor se jih z ostalimi pravnimi normami ne povzdigne v *lex perfecta*, s tem da vključujejo tudi sankcijo v primeru pravne kršitve.¹¹² Med splošno sprejetimi cilji javnega naročanja so vsekakor zagotavljanje finančne discipline pri porabi javnih financ v celotni fazi izvedbe javnega naročila, torej od načrtovanja porabe, določitve zahtev v razpisni dokumentaciji do samega nadzora nad izvajanjem pogodbe. Velja poudariti tudi pomembnost zavedanja odgovornosti za racionalnost in gospodarnost s strani naročnikov pri ravnanju z javnimi sredstvi. Pri izvajanju finančne discipline so naročniki zavezani k upoštevanju tudi ostale relevantne zakonodaje, predvsem Zakona o javnih financah (Ur. l. RS, št. Ur. l. RS, št. 79/1999, Ur. l. RS, št. 124/2000, 79/2001, 30/2002, 56/2002-ZJU, 127/2006-ZJZP, 14/2007-ZSPDPO, odslej ZJF), ki med cilje proračuna in načela zakona uvršča tudi spoštovanje načel učinkovitosti in gospodarnosti. Konkretizacija načela učinkovitosti in gospodarnosti pomeni doseganje želenega učinka z minimalnim obsegom sredstev.

Prav tako se v okviru naštevanja ciljev javnega naročanja ne moremo izogniti pomembnosti vpetosti zagotavljanja poštene konkurence v vse faze javnega naročanja. Vsekakor pa za uresničitev načela zagotavljanja proste konkurence ne zadošča zgolj posamezna pravna norma v ZJN-2A ali ZJNVETPS-A, temveč je potrebna ustrezna pravna ureditev področja konkurenčnega prava tako na ravni nacionalnih držav kot na ravni EU. Vzpostavitev kodifikacije, s pomočjo katere država oblastno posega na trg s ciljem vzpostavitve in vzdrževanja zelene tržne strukture, vsekakor pripomore k zagotavljanju prostega dostopa na trg in ohranja možnost pravno enakopravnega tekmovanja med subjekti, na podlagi konkurenčnih parametrov.¹¹³ Že sama PES daje podlago za urejanje področja konkurence na skupnem trgu, a za doseg maksimalnih učinkov bi bilo potrebno neposredno urejanje

¹¹¹ »Naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter poslujejo pregledno«. Direktiva 2004/18/ES.

¹¹² Več v Pavčnik, Marjan, Teorija prava, Pravna obzorja, 1999, str. 74 – 78.

¹¹³ Več v Zabel, Tržno pravno, str. 121, Grilc, Pravo EU, str. 107 in Eržen, Dolgoročne oblike sodelovanja med ponudniki in naročniki v postopkih oddaje JN v pravu ES, str. 17 -19.

konkurence na skupnem trgu s pomočjo sekundarne zakonodaje v obliki skupnostnega konkurenčnega prava, ob učinkovitem sistemu pravnega nadzora in pravnega varstva.¹¹⁴ Številnost naročnikov, vrednost porabljenih sredstev in različna stopnja upravne kulture so elementi, ki so, kot ugotavljajo študije Svetovne banke, izpostavljeni primerom korupcijskih dejanj. Pojav korupcije pa nikakor ni omejen zgolj na države tretjega sveta ali tranzicijske države,¹¹⁵ temveč jih je zaznati tudi v razvitih državah.¹¹⁶ Vredno je omeniti podatek, da se v okviru korupcijskih dejanj predvideva letna poraba 1 trilijona USD, v okviru javnih naročil pa se ocenjena vrednost sredstev, ki naj se bi jih porabilo za korupcijska dejanja, od 20 – 30 % letne vrednosti naročil.¹¹⁷ ZJN-2A in ZJNVETPS-A sicer izrecno ne vsebujeta določb, ki bi prepovedovale korupcijska dejanja in zanje predvidevale ustrezne sankcije. Korupcijska dejanja se urejajo z Zakonom o preprečevanju korupcije,¹¹⁸ a so le-ta preozko urejena in pomanjkljiva¹¹⁹ glede na možnosti in razsežnosti tovrstnih dejanj ter pomembnost urejenosti tega področja. Na ravni ES se sicer v okviru UNCITRAL-a¹²⁰ pripravlja nov model pravne ureditve javnih naročil,¹²¹ ki bo vsebovala tudi protikorupcijske pravne norme, kar bo predstavljalo veliko dodano vrednost v obliki učinkovitejšega in celostnega pristopa javno naročniške in protikorupcijske zakonodaje.¹²²

Če povzamemo, je s strani zakonodajalca, ki pravno ureditev sprejme, naročnikov, ki pravne norme udejanjajo, in nadzornih organov in Sodišč, ki z oblikovanjem sodne prasko podajo smernice razumevanja posameznih določb, izrednega pomena upoštevanje ključnih ciljev in načel zakona. Prav tem se v praksi posveča relativno majhna pozornost, kljub dejstvu, da so prav temeljna načela ključna pri tolmačenju dejanskih stanj, ki jih pravne norme enoznačno ne pokrivajo, temveč se zahteva pravna razlaga norme. Ravno ponudniki se v revizijskih

¹¹⁴ Več v Eržen, Dolgoročne oblike sodelovanja med ponudniki in naročniki v postopkih oddaje JN v pravu ES, str. 17 -19.

¹¹⁵ V nerazvitih državah ima korupcija zgolj hitrejši in bolj zaznaven vpliv, saj se dovršen del denarja namenjenega za osnovne dejavnosti (zdravstvo, infrastruktura, šolstvo itd.) nameni za plačilo podkupnin, ceno tega pa konec koncev plačajo državljani s še slabšim standardom.

¹¹⁶ Glej, http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi/bpi_2002 (11.3.2008): "Politicians and public officials from the world's leading industrial countries are ignoring the rot in their own backyards and the criminal bribe-paying activities of multinational firms headquartered in their countries." (Peter Eigen, Chairman of Transparency International, May 2002).

¹¹⁷ "Corruption and Technology in Public Procurement", January 2007, Schapper/World Bank.

¹¹⁸ Uradni list RS, št. 2/2004, Uradni list RS, št. 92/2005 Skl.US: U-I-263-05-6, 97/2005 Odl.US: U-I-163/05-36, 100/2005 Skl.US: U-I-296/05, 20/2006-ZNOJF-1, 33/2007 Odl.US: U-I-57/06-28, 28 in 29. člen.

¹¹⁹ Zakon o preprečevanju korupcije v 28. členu prepoveduje zgolj prepoved neposredne lastniške povezanosti funkcionarja organa s ponudnikom, ki bi mu bilo javno naročilo oddano, kar je nezadostna razsežnost tovrstne ureditve.

¹²⁰ The United Nations Commission on International Trade Law.

¹²¹ Glej Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 17 and corrigendum (A/49/17 and Corr.1), annex I. Celoten tekst in podatki o reviziji so dostopni na:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html. (15.3.2008)

¹²² Več na http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/INF.2.pdf (15.3.2008)

zahtevkih pogosto sklicujejo na kršitve temeljnih načel, v katerih razumejo garancije za naročnikovo »pravično« ravnanje in možnost uveljavitve sankcije v primeru kršitve.

Ključno je, da je pravna odločitev vrednostna sinteza, ki v primeru odprtega pomenkega prostora le-tega zapolni v obliki upoštevanja načel, vrednot in meril, ki so v pravnem sistemu normativno opredeljena ali vsaj splošno sprejeta.¹²³ Razlaga posameznih pravnih določb pa ne vodi nujno zgolj do ene pravilne odločitve, ampak morda do več rešitev, ki so enakovredne. Na podlagi znanstvene razlage pravne norme je pomembna zgolj opredelitev vseh možnih pomenov pravnih norm, ki jih pravni akti vsebujejo, pri čemer je uporabnikova odločitev zakonita, če ostaja znotraj pomenkega okvira norme, ki mu jo lahko pripiše katerikoli pomen.¹²⁴ Praktična razlaga pa mora opredeliti zakonski dejanski stan tako, da kljub več možnim razlagam dopušča zgolj enopomensko odločitev. Torej je enopomenska odločitev plod pravnopolitičnega vprašanja, odvisnega od trenutnih notranjih in zunanjih dejavnikov.

3.2.1. Načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti

1) Naročnik mora izvesti javno naročanje tako, da z njim zagotovi gospodarno in učinkovito porabo javnih sredstev in uspešno doseže cilje svojega delovanja, določene skladno s predpisi, ki urejajo porabo proračunskih in drugih javnih sredstev.

2) Če predmet javnega naročila dopušča in če to prispeva k večji gospodarnosti in učinkovitosti izvedbe javnega naročila, mora naročnik oblikovati razpisno dokumentacijo tako, da je mogoče ponudbo oddati po sklopih. Pri tem mora zagotovi nediskriminatorno obravnavo in s tem večjo dostopnost javnega naročila gospodarskim subjektom.¹²⁵

Načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti je predvsem načelo, ki je v primarnem interesu posameznih nacionalnih ureditev, saj poraba javnih financ v okviru javnega naročanja predstavlja del nacionalnega proračuna, pri čemer je v tendenci države, da se ta porabi čimbolj gospodarno. Zakonodaja ES namreč gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti eksplicitno ne uvršča med načela. S tem nikakor ne negiram cilja ES po gospodarni porabi javnih sredstev, ki je vsebovano v ideji »value for money«, opozarjam zgolj na ločnico med nacionalnimi zakonodajami in skupno sekundarno pravno ureditvijo, ki imata kljub skupnim smernicam svojstvene poudarke. Ureditev ES namreč bolj strmi k

¹²³ Več v Pavčnik, Marjan, Teorija prava, Pravna obzorja, 1999, str 347 - 349.

¹²⁴ Kelsen, Reine, 1960, v Pavčnik, Marjan, Teorija prava, Pravna obzorja, 1999, str 349.

¹²⁵ 6. člen ZJN-2A in 12. člen ZJNVETPS-A.

zagotavljanju čim večje dostopnosti informacij, možnosti za uspešno udeležbo v postopkih javnega naročanja, preprečevanju diskriminacijskih ravnanj in enakopravnem obravnavanju ponudnikov. Nacionalne ureditve pa povsem upravičeno poudarjajo tudi gospodarnost pri izvajanju postopkov javnega naročanja, ki veljajo tako nad in pod pragovi za objavo v Uradnem listu ES.¹²⁶

Slovenska pravna ureditev področja gospodarne porabe javnih sredstev izhaja tudi iz Zakona o javnih financah (Ur. l. RS, št. 79/1999, Ur. l. RS, št. 124/2000, 79/2001, 30/2002, 56/2002-ZJU, 127/2006-ZJZP, 14/2007-ZSPDPO, odslej ZJF), ki določa, da je »pri pripravi in izvrševanju proračuna treba spoštovati načeli učinkovitosti in gospodarnosti«.¹²⁷

Če se navežemo na javno-naročniško zakonodajo v povezavi z ZJF, so naročniki tudi v primeru izvajanja javnih naročil pod vrednostmi 10.000,00 EUR za blago in storitve ter 20.000,00 EUR za gradnje na podlagi ZJF zavezani k upoštevanju načela gospodarne oddaje javnih naročil, kljub temu da jim sicer določb ZJN-2A ni potrebno upoštevati.¹²⁸ Načelo gospodarnosti so tako dolžni upoštevati tako neposredni proračunski uporabniki, kot tudi posredni proračunski uporabniki, kar se kaže v določbah ZJN-2A o poročanju o doseženih ciljih in rezultatih.¹²⁹

Definicija učinkovitosti in gospodarnosti sicer v Slovenski zakonodaji nikjer ni eksplicitno navedena, pravna teorija pa podaja razlago učinkovitosti v smeri doseganja maksimalnih učinkov s porabo danih sredstev. Gospodarnost pa naj bi temeljila na doseganju zelenega učinka z minimalnim obsegom sredstev. Pri razlagi pojmov gospodarnost, učinkovitost in uspešnost se lahko opiramo na uredbo EU št. 1605/2002 z dne 25.6.2002, ki pojme opredeljuje na sledeč način:¹³⁰

- **gospodarnost:** pomeni doseganje najnižjih stroškov virov, pridobljenih za doseg načrtovanih ciljev ali rezultatov dejavnosti, ob upoštevanju ustreznih kakovosti takih učinkov ali rezultatov;
- **učinkovitost:** pomeni največje učinke ali najboljše rezultate dejavnosti glede na vložke (porabljene vire);
- **uspešnost:** je stopnja, do katere so doseženi cilji določene dejavnosti, tako imenovano razmerje med predvidenim in dejanskim vplivom določene dejavnosti.¹³¹

¹²⁶ Več o vrednostnih pragovih glej v poglavju 3.3.3.1. Objave.

¹²⁷ 3. odstavek 2. člena ZJF.

¹²⁸ 5. odstavek 24. člena ZJN-2A. Za ZJNVETPS-A so mejne vrednosti 20.000,00 EUR za blago in storitve, ter 40.000,00 EUR za gradnje; 5. odstavek 32. člena.

¹²⁹ 63. člen ZJF, več v Šiltes, 2008, str. 24.

¹³⁰ Povzeto po Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, ZJN-2A s komentarjem, str. 54.

¹³¹ Smernice INTOSAI, str. 15 - 20.

Merjenje učinkovitosti in uspešnosti javne uprave (mišljeno kot celotno delovanje javne uprave ali zgolj delovanje na področju javnih naročil) je, kot ugotavljata Andoljšek in Setnikar-Cankarjeva,¹³² izredno težko merljivo, saj je že določitev merljivih ciljev izredno težka. Cilji javnem uprave namreč niso (vedno) merljivi z ekonomskimi kazalniki, še posebej ob vključitvi sekundarnih politik.¹³³ To pa so vsekakor razlogi, ki ob tolmačenju pojmov učinkovitosti in uspešnosti dopuščajo možnost različnih (tudi povsem nasprotujočih) argumentacij, ustrežajočih političnim težnjam in potrebam, vezanim na konkretne situacije.

Na podlagi Zakona o računskem sodišču¹³⁴ je prav Računsko sodišče pristojno za presojanje smotrnosti poslovanja v okviru državnega proračuna in celotne javne porabe v Republiki Sloveniji glede gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti.

V primerih sledenja uresničevanju načel gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti se izpostavi pomembnost uveljavitve paradigme »Good Governance«¹³⁵ v posamezni državi, pri čemer lahko izpostavimo sledeč kriterije:

- **Participacijo** udeležencev v postopkih javnega naročanja v smeri sledenja ciljem učinkovitosti in uspešnosti z zavedanjem odgovornosti svojih ravnanj. Javni uslužbenci so namreč skladno z Zakonom o javnih uslužbencih¹³⁶ zavezani k ravnanju po načelu dobrega gospodarja¹³⁷ in načelu odgovornosti za rezultate.¹³⁸ Ostali naročniki, ki ne spadajo med javne uslužbence, pa so prav tako dolžni spoštovati gospodarno porabo javnih financ. Vsekakor se »good governance« najbolj približa svojemu cilju, če se v dejanjih naročnikov izraža volja po doseganju dobrih rezultatov v obliki gospodarnih nabav, ki so uspešno izvedene in imajo visoko učinkovitost. Pri navedbi tovrstnih pričakovanj, ki jih imamo do naročnikov, se je potrebno zavedati dejstva, da je za zadostitev navedenih ciljev nujno potrebna skrb za izobraževanje naročnikov. Zgolj tako lahko naročniki v vseh fazah postopka¹³⁹ ravnajo gospodarno, učinkovito in uspešno. Začetni vložek v izobraževanje

¹³² Andoljšek, Žiga, Setnikar-Cankar, Stanka, Ugotavljanje učinkovitosti in uspešnosti v javnem sektorju, Zbornik referatov / X. dnevi slovenske uprave, Portorož, 25., 26., 27. september 2003. - Ljubljana : Fakulteta za upravo, 2003. - ISBN 961-6139-44-4. str. 351-364.

¹³³ Socialne, okoljevarstvene itd. sekundarne politike.

¹³⁴ Uradni list RS, št. 11/2001, Uradni list RS, št. 20/2006-ZNOJF-1.

¹³⁵ Smiselni je prevod dobro upravljanje, pri čemer vsebinsko pojem zajema; odločevalski proces in proces implementacije in izvrševanja v obsegu nadnacionalnih, nacionalnih in lokalnih struktur, več na:

<http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp> (20.3.2008)

¹³⁶ Uradni list RS, št. 56/2002, Uradni list RS, št. 110/2002-ZDT-B, 2/2004-ZDSS-1 (10/2004 popr.), 23/2005, 35/2005-UPB1, 62/2005 Odl.US: U-I-294/04-15, 113/2005, 21/2006 Odl.US: U-I-343/04-11, 23/2006 Skl.US: U-I-341/05-10, 32/2006-UPB2, 62/2006 Skl.US: U-I-227/06-17, 131/2006 Odl.US: U-I-227/06-27, 11/2007 Skl.US: U-I-214/05-14, 33/2007, 63/2007-UPB3.

¹³⁷ 14. člen; Javni uslužbenec mora gospodarno in učinkovito uporabljati javna sredstva, s ciljem doseganja najboljših rezultatov ob enakih stroških oziroma enakih rezultatih ob najnižjih stroških.

¹³⁸ 13. člen; Javni uslužbenec odgovarja za kvalitetno, hitro in učinkovito izvrševanje zaupanih javnih nalog.

¹³⁹ Načrtovanje nabav, izbira najustreznejšega postopka, priprava kakovostne razpisne dokumentacije, vključno z merili in pogoji ter ustrezen nadzor nad izvajanjem pogodbenih obveznosti.

naročnikov bi v sorazmerno kratkem obdobju zagotovo pokazal pozitivne rezultate, ki bi se kazali tudi v finančnih okvirih javnega naročanja.¹⁴⁰

- **Vladavina prava** je vsekakor temeljni okvir dobrega vladanja. Dober pravi okvir je tako naročnikom kot ponudnikom v veliko oporo pri sledenju temeljnim ciljem, ob predpostavki, da so tudi pravice učinkovito varovane. Na tem mestu velja izpostaviti dilemo neustavnosti pravnega varstva v sistemu javnega naročanja, predvsem tako imenovano pravno varstvo na prvi stopnji, ki ga dejansko izvaja naročnik sam (problematika *de facto* enostopenjskega pravnega varstva).¹⁴¹

- **Transparentnost** vodenja postopkov javnega naročanja v vseh fazah vsekakor pripomore k uresničevanju tako načel gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, kot posledično tudi paradigmi »good governance«. S transparentnostjo se odpira polje konkuriranja, konkurenca pa se kaže v zniževanju cen in boljši/kvalitetnejši ponudbi. Ob upoštevanju transparentnosti postopkov se lažje evalvira tudi sama uspešnost izvedbe zastavljenih ciljev.

- Kot pomembne elemente »good governance« pa uvrščamo tudi **ponotranjenje pravnih norm** med osebami, ki pravne norme izvajajo, **skupno sledenje usmeritvam**, ki jih določa zakonodajalec, pri čemer je velikega pomena enoznačno razumevanje zastavljenih ciljev, in **sledenje načelu pravičnosti in odgovornosti** pri izvajanju postopkov javnega naročanja.

Izpostaviti velja, da se uresničevanje načela gospodarnosti z vidika ZJF prične že v fazi pred pričetkom izvajanja javnega naročanja, in sicer pri oblikovanju potreb posameznega naročnika. Z oblikovanjem zahtev, ki temeljijo na resničnih in argumentiranih potrebah in ne zgolj na »potrošniški logiki« po čim prejšnji porabi dodeljenega proračuna, se gospodarnost javnega naročanja vsekakor postavi na višjo raven že v izvorni točki, tovrsten pozitiven učinek pa se prenaša tudi na ostale postopkovne faze. Veljalo bi razmisliti o kreiranju notranjih navodil na ravni naročnikov, s katerimi bi se predpisala predrazpisna faza, v kateri bi pooblaščenec osebno naročnika za vodenje postopkov javnih naročil opredelile tako potrebovane predmete, storitve ali gradnje, kot tudi opredelile vrsto postopka, ki bi bil za nakup potrebovanega predmeta, storitve ali gradnje najbolj smotr in učinkovit. V praksi bi to

¹⁴⁰ Večji prihranki pri nabavah blaga, storitev ali gradenj in manj »outsourcing-a« v obliki pravno svetovalnih pogodb z zunanjimi izvajalci.

¹⁴¹ Osnova trditve izvira iz ustavne pravice do pravnega sredstva (25. člen Ustave RS). Naročnik torej v primeru vloženega revizijskega zahtevka na prvi stopnji sam odloča o pravilnosti svojega ravnanja, ki ga z zahtevkom oporeka vlagatelj. Tovrstne problematike na tem mestu ne bom podrobneje izpostavila, je pa na voljo več presoj ustavnosti delovanja Državne revizijske komisije, vloženih na Ustavno Sodišče RS.

pomenilo, da se mora naročnik že pred izdajo sklepa dodobra poglobiti v predmet nabave s pridobivanjem informacij o samem predmetu, pri čemer so mišljeni cena, kakovost, tehnični elementi, potencialni ponudniki, rok dobave in ostali relevantni podatki. Z oblikovanjem notranjih pravil bi se vzpostavila smiselna vez med načelom gospodarnosti po ZJF in načelom gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti po ZJN-2A in ZJNVETPS-A.

V naslednji fazi naročanja je za uresničevanje načela gospodarnosti bistvenega pomena oblikovanje ustrezne razpisne dokumentacije, ki vključuje smiselno oblikovanje pogojev in meril kot tudi ostalih zahtev naročnika. Prekompleksna razpisna dokumentacija, ki je nesorazmerna s predmetom javnega naročila, lahko dodobra omeji interes pri potencialnih ponudnikih, kar posledično vpliva na zmanjšano raven možne gospodarne oddaje naročila. Prav tako lahko gospodarno oddajo naročil ohromijo nesorazmerno postavljeni pogoji, ki prav tako omejijo krog potencialnih ponudnikov in s tem vplivajo na zmanjšano gospodarnost oddaje naročila. Enakega pomena je oblikovanje meril za izbor (ekonomsko) najugodnejšega ponudnika, s katerimi lahko naročnik bistveno vpliva na gospodarnost oddaje naročila z odločitvijo med merilom najugodnejše ponudbe, kjer je edino merilo cena, ali pa naročnik za izbiro uporabi tudi druga merila, npr. stroški vzdrževanja, obratovalni stroški, čas izgradnje itd. Kot je nakazano, se načelo gospodarnosti povezuje tako z načelom sorazmernosti, načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki kot tudi z načelom transparentnosti.

Kot ugotavlja že Arrowsmithova¹⁴² pa ključen doprinos gospodarnější izvedbi javnega naročila prispevajo prav njegovi izvajalci. V primeru, če javni uslužbenci prevzamejo lagodno vlogo opazovalcev postopka, namesto aktivne vključenosti pri iskanju ustreznih rešitev, to preraste v nepotrebno birokratizacijo izvajanja postopkov brez pričakovanih učinkov gospodarnosti in učinkovitosti, ki jih javno naročanje v nasprotnem primeru vsekakor lahko ponuja.

3.2.1.1. Skupno javno naročaje

Skupna javna naročila naj bi temeljila na predpostavki pozitivnih sinergijskih učinkov na podlagi izvedbe enega javnega naročila za širši krog naročnikov. Pozitivni elementi skupnih javnih naročil se torej kažejo v izvedbi enega javnega naročila, ki ga izvaja pooblaščen organ¹⁴³ na podlagi sklepov Vlade RS, namesto izvedbe x števila javnih naročil s strani posamičnih naročnikov. Posledično to pomeni časovni prihranek pri oblikovanju in izvajanju

¹⁴² Arrowsmith, 2005, str. 5 iz Cabinet Office, »Making a difence«, n.16, Extensive Summary. .

¹⁴³ Primer organa, ki izvaja skupna javna naročila je Služba za javna naročila Ministrstva za javno upravo deluje v okviru Sekretariata ministrstva.

postopka ter možnost iztrženja večjih količinskih popustov oziroma pridobitev nižje cene naročenega blaga, storitev ali gradenj. Prednost skupnega izvajanja javnih naročil z vidika posameznih naročnikov pomeni tudi razbremenitev le-teh in hkratno poenotenje dobre prakse in večjo transparentnost postopkov.¹⁴⁴ Skupna javna naročila velja uporabiti v primeru nabav blaga in storitev, ki so skupne večjemu številu naročnikov, pri čemer ni večjih odstopanj pri potrebah posameznih naročnikov. Dober primer skupnih javnih naročil so nabave pisarniškega materiala, računalniške opreme, nakup avtomobilov itd.¹⁴⁵ Pri izvajanju skupnih javnih naročil pa je vsekakor potrebno dati poseben poudarek premišljenosti njihovega izvajanja. Skupno javno naročilo namreč pomeni veliko koncentracijo sicer razpršenih sredstev, kar poveča poslovne apetite s strani ponudnikov. Posledično to pomeni večjo verjetnost za vložitev revizijskih zahtevkov s strani ponudnikov, saj skupno javno naročilo lahko predstavlja veliko poslovno priložnost, za katero se je po mnenju ponudnikov vredno bojevati z vsemi pravnimi sredstvi, vse več pa je tudi »lobiranja« in »drugačnih vrst poskusov« vplivanja na naročnika.¹⁴⁶ Prav tako ne smemo spregledati pomembnega aspekta skupnih javnih naročil, in sicer močnega vplivanja na trg, saj se običajno s skupnimi javnimi naročili s postavljanjem visokih referenčnih pogojev¹⁴⁷ preferira večje ponudnike. Pri omembi preferiranja večjih ponudnikov je vsekakor treba omeniti legitimno možnost ponudnikov do raznih oblik združevanja (partnerske, konzorcijske pogodbe ali druge oblike statusnega združevanja), vendar so tovrstni poskusi prej redkost kot pravilo, predvsem pa se na ta način konkurenca zaradi potreb združevanja prej omejuje kot omogoča. V primeru, če se namerava skupno javno naročilo oddati zgolj enemu (ekonomsko) najugodnejšemu ponudniku, je potrebno dobro pretehtati učinke takega ravnanja, ki lahko posledično privedejo do tega, da na trgu ostane zgolj en ponudnik, kar pa naročniku ob naslednji izvedbi javnega naročila zaradi neobstoja konkurence zagotovo ne bo prineslo gospodarne oddaje javnega naročila.¹⁴⁸ Dobre prakse namreč kažejo, da velja skupna javna naročila deliti na sklope, s čimer se z vrednostno in količinsko razpršitvijo naročila omogoči ugodnejši vpliv na trg.

¹⁴⁴ Šoltes, Igor v ZJN-2 s komentarjem, str. 58.

¹⁴⁵ Smiselno pa je sprejem enotne klasifikacije predmetov naročil, ki bi se izvajala v okviru skupnih javnih naročil.

¹⁴⁶ Za vzorčen primer z vidika gospodarnosti, uspešnosti in učinkovitosti neuspelega postopka glej postopek oddaje skupnega javnega naročila za dobavo pisarniškega materiala za potrebe organov Republike Slovenije in javne uprave, ki ga je vodilo Ministrstvo za javno upravo. Bralec si lahko jasno sliko ustvari ob vpogledu v sklep Državne revizijske komisije s št.: 018-120/2007-7 z dne 3. 5. 2007.

¹⁴⁷ Pogoji, ki se v skupnih javnih naročilih običajno postavljajo v smeri visokega letnega prometa ponudnika (npr. vsaj v vrednosti predvidene pogodbene vrednosti razpisa) ali velikega števila vrednostno visokih referenc lahko dodobra omejijo krog potencialnih ponudnikov.

¹⁴⁸ Primer popolnoma neuspelega skupnega javnega naročila ja tudi Skupno javno naročilo za Izvajanje poštnih in kurirskih storitev za potrebe pravosodnih organov in organov državne uprave, ki ga je izvajalo Ministrstvo za pravosodje.

3.2.1.2. Oddaja javnih naročil po sklopih

Iz drugega odstavka 6. člena ZJN-2A in drugega odstavka 12. člena ZJNVEPS-A izhaja, da je naročnik zavezan¹⁴⁹ k oblikovanju razpisne dokumentacije v smeri, da se omogoči oddaja ponudb po sklopih, v primeru, če to dopušča predmet javnega naročila in se s tem zagotovi gospodarnost in učinkovitost izvedbe javnega naročila. Smiselno se je osredotočiti na del določbe, ki kot pogoj za delitev naročila na sklope opredeljuje gospodarnost in učinkovitost izvedbe javnega naročila. Iz dikcije torej izhaja zahteva po kumulativni izpolnitvi obeh kriterijev – gospodarnosti in učinkovitosti. Na tej točki pa se zastavlja vprašanje, ali sta gospodarnost in učinkovitost v primeru delitve naročila na sklope pojma, ki ju lahko uveljavljamo skupaj oziroma imata sinergijske učinke. Iz praske namreč izhaja, da se v primeru zadovoljitve načela gospodarnosti, torej doseganja najnižjih stroškov, pridobljenih za dosego cilja, ob upoštevanju določene kakovosti, težko približamo ciljem, ki jih zasleduje učinkovitost, torej maksimalne učinke glede na vložek. Če pojasnim s primerom; v primeru, če posamezno javno naročilo delimo na x število sklopov in na ta način dosežemo nižje cene, s tem na drugi strani pridobimo x število dobaviteljev/izvajalcev, ki pomenijo večjo udeležbo naročnika z vidika logistike postopka, saj je potrebno ne le skleniti x število pogodb z x dobavitelji/izvajalci, temveč je potrebno tudi nadzirati x število dobaviteljev/izvajalcev in z njimi ločeno kontaktirati v primeru nabav. Še večje odstopanje od načela učinkovitosti pa v primeru delitve naročila na x sklopov predstavlja večja možnost po neusklajenosti posameznih izvajalcev, če se nabave v kakršnikoli smeri povezujejo. Primer lahko ponazorimo z oddajo javnega naročila za dobavo računalniške opreme in vzdrževanja, ki se odda po sklopih. Neusklajenost med dobaviteljem in vzdrževalcem lahko predstavlja za naročnika veliko mero neučinkovitosti, saj mora svojo energijo usmerjati v usklajevanje obeh izvajalcev in v reševanje nastalih konfliktov glede prelaganja odgovornosti v zvezi s kršitvami pogodbenih obveznosti z enega izvajalca na drugega. Če torej izhajamo iz gole jezikovne razlage, je naročnik zavezan k delitvi naročila na sklope, zgolj ko so izpolnjene vse postavke pravne norme, tudi gospodarnost in učinkovitost. Naročnik bo lahko v praksi praviloma skoraj v vsakem primeru zatrjeval izostanek načela učinkovitosti, kot izhaja iz zgoraj navedenega primera, in javnega naročila ne bo oddal po sklopih. Tovrstna dikcija je, kot izhaja iz praktičnih primerov dejanskih stanj, preveč toga. Če je imel zakonodajalec cilj, deliti naročila po sklopih, bi bila primernejša dikcija z dopustno alternativno izpolnitvijo pogoja glede

¹⁴⁹ Pravna norma zahteva obligatorno ravnanje, saj je zakonodajalec navedel; ...naročnik mora oblikovati razpisno dokumentacijo tako, da je mogoče ponudbo oddati po sklopih.

gospodarnosti ALL učinkovitosti, kar bi naročnike tudi v primeru manjše učinkovitosti vseeno zavezovalo k delitvi naročil po sklopih, če bi to uresničevalo cilje gospodarnosti. Naročniki so praviloma znani po iskanju »učinkovitejših« poti do cilja, tudi na račun gospodarnosti, zato je smiselna ostrejša zakonska dikcija, ki bi tovrstna »ubiranja lažjih načinov« onemogočila.

3.2.2. Načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki

1) Naročnik v postopku javnega naročanja ne sme omejevati konkurence med ponudniki, zlasti ne sme omejevati možnih ponudnikov z izbiro in izvedbo postopka, ki je v nasprotju s tem zakonom, pri izvajanju javnega naročanja pa mora ravnati v skladu s predpisi o varstvu oziroma preprečevanju omejevanja konkurence.

2) Naročnik ne sme zahtevati od ponudnika, da pri izvedbi naročila zaposli določene podizvajalce ali da izvede kakšen drug posel, kot na primer izvoz določenega blaga ali storitev, če s posebnim zakonom ali z mednarodnim sporazumom ni določeno drugače.¹⁵⁰

Načelo zagotavljanja konkurence predstavlja osrednji cilj ES v okviru urejanja skupnega trga, ki zajema tudi področje javnih naročil. Kljub temu da Direktive 2004/17/ES in 2004/18/ES ne navajajo zagotavljanje konkurence kot temeljnega načela javnega naročanja, lahko na podlagi sodne prakse ES zatrdimo, da je zagotavljanje konkurence vsekakor priznано in povzdignjeno v nepisano, a upoštevano pravno pravilo.¹⁵¹ V fazi uresničevanja načela zagotavljanja konkurence težko potegnemo ločnico med načelom enakopravne obravnave ponudnikov, ki prav tako v svoji dikciji zajema prepoved ustvarjanja okoliščin, ki bi pomenile krajevno, stvarno ali osebno diskriminacijo, diskriminacijo, ki izvira iz klasifikacije dejavnosti, ki jo opravlja ponudnik, ali drugo diskriminacijo.¹⁵² Hkrati pa tudi sodna praksa Sodišča EC v številnih primerih načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki obravnava v smislu »podporne« določbe načelu nediskriminacije (oziroma po ZJN-2A in ZJNVETPS-A načelu enakopravne obravnave ponudnikov).¹⁵³ Če povzamemo, je cilj načela zagotavljanja konkurence med ponudniki odprava omejitev v fazi priprave razpisne dokumentacije in v fazi sodelovanja ponudnikov v postopkih javnega naročanja ter zagotovitev možnosti sodelovanja

¹⁵⁰ 7. člen ZJN-2A in 13. člen ZJNVETPS-A.

¹⁵¹ Arrowsmith, The law of public procurement and utilities procurement, 2007, str. 432.

¹⁵² 9. člen ZJN-2A in 15. člen ZJNVETPS-A.

¹⁵³ Case C-399/98, Ordine degali Architetti delle province de Milano e lodi v Comune di Milano (»La Scala«), 2001, E.C.R. I-5409, ECJ; Joined cases C-285/99 and C-296/99, Impresa Lombardini SpA v ANAS, 2001, E.C.R. I-9233, ECJ, para.35; Case C-92/00Hospital Ingeniure Krankenhausstechnik Planungs – GmbH (HI) v Stadt Wien, 2002, E.C.R. I-5553, ECJ, para.44. Povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 129.

ponudnikov v postopku pod enakimi pogoji. S tem pa se od naročnikov zahteva tako upoštevanje določb ZJN-2A in ZJNVTPS-A kot tudi konkurenčnega prava.¹⁵⁴ Če posplošimo pomeni zagotavljanje konkurence v postopkih javnih naročil racionalnejšo porabo javnih sredstev. Ob podrobnejšem vpogledu pa ta zajema prihranke pri izdatkih, konkurenčnem učinku, ki vzpodbudi tekmovalnost med domačimi in tujimi ponudniki in posledično vpliva na nižanje cen ter v učinku prestrukturiranja ponudnikov.¹⁵⁵

Kakšna so torej ravnanja, ki vzpodbujajo omejevanje konkurence, in kdaj so ta v okviru javnih naročil najbolj vidna? To so predvsem ravnanja, katerih posledice ponudnikom onemogočajo uveljavitev podjetniške svobode in pomenijo vzpostavitev neenakih možnosti sicer enakovredno usposobljenih in zainteresiranih ponudnikov.¹⁵⁶

Najpogostejše oblike omejevanja konkurence nastopijo ob:

- izbiri postopka s pogajanjem kljub neizpolnjevanju pogojev za izvedbo pogajanj;¹⁵⁷
- sklepanju dodatkov k pogodbam z obstoječimi izvajalci brez pravne podlage;¹⁵⁸
- uporabi pogojev, ki s pretirano visokimi in glede na predmet naročila nesorazmernimi zahtevami omejujejo konkurenco;¹⁵⁹
- uporabi tehničnih specifikacij, ki z navedbo posameznih licenčnih ali drugih oblik artiklov omejijo konkurenco zgolj na »zelenega« ponudnika;
- izvedbi postopka zbiranja ponudb brez predhodne objave; povabilo za oddajo ponudbe se pošlje zgolj v naprej dogovorjenemu krogu ponudnikov, s ciljem izbire točno določenega ponudnika, kar očitno onemogoča konkurenco ostalim ponudnikom izven »dogovorjenega kroga«;
- nezadostno opredeljenih tehničnih specifikacijah, ki »nepoučenemu« ponudniku predstavljajo širši obseg zahtevanih storitev, blaga ali gradenj, pri čemer se bo to odrazilo tudi v obliki višje ponudbene cene. Med tem ko bodo »poučeni« ponudniki znali oceniti realen obseg zahtevanih storitev, blaga ali gradenj in posledično podali konkurenčnejšo ceno.

¹⁵⁴ Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence, Uradni list RS, št. 56/1999, Uradni list RS, št. 37/2004, 99/2004-UPB1, 40/2007, 64/2007-UPB2, 36/2008-ZPOmK-1.

¹⁵⁵ Šoltes, 2008 povzeto po Zabel, 1997 str. 19.

¹⁵⁶ Povzeto po Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej,, Zakon o javnem naročanju s komentarjem, str. 60.

¹⁵⁷ Neizpolnjevanje kriterijev, ki jih za izvedbo pogajanj določata 28. in 29. člen ZJN-2A ter 34. in 35. členu ZJNVETPS-A.

¹⁵⁸ Sklepanje aneksov k pogodbi brez izvedbe pogajanj ali sklepanje aneksov, ki večkratno presegajo dovoljenih 30% pogodbene vrednosti (6. odstavek 29. člena ZJN-2A) itd.

¹⁵⁹ Kot pogoj se zahteva referenca v npr. trikratni vrednosti predmetnega javnega naročila, kar je običajno nesorazmerna in pretirana zahteva.

Največjo stopnjo konkurenčnosti glede na svoje osnovne parametre zagotavlja odprti postopek,¹⁶⁰ saj le-ta omogoča sodelovanje neomejenemu številu zainteresiranih ponudnikov, ki izpolnjujejo pogoje. Naročnik torej v odprtem postopku razen z oblikovanjem pogojev ne more omejiti števila morebitnih ponudnikov, ki bodo oddali ponudbe.¹⁶¹ Torej zagotavljanje konkurence doseže maksimalno raven.

V postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti s sklenitvijo okvirnega sporazuma je v prvi fazi ugotavljanja usposobljenosti zagotovljena konkurenca med kandidati, se pa ta zoži s sklenitvijo okvirnih sporazumov, kar naročnik omeji na vnaprej določeno število ponudnikov, ki sicer še zagotavlja zadostno konkurenco glede na predmet naročila.¹⁶²

Z vidika zagotavljanja konkurence je bolj problematična izvedba postopka s pogajanjem, saj je pri izvedbi pogajanj načeloma diskrecija naročnika glede izbora kroga ponudnikov, ki bodo v postopku sodelovali, večja. ZJN-2A in ZJNVETPS-A postavlja normativne okvire izvedbe pogajanj, pri čemer izvedba postopka s pogajanjem s predhodno objavo¹⁶³ zagotavljanja konkurence ne omejuje v tolikšni meri, kot je ta lahko omejena v postopku s pogajanjem brez predhodne objave. Naj pojasnim:

- V primeru izvedbe postopka s pogajanjem po predhodni objavi se konkurenca še vedno vzpostavi zaradi same objave naročila na portalu javnih naročil Uradnega lista ali v primeru vrednosti nad pragom tudi v Uradnem glasilu ES. Izjemo od zahteve po objavljanju v okviru 28. člena ZJN-2A predstavlja zgolj primer, če je naročnik v postopek s pogajanjem povabil vse ponudnike, ki izpolnjujejo pogoje iz 42. do 47. člena ZJN-A, pri čemer je bil prvotno izveden odprti postopek, konkurenčni dialog ali postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti, objavljen. V tem primeru je naročnik ohranil enak nivo konkurenčnosti, kot je bil zagotovljen v predhodno izvedenem postopku, hkrati pa zakon uveljavlja še dodatno varovalo konkurenčnosti in enake obravnave ponudnikov z zahtevo, da se v postopku s pogajanjem razpisna dokumentacija bistveno ne spremeni.

- Postopek s pogajanjem brez predhodne objave pa prvenstveno pomeni zoženje konkurence na običajno enega ponudnika, katerega izbira temelji na diskreciji naročnika, vezanega na konkretni primer. Kljub zakonskim omejitvam za izvedbo postopka s pogajanjem brez predhodne objave¹⁶⁴ so tukaj možnosti za zlorabo zagotavljanja konkurence velike.

¹⁶⁰ Podrobneje se v tej fazi v obravnavo odprtega postopka ne spuščam, saj v tej fazi nima večje relevantnosti za namen magistrskega dela.

¹⁶¹ Lahko pa se naročnik kljub temu že pred oddajo ponudb seznanil s krogom ponudnikov, ki bodo oddali ponudbe; naročnik v pogojih predvidi obvezno udeležbo ponudnikov na sestanku, pri čemer je potrdilo o udeležbi na sestanku obvezni sestavni del ponudbene dokumentacije, s tem si naročnik zagotovi vpogled v zainteresiran krog ponudnikov, ki bo morda oddal ponudbo/e.

¹⁶² Več o postopku ugotavljanja usposobljenosti s sklenitvijo okvirnih sporazumov glej Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, Zakon o javnem naročanju s komentarjem, str. 129 - 131 in 155 - 159.

¹⁶³ 28. člen ZJN-2A in 34. člen ZJNVETPS-A.

¹⁶⁴ 29. člen ZJN-2A in 35. člen ZJNVETPS-A.

Neseznanitev ostalih ponudnikov o izvedbi postopka pomeni tudi nezmožnost uporabe pravnih sredstev za ukrepanje s strani ostalih konkurenčnih ponudnikov, saj z informacijo o izvedbi postopka do objave izida dejansko niso seznanjeni.

Vsekakor je uresničevanje ciljev načela zagotavljanja konkurence poglaviten del urejanja področja javnih naročil. Dejstvo pa je, da so pozitivni učinki zagotavljanja konkurence med ponudniki vidni v obliki gospodarnejše oddaje javnih naročil in enakopravne obravnave ponudnikov, kar nakazuje širok preplet načela zagotavljanja konkurence z ostalimi načeli.¹⁶⁵ Hkrati pa načelo zagotavljanja konkurence ne more doseči zelenih učinkov brez zagotovitve zadostne informiranosti potencialnih ponudnikov o izvedbi naročila, torej uporabi določil načela transparentnosti. Zgolj na podlagi informiranosti v obliki objavljanja javnih naročil na portalu javnih naročil oziroma v Uradnem listu EU lahko konkurenco spodbudimo k aktivnemu delovanju.

Nekako nerazumljena je ostala določba 2. odstavka 7. člena, ki naročnikom prepoveduje oblikovanje zahtev v smeri, ki bi od ponudnikov terjale zaposlitev določenih podizvajalcev ali izvedbo določenih del, kjer zakonodajalec celo primeroma navaja izvoz določenega blaga ali storitev.¹⁶⁶ V primeru, da je imel zakonodajalec v mislih prepoved ravnanj naročnika, ki omejujejo svobodno gospodarsko pobudo ponudnikov ali prepoved zahtev po določenih statusnih oblikah, ki bi jih moral ponudnik za izvedbo posameznih del zavzeti, je umestitev določbe v kontekst zagotavljanja konkurence nevmesna oziroma vsaj nezadostno artikulirana, da bi bila lahko razumljena v kontekstu zagotavljanja konkurence. Svobodno gospodarsko pobudo namreč lahko povsem zadostno umestimo med cilje načela enake obravnave ponudnikov, ki zajema tudi prepoved diskriminatornih ravnanj naročnika v smeri stvarne ali osebne diskriminacije ponudnikov.

3.2.2.1. Strokovni dialog med naročnikom in ponudniki

Pri oblikovanju specifikacij/tehničnih zahtev imajo naročniki zaradi širokega spektra nabav nemalo težav zaradi nezadostnega poznavanja trga in/ali predmeta nabave. Veliko uporabnih informacij lahko naročniki pridobijo prav od ponudnikov blaga, storitev ali gradenj, kar je omogočeno v obliki instituta strokovnega dialoga, ki ga je slovenska zakonodaja

¹⁶⁵ Načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, načelo enakopravne obravnave ponudnikov in načelo transparentnosti.

¹⁶⁶ Kot izjemo zakonodajalec navaja primer, ko poseben zakon to dovoljuje ali mednarodni sporazumi drugače urejajo.

povzela po direktivah.¹⁶⁷ S seznanitvijo naročnika o trgu oziroma produktu, ki ga nabavljajo, lahko sledi oblikovanje bolj smiselnih zahtev, ki so prilagojene tako ponudbi na trgu, kot tudi naročnikovim dejanskim potrebam. Izvedba strokovnega dialoga ne sme kakorkoli omejevati oziroma negativno vplivati na konkurenco med ponudniki v smislu oblikovanja specifikacij, ki niso skladne s splošnimi pravili glede določitve tehničnih in drugih elementov javnega naročanja. Pri obravnavi strokovnega dialoga velja omeniti, da ta poteka striktno v fazi pred objavo naročila, kjer se mora tudi zaključiti.¹⁶⁸ Pri sami izvedbi strokovnega dialoga se pojavi povsem praktično vprašanje: ali se strokovni dialog lahko izvaja zgolj na skupnih sestankih, kjer so prisotni vsi zainteresirani ponudniki, ali je mogoča izvedba individualnih strokovnih dialogov. Izvedba skupnega sestanka z vsemi zainteresiranimi ponudniki ima vsekakor več prednosti kot slabosti; na ta način se najlažje zagotovi posredovanje povsem enakovrednih informacij vsem ponudnikom in predvsem se ne ustvarja klima preferiranja posameznih ponudnikov. Kljub temu pa je mogoča izvedba strokovnega dialoga ločeno s posamičnimi potencialnimi ponudniki, če se zgolj na ta način lahko omogoči varovanje tajnih podatkov v zvezi s povpraševanim izdelkom oziroma je s tem varovano načelo konkurence.

V praksi je zaznati majhno uporabo instituta strokovnega dialoga. Naročniki tako običajno oblikujejo specifikacije na podlagi »poznanega«, poznano pa predstavljajo dosedanje izkušnje z obstoječimi ponudniki. Z oblikovanjem specifikacij po principu »poznanega«, naročnik pravzaprav posredno oblikuje trg, saj s svojimi zahtevami posledično pripomore h gospodarski rasti in razvoju zgolj nekaterih podjetij, kar lahko pomeni oblikovanje monopolov ali drugih oblik izkrivljanja konkurence.

Ustvarjanje ugodnega okolja za oblikovanje monopolov ima torej svoje zametke tudi v naročnikovem vztrajanju pri »preizkušeni« izvajalci ali produktih, kar je lahko posledica strahu pred novim. Tovrstno negotovost pa vsekakor vsaj deloma ublaži predstavitev izvajalcev, produktov ali tehnologij v okviru strokovnega dialoga. Predvsem pa uporaba strokovnega dialoga pripomore k večji gospodarnosti javnega naročanja, saj zna naročnik s tem, ko se dobro seznaniti s predmetom javnega naročila, bolje oceniti potrebno količino, stopnjo kvalitete ali vrsto predmeta, torej ne naroča blaga, ki ga dejansko ne potrebuje.

3.2.3. Načelo transparentnosti javnega naročanja

¹⁶⁷ 69. člen ZJN-2A in 72. člen ZJNVETPS-A; »Pred začetkom postopka javnega naročanja lahko naročnik z gospodarskimi subjekti izvede strokovni dialog in v okviru tega zaprosi ali upošteva nasvete, ki jih bo lahko uporabil pri pripravi razpisne dokumentacije, pod pogojem, da taki nasveti oziroma priporočila ne preprečujejo ali omejujejo konkurence«.

¹⁶⁸ Pod pojmom pred objavo naročila je vključen tudi strokovni dialog med usposobljenimi ponudniki.

- 1) Ponudnik mora biti izbran na pregleden način in po predpisanem postopku.
- 2) Postopki naročanja po tem zakonu so javni, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami javnih naročil glede na vrednosti iz 12. člena ZJN-2A tako v Uradnem listu Evropske unije kot tudi na portalu javnih naročil.¹⁶⁹

Načelo transparentnosti se je kot element nediskriminatornosti pojavilo že v PES, sicer pa transparentnost v preambuli Direktive 71/305/ECC ni omenjena. Ob sprejemu Direktive 77/62/EEC preambula že nakazuje pomembnost načela transparentnosti v smeri zagotavljanja večjega nadzora nad prepovedjo omejevanja uvoza, kasneje¹⁷⁰ pa tudi zahtevo po izboljšanju transparentnosti z večjim nadzorom nad ustreznostjo izvajanja svobode ustanavljanja in svobodo zagotavljanja storitev.¹⁷¹ Direktivi 2004/18/ES in 2004/17/ES pa dajeta načelu še večje razsežnosti. Praksa Sodišča ES je načelo transparentnosti uporabila tako v interpretativni obliki¹⁷² kot tudi v obliki samostojne presoje konkretnega načela.¹⁷³ V primeru *Waloon Buses*,¹⁷⁴ kjer je Sodišče ES presodilo, da v primeru, če naročnik eksplicitno ne navede merila za izbiro (ekonomsko) najugodnejšega ponudnika, velja, kot da je naročnik za merilo določil najnižjo ponudbeno ceno, kar jasno nakazuje na izrazito težnjo po vzpostavitvi transparentnosti tudi v primeru, ko je ta navidezno okrnjena. V primeru *Embassy Limousines*¹⁷⁵ je Sodišče ES načelo transparentnosti visoko ovrednotilo v obliki podane presoje, da morajo naročniki vse ponudnike, ki sodelujejo v postopku, sproti obveščati o izvajanju le-tega.

Načelo transparentnosti zakonodajalec povzema po Direktivi 2004/18/ES¹⁷⁶ in Direktivi 2004/17/ES,¹⁷⁷ pri čemer izpostavi temeljni cilj načela, in sicer v obliki zahteve po objavljanju

¹⁶⁹ 7. člen ZJN-2A, dikcija po 14. členu ZJNVETPS pa je sledeča:

»1) Ponudnik mora biti izbran na pregleden način in po predpisanem postopku.

2) Postopki naročanja po tem zakonu so javni, kar se zagotavlja z brezplačnimi objavami javnih naročil, glede na vrednosti iz 17. člena tega zakona tako v Uradnem listu Evropske unije kot tudi na portalu javnih naročil«.

¹⁷⁰ V Direktivi 89/440.

¹⁷¹ Case C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG v Strohal Rotationsdruck GesmbH*, 1998, E.C.R.: I-73, ECJ; Case C-360/96, *Gemeente Arnheim v BFI Holding BV*; European Court of Justice, 1998, E.C.R. I-6821, para.42; Case C-380/98, *R v H; Treasury ex parte University of Cambridge*, 2000, E-C-R- I-8035, ECJ, para.17; Case C-411/00 *Felix Swoboda GmbH v Osterreichische Nationalbank*, 2002, E.C.R. I-10567, ECJ, para.45. Povzeto po Arrowsmith, 2005, str.127.

¹⁷² Primer *Embassy Limousine and Services v Parliament*, Case T-203/96, 1998, E.C.R.II-4239 CFI, primer *Universale-Bau v EBS*, Case C-470/99, 2002 E.C.R.I-11617, ECJ, povzeto po Arrowsmith, 2006, str. 430 in 431.

¹⁷³ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH nad Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG*, 2000, E.C.R. I-10745, ECJ; Case C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducentersserviceselskab v Ministret for Fodvarer, Landbrug og Fiskeri (Danske Ministry for Food, Agriculture and Fisheries)*, 1999, E.C.R. I-8291 in the ECJ.)

¹⁷⁴ Judgment of 25 April 1996, *Commission v. Belgium*, Case C-87/94. *Walloon Buses*. See also Judgment of the Court of First Instance (hereinafter referred to as the .CFI.) of 17 December 1998, T-203/96, *Embassy Limousines & Services*.

¹⁷⁵ Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 17 December 1998, Case T-203/96.

¹⁷⁶ 2. člen; »Naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter poslujejo **pregledno**«.

javnih naročil na ustreznih, za to namenjenih portalih.¹⁷⁸ Kot ugotavlja že Arrowshmithova,¹⁷⁹ predstavlja načelo transparentnosti pomembno orodje za preprečevanje in nadzor nad morebitnim diskriminatornim ravnanjem naročnikov, ki se osredotoča na 3 glavne aspekte:

- objavljanje javnih naročil, ki zajemajo tudi objavo naročnikovih zahtev v obliki pogojev in meril;¹⁸⁰
- odločanje na podlagi pravnih norm, kar omeji diskrecijo naročnikov;
- možnost (ne)potrjevanja (ne)pravilnosti svojih dejanj s strani ostalih udeležencev v postopku, kar omogoča zgolj transparentnost in javnost dejanj naročnikov.

Načelo transparentnosti naj bi v vse faze postopka vneslo enake možnosti za dostop do nabora informacij, ki so relevantne za oddajo naročila in ustrezno pravno varstvo. Z naborem enakih informacij so mišljene sledeče faze postopka: objavljanje javnih naročil, jasna navedba dostopa do razpisne dokumentacije in navedba vsebine razpisne dokumentacije, jasna in nedvoumna razpisna dokumentacija, podaja dodatnih pojasnil k razpisni dokumentaciji in njihova dostopnost, javno odpiranje ponudb, omogočanje vpogleda v ponudbeno dokumentacijo ostalih ponudnikov, podaja dodatne obrazložitve in končna objava izida javnega naročila.

Za uresničevanje cilja skupnega trga je transparentnost v obliki objavljanja informacij v zvezi z javnimi naročili izrednega pomena, saj se zgolj na ta način vzpostavijo pogoji za konkuriranje zainteresiranih ponudnikov tudi izven države naročnika (tj. tujih ponudnikov).

Kot je zaznati že pri ostalih načelih, je tudi načelo transparentnosti v tesni povezavi z ostalimi načeli, predvsem z načelom zagotavljanja konkurence¹⁸¹ in načelom enake obravnave ponudnikov.

3.2.3.1. Obveščanje

¹⁷⁷ 10. člen, enaka dikcija kot v Direktivi 2004/18/ES.

¹⁷⁸ V Sloveniji je to portal javnih naročil Uradnega lista, ki je dostopen na strani: <http://www.enarocanje.si>. (25.3.2008) Za objave nad evropskim pragom se le-te pošiljajo na **SIMAP**, dostopen na strani: <http://simap.eu.int/> (25.3.2008), pri čemer so objave vidne na drugem portalu; Tender Electronic Daily (skrajšano **TED**), ki je dostopen na strani: <http://ted.europa.eu/> (25.3.2008)

¹⁷⁹ Arrowsmith, *The Public Procurement and Utility procurement*, str. 430.

¹⁸⁰ Arrowsmithova sicer ločeno obravnava objavljanje javnih naročil in objavljanje naročnikovih zahtev (pogojev in meril), zato tudi navaja štiri in ne treh aspektov.

¹⁸¹ Zagotovitev neoviranega konkurenčnega prostora je mogoča zgolj če imajo različni udeleženci enake pogoje za udeležbo v transparentnih postopkih oddaje naročil. Več v Eržen, *Dolgoročne oblike sodelovanja med ponudniki in naročniki v postopkih oddaje javnih naročil v pravu ES, 2004*, str. 119.

Že Direktiva 2004/18/ES v 36. točki uvodnega dela poudari potrebo po objavljanju javnih naročil, saj so zgolj na ta način, s posredovanjem ustreznih informacij, lahko vzpostavljene možnosti za prosto konkuriranje na skupnem trgu.¹⁸²

Kot izhaja iz Razlagalnega sporočila Komisije, v skladu s prakso Sodišča ES,¹⁸³ načela enake obravnave in nediskriminacije pomenijo obveznost transparentnosti, ki vsebuje zagotovitev določene mere obveščanja, ki zadostuje, da se trg storitev odpre za konkurenco v korist vsem potencialnim ponudnikom. Obveznost transparentnosti zahteva, da ima podjetje s sedežem v drugi državi članici dostop do ustreznih informacij glede javnega naročila, preden se naročilo odda, tako da mu je, če to želi, omogočeno izraziti interes za pridobitev navedenega javnega naročila.¹⁸⁴

Komisija meni, da kontaktiranje nekaj potencialnih ponudnikov v tem pogledu ne bi bilo dovolj, tudi če naročnik vključi podjetja iz drugih držav članic ali poskuša zajeti vse potencialne dobavitelje. Tak selektivni pristop ne more izključiti diskriminacije potencialnih ponudnikov iz drugih držav članic, zlasti novih tekmecev na trgu. Enako velja za vse oblike „pasivnega“ obveščanja javnosti, ko se naročnik vzdrži dejavnega obveščanja in odgovarja na vprašanja kandidatov, ki so se na lastno pobudo seznanili z nameravano oddajo naročila. Preprosti sklic na poročila medijev, parlamentarne ali politične razprave ali dogodke, kot so kongresi, prav tako ne bi pomenil ustreznega obveščanja. Zato je edini način za izpolnitev zahtevanih standardov, opredeljenih s prakso Sodišča ES, objava dovolj dostopnega obvestila pred oddajo naročila. Obvestilo mora objaviti naročnik z namenom odprtja oddaje naročila konkurenci.

Objavljanje naročil¹⁸⁵ na portalu javnih naročil Uradnega lista RS oz. v Uradnem glasilu Evropske unije¹⁸⁶ je pogojeno z izpolnitvijo zakonske zahteve po objavljanju javnih naročil (zadostitev načela transparentnosti)¹⁸⁷ nad določenimi vrednostmi.¹⁸⁸ Prav tako pa objavljanje predstavlja dejanje za seznanitev ponudnikov s potrebami naročnika, saj z

¹⁸² »Za zagotovitev razvoja učinkovite konkurence na področju javnih naročil je treba obvestila o javnih naročilih, ki jih pripravijo naročniki iz držav članic, oglaševati v vsej Skupnosti. Informacije v teh obvestilih morajo omogočati gospodarskim subjektom v Skupnosti, da ugotovijo, ali so predlagana javna naročila zanimiva za njih. Zato jim je treba ponuditi ustrezne informacije o cilju naročila in o pogojih v zvezi z njim. Torej je treba zagotoviti boljšo vidnost javnih obvestil z ustreznimi instrumenti, kot so standardi obrazci za obvestila o javnem naročilu in Enotni besednjak javnih naročil (CPV), ki je v Uredbi Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 2195/20021 določen kot referenčna nomenklatura za javna naročila. V omejenih postopkih je oglaševanje predvideno predvsem za omogočanje izvajalcem iz držav članic, da izrazijo svoje zanimanje za naročila tako, da zahtevajo od naročnika razpis za zbiranje ponudb pod določenimi pogoji«. DIREKTIVA 2004/18/ES.

¹⁸³ Zadeva Telaustria, odstavek 62, in zadeva Parking Brixen, odstavek 49. Povzeto po Razlagalnem sporočilu komisije.

¹⁸⁴ Zadeva Coname, odstavek 21. Povzeto po Razlagalnem sporočilu komisije.

¹⁸⁵ V nadaljevanju se razprava osredotoča na fazo objave naročila.

¹⁸⁶ Členi ZJN-2A od 57. do 64. in ZJNVETPS-A od 57. do 65.

¹⁸⁷ 8. člen ZJN-2A in 14. člen ZJNVETPS-A.

¹⁸⁸ Vrednosti opredeljuje 12. člen ZJN-2A in 17. člen ZJNVETPS-A, z upoštevanjem Uredbe št. 1442/2007 z dne 4.12.2007.

vpogledom v objavo ponudniki dobijo (običajno) prvo informacijo o naročnikovih potrebah v okviru posameznega naročila.¹⁸⁹ Objavljanje javnih naročil pa prav tako predstavlja odstranitev informacijskih ovir na področju vzpostavitve dejanskega izvajanja skupnega trga na področju javnih naročil.¹⁹⁰

Objavljanje v okviru ZJN-2A¹⁹¹ in ZJNVETPS-A¹⁹² obsega pet tipov objav, in sicer:

- predhodno informativno obvestilo;
- obvestilo o javnem naročilu;
- obvestilo o oddaji javnega naročila;
- obvestilo o javnem naročilu po postopku zbiranja ponudb po predhodni objavi;
- obvestilo o oddaji javnega naročila po postopku zbiranja ponudb po predhodni objavi.

Standardni obrazci,¹⁹³ ki so na voljo za objavljanje na portalu javnih naročil Uradnega lista RS in v Uradnem glasilu Evropske unije, pa obsegajo več tipov obrazcev, in sicer:

- Obvestilo o naročilu po postopku zbiranja ponudb po predhodni objavi v skladu z 61. členom ZJN-2A;
- Obvestilo o oddaji naročila po postopku zbiranja ponudb po predhodni objavi v skladu s 63. členom ZJN-2A;
- Obvestilo o naročilu po postopku zbiranja ponudb po predhodni objavi v skladu z 62. členom ZJNVETPS-A;
- Obvestilo o oddaji naročila po postopku zbiranja ponudb po predhodni objavi v skladu s 64. členom ZJNVETPS-A;
- Obrazec 1 - Predhodno informativno obvestilo;
- Obrazec 2 - Obvestilo o naročilu;
- Obrazec 3 - Obvestilo o oddaji naročila;
- Obrazec 4 - Periodično informativno obvestilo – gospodarske javne službe;
- Obrazec 5 - Obvestilo o naročilu – gospodarske javne službe;
- Obrazec 6 - Obvestilo o oddaji naročila – gospodarske javne službe;
- Obrazec 7 - Kvalifikacijski sistem – gospodarske javne službe;
- Obrazec 9 - Poenostavljeno obvestilo o naročilu po dinamičnem nakupovalnem sistemu;

¹⁸⁹ Več v Habjan Piletič Jana, v Ključni elementi javnega naročanja z vidika ponudnikov, Lex localis, maj 2008.

¹⁹⁰ Več na <http://www2.ihis.aau.dk/~pmadsen/purchase.htm> (27.3.2008)

¹⁹¹ 57. člen.

¹⁹² 57. člen.

¹⁹³ Standardni obrazci so opredeljeni v Uredbi Komisije (ES) št. 1564/2005 z dne 7. septembra 2005 o določitvi standardnih obrazcev za objavo obvestil v okviru postopkov javnih naročil v skladu z direktivama 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta (UL L, št. 257/1 z dne 1. 10. 2005).

- Obrazec 10 - Koncesija za javne gradnje;
- Obrazec 11 - Obvestilo o naročilu - naročila, ki jih bo oddal koncesionar;
- Obrazec 12 - Obvestilo o projektne natečaju;
- Obrazec 13 - Rezultati projektne natečaja.

Pri samem objavljanju predstavlja kljub predpisanim standardnim obrazcem, ki določajo obseg zahtevanih informacij vsake objave, problematika različnega obsega vnašanja podatkov. In sicer se v praksi pri objavljanju v vse večjem številu pojavlja navedba zelo skopih, nenatančnih ali nepopolnih podatkov, s katerimi se izgublja uresničevanje načela transparentnosti objavljanja. Kot primer »nekorektnega« objavljanja bi lahko navedli primer, ko naročnik v točki POGOJI (obrazec Obvestilo o naročilu) navede zgolj sledeč podatke: finančni pogoj, kadrovski pogoj, referenčni pogoj itd., brez dodatnega in relevantnega opisa, ki bi pojasnjeval vsebino, npr. kadrovskega pogoja, in določal dokazila, s katerimi ponudnik izkazuje izpolnjevanje pogoja. Tovrstno navajanje podatkov z vidika ponudnikov dejansko zgublja del svojega smisla z vidika transparentnosti, saj naj bi bili ponudniki ob pregledu objave kar najbolje seznanjeni z naročnikovimi zahtevami (v okviru vsebinskih možnosti objave seveda), in objava ne bi predstavljala zgolj referiranja na razpisno dokumentacijo. Ponudnik bo ob pregledu korektno izpolnjene objave, ki vsebuje navedbo pogojev in dokazil za njihovo izpolnjevanje (ki ne odstopajo od navedb iz razpisne dokumentacije), meril,¹⁹⁴ plačilnih pogojev, zahtevanih tipov zavarovanj (z navedbo tipa zavarovanja, višine in veljavnosti) in opisa predmeta javnega naročila, lažje pravilno ocenil, ali konkuriranje za tovrstno javno naročilo zanj lahko predstavlja poslovno priložnost ali ne. V primeru, če se bo ponudnik odločil za konkuriranje v konkretnem javnem naročilu, bo vsekakor dolžan proučiti razpisno dokumentacijo. Zato bi bilo korektno, da ponudnika že v sami objavi, glede večine zahtev, ne napotimo direktno na razpisno dokumentacijo, saj to za ponudnike predstavlja nepotrebno oz. prezgodnje poglobljanje v določbe razpisne dokumentacije. Še posebej, če se izkaže, da možnosti za konkuriranje ni. Praksa v obliki korektnega navajanja podatkov v objavi bi v polnosti konkretizirala namen zakonskih zahtev po objavljanju in sledenje načelu transparentnega javnega naročanja,¹⁹⁵ hkrati pa bi naročniki s tem naredili tudi korak bližje k partnerskemu odnosu do ponudnikov.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Glej primer EC Commission: Public procurement in the European Union, COM (98) 143, 1st March, 1998, prav tako v Eržen, str. 119.

¹⁹⁵ Kot izhaja iz Razlagalnega sporočila Komisije je pri vsebini objavljanja potrebno upoštevati: »Obvestilo in vsa dodatna dokumentacija morata vsebovati vse informacije, ki bodo podjetju iz druge države članice **zadoščale za sprejetje odločitve** o tem, ali bo izrazilo interes za pridobitev naročila«.

¹⁹⁶ Povzeto po Habjan, Piletič, Jana, Ključni elementi javnega naročanja z vidika ponudnikov, lex Lokalis, maj 2008.

Poleg objavljanja prek portala javnih naročil ali v Uradnem glasilu Evropske unije obveščanje vključuje tudi druge vire:

- INTERNETNE STRANI; obvestila na spletni strani naročnika so prilagodljiva in stroškovno učinkovita. Oblikovana morajo biti tako, da lahko potencialni ponudniki zlahka razberejo informacije. Naročniki lahko načrtujejo tudi objavo informacij o prihodnjih oddajah naročil, ki niso zajeta z direktivama o javnih naročilih, kot del profila kupca na internetu.
- OSTALE PUBLIKACIJE: nacionalni uradni listi, nacionalni vestniki, specializirani za objave javnih naročil, časopisi z nacionalnim ali regionalnim pokritjem ali specialistične publikacije.
- LOKALNA SREDSTVA OBVEŠČANJA. Naročniki lahko še vedno uporabljajo lokalna sredstva obveščanja, kot so lokalni časopisi, občinski vestniki ali celo oglasne deske. Taka sredstva pa zagotavljajo samo dosledno lokalne objave, ki bi bile lahko primerne v posebnih primerih, kot so zelo mala naročila, za katere obstaja samo lokalni trg.¹⁹⁷

Velja opozoriti tudi na to, da se v evropskem prostoru kot najenostavnejši kazalnik za uspešnost integracije skupnega trga uporablja objavljanje javnih naročil; rast indeksa objav namreč izraža stopnjo uresničevanje enotnega trga EU.¹⁹⁸

3.2.3.2. Portal javnih naročil Uradnega lista RS

Kot določata ZJN-2A¹⁹⁹ in ZJNVETPS-A²⁰⁰ je portal javnih naročil »spletni informacijski portal ministrstva, pristojnega za finance, kamor naročniki neposredno pošiljajo v objavo obvestila o javnih naročilih in razpisne dokumentacije v skladu s tem zakonom«. Elektronski portal je bil sicer predviden že pred novelo ZJN-1, realizacijo pa je zahteva doživela dne 26. junija 2007 na podlagi določb 113. člena ZJN-2A in 108. člena ZJNVETPS-A.²⁰¹

V skladu z določbo drugega odstavka 57. člena ZJN-2A in določbo drugega odstavka 57. člena ZJNVETPS-A so naročniki dolžni vse vrste objav v zvezi z javnimi naročili poslati v

¹⁹⁷ Povzeto po Razlagalnem sporočilu Komisije.

¹⁹⁸ Več v Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, ZJNVETPS s komentarjem.

¹⁹⁹ 22. točka 1. odstavka 2. člena ZJN-2A.

²⁰⁰ 23. točka 2. člena ZJNVETPS-A.

²⁰¹ »1) Poleg objave obvestil v Uradnem listu Evropske unije, glede na mejne vrednosti, se obvestila v zvezi z javnimi naročili do vzpostavitve portala javnih naročil objavljajo v Uradnem listu Republike Slovenije.

2) Ministrstvo, pristojno za finance, zagotovi vzpostavitev portala javnih naročil v roku šestih mesecev od uveljavitve tega zakona«.

objavo portalu javnih naročil, v primeru presega vrednostnih pragov pa istočasno tudi Uradu za uradne objave Evropske skupnosti. Namen in prednosti portala javnih naročil so predvsem sledeče:

- * zmanjšanje administrativnih ovir in posodobitev načina poslovanja pri javnem naročanju,
- * zagotoviti na enem mestu objavo in dostopnost informacij v zvezi z javnim naročanjem,
- * zmanjšanje stroškov za naročnike, ki so bili vezani na objave,
- * možnost skrajšanja rokov za oddajo ponudb.²⁰²

Portal za javna naročila pa ne vsebuje prav vseh objav postopkov javnega naročanja, saj ZJN-2A in ZJNVETPA-A od naročnikov zahteva objavo postopkov javnega naročanja na portalu za javna naročila zgolj v primeru, ko vrednost naročila brez DDV presega 40.000 EUR za naročanje blaga in storitev ali ko je vrednost naročanja gradenj večja od 80.000 EUR.²⁰³ Tudi pod omenjenimi vrednostmi lahko naročnik v okviru neobvezne objave objavi obvestilo o oddaji javnega naročila ali obvestilo o oddaji javnega naročila na portalu javnih naročil, ni pa k temu zavezan.

Vzpostavitev portala javnih naročil je dolgo pričakovan sistem, ki naj bi naročnikom in ponudnikom v okviru javnega naročanja nudil ključni in potrebni vir informacij. Dejstvo, da je portal že krepko zamujal s svojim delovanjem, je izpostavilo tudi Računsko sodišče RS v svojem poročilu za leto 2006, hkrati pa to kaže na pomembnost in potrebo po vzpostavitvi portala. Začetne pomanjkljivosti portala (oteženo iskanje objav, težave pri objavljanju obvestil o usposobljenih ponudnikih za večje število sklopov, nedelovanje oziroma neomogočen prikaz že objavljenih obrazcev, posredovanje obvestila o pošiljanju v objavo je poslan z zamudo, obvezna navedba datuma javnega odpiranja tudi v primeru prve faze okvirnega sporazuma, ko odpiranje ni obvezno itd.) bi bilo smiselno odpraviti, saj je namen portala transparentnost, uporabnost in dostopnost do objav. Sicer pa portal uspešno deluje v okviru dodeljenih funkcij.²⁰⁴

3.2.3.3. Javno odpiranje ponudb

Ena od oblik izvajanja načela transparentnosti predstavlja tudi določba o javnem odpiranju ponudb,²⁰⁵ ki določa, da je odpiranje ponudb javno v primerih javnih naročil, katerih ocenjena

²⁰² Več na <http://www.enarocanje.si/?podrocje=portal> (30.3.2008)

²⁰³ Vrednosti po ZJNVETPS-A so sledeče: nad 80.000 EUR za blago in storitve ter nad 160.000 za gradnje.

²⁰⁴ Povzeto iz Habjan, 2007, str. 39 - 42.

²⁰⁵ 75. člen ZJN-2A.

vrednost je enaka ali višja od vrednosti iz drugega odstavka 12. člena ZJN-2A.²⁰⁶ Torej so naročniki po ZJN-2A dolžni izvesti javno odpiranje, če vrednost naročila blaga ali storitev presega 40.000 EUR oziroma 80.000 EUR v primeru gradenj.²⁰⁷ Javno odpiranje za ponudnike predstavlja čisto obliko izvajanja transparentnosti postopka, saj tam pridobijo informacije o konkurenčnih ponudnikih za konkretno naročilo, se seznanijo s ponudbenimi cenami in na nek način predstavljajo kritične udeležence, ki bdijo nad pravilnostjo izvajanja samega odpiranja. Dilema o izvedbi javnega odpiranja nastopi v primeru, ko naročnik ne pridobi ponudb, ampak prijave. Iz vsebinskega stališča prijav, ki jih naročnik pridobi ob:

- izvedbi prve faze postopka usposobljenosti;
- izvedbi prve faze konkurenčnega dialoga, kjer naročnik s kandidati razpravlja o vidikih predmeta javnega naročila;
- izvedbi postopka zbiranja ponudb, če le-tega razdeli na dve fazi, kjer prva faza predstavlja usposobljenost kandidatov;
- izvedbi prve faze okvirnega sporazuma;
- izvedbi prve faze dinamičnega nabavnega sistema,

lahko povzamemo, da pojma prijava v zgoraj navedenih postopkih z vidika zahtev po javnem odpiranju ne moremo enačiti s ponudbo, torej tudi ne moremo izvesti analogije, da za pridobitev prijav, ki so nad vrednostmi za izvedbo javnega odpiranja, veljajo določbe 75. člena ZJN-2A. Z vidika transparentnosti tovrstno stališče ni sporno, saj je zagotovitev javnosti in s tem transparentnosti odpiranja smiselna, ko nastopi ključna faza oddaje ponudb, torej končnih, zaključnih in primerljivih izdelkov, podanih s strani ponudnikov, na podlagi katerih bo potekala faza izbire (ekonomsko) najugodnejšega ponudnika.

3.2.3.4. Pravica do dostopa do informacij javnega značaja

Najučinkovitejše sredstvo za preprečevanje samovolje naročnikov je odpiranje delovanja javne uprave, med katero spada tudi pravica javnosti do dostopa do informacij javnega značaja, ki predstavlja prvi korak k odprti javni upravi (prvi steber odprte uprave). Pravica vsakogar, da pridobi informacije javnega značaja, je v Sloveniji ustavna kategorija, saj jo slovenska ustava uvršča v kategorijo človekovih pravic in temeljnih svoboščin.²⁰⁸ Obveščенost državljanov je temeljni pogoj za učinkovito uveljavljanje vrste pravic in svoboščin, v povezavi s postopki javnih naročil pa je obveščенost ponudnikov prav tako

²⁰⁶ ZJNVETPS-A ureja javno odpiranje v 79. členu, ki se glede vrednosti sklicuje na 17. člen ZJNVETPS-A.

²⁰⁷ Po ZJNVETPS-A so te vrednosti: 80.000 EUR za blago in storitve ter 160.000 EUR za gradnje.

²⁰⁸ 39. člen Ustave, Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03 in 69/04.

ključna za uspešno in učinkovito pravno varstvo ter primarno za sodelovanje v postopkih do oddaje ponudbe.

Mednarodnopravna ureditev dostopa do informacij javnega značaja obsega Mednarodni pakt o državljanskih pravicah OZN²⁰⁹ in Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin Sveta Evrope²¹⁰ ter Konvencijo o dostopu do informacij, udeležbe javnosti pri odločanju in dostopu pravnega varstva o okoljskih zadevah (Aarhuška konvencija).²¹¹

Temeljna načela dostopa do informacij javnega značaja so bila navedena že leta 1981 v priporočilu državam članicam, ki ga je izdal Odbor ministrov Sveta Evrope:

- vsakdo ima pravico dobiti od organa javne oblasti informacijo, ki je v njegovi posesti;
- za uresničevanje te pravice morajo biti zagotovljena ustrezna sredstva in poti;
- informacije morajo biti dostopne vsakomur pod enakimi pogoji;
- kot pogoj za vložitev zahteve se ne sme terjati poseben interes;
- o zadevi mora biti odločeno v razumnem času.

V letu 2003 je bil v Sloveniji sprejet Zakon o dostopu do informacij javnega značaja,²¹² ki je omogočil večjo stopnjo informiranosti državljanov, vplival na ravnanje nosilcev oblasti – oblastnih struktur – in omogočal izgradnjo pomembne baze informacij javnega značaja, ki so namenjene nadaljnjim analizam in različnim drugim obdelavam. S spremembami leta 2005²¹³ je ZDIJZ posegel v področje še večje dostopnosti informacij javnega značaja tako, da je omogočil vpogled tudi v primeru izjem, kadar je javni interes glede razkritja močnejši od javnega interesa ali interesa drugih oseb za omejitev dostopa do zahtevane informacije. V tem primeru govorimo o tako imenovanem škodnem testu, ki so ga dolžni izvesti organi. Namen samega zakona je torej ureditev ustreznega postopka, ki ureja dostop do informacij javnega značaja, s katerimi razpolagajo organi javne uprave, zagotoviti javnost in odprtost delovanja navedenih organov in obveščati javnost o delu organov ter zagotovitev sodnega varstva v primeru zavrženja oziroma zavrnitve zahteve.

Če se navežemo na načelo transparentnosti v ZJN-2A in ZJNVETPS-A, je prost dostop do informacij, ki so vsebovane v celotni dokumentaciji o oddaji javnega naročila (vključno s ponudbami), omogočen v 22. členu ZJN-2A in 27. členu ZJNVETPS-A. Zakonodajalec namreč daje pravico ponudnikom do vpogleda v druge ponudbe in ostalo dokumentacijo, sicer šele po sprejemu odločitve o oddaji javnega naročila, pri čemer je tudi pravna podlaga za zahtevo informacij v okviru postopka omejena na obdobje do oddaje ponudb in po

²⁰⁹ Dostopno na:

http://www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Zunanja_politika/Mednarodnipakt_drzavljskih_politicnih_pravicah.pdf (2.4.2008)

²¹⁰ Dostopno na: <http://www.varuh-rs.si/index.php?id=108> (2.4.2008)

²¹¹ Dostopno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005D0370:SL:HTML>

²¹² Uradni list RS, št. 24/03, odslej ZDIJZ.

²¹³ Uradni list RS, št. 61/05.

sprejemu odločitve o oddaji naročila, v vmesnem obdobju pa zahteve po ZDIJZ niso dovoljene.²¹⁴ Pri tem je potrebno opozoriti, da je naročnik pri dopustitvi vpogleda vezan na spoštovanje varovanja tajnih podatkov v ponudbeni dokumentaciji. Opozoriti velja na to, da je struktura cene tretirana kot tajen podatek in so ga naročniki ob zahtevanih vpogledih dolžni kot takega varovati.²¹⁵

3.2.3.5. Zahteva za dodatno obrazložitev

Načelo transparentnosti se izraža tudi v institutu zahteve po dodatni obrazložitvi,²¹⁶ ki daje ponudnikom pravico, da jih naročnik seznani z razlogi za zavrnitev njihove ponudbe in z razlogi o prednosti sprejete ponudbe do ostalih ponudb. Ob podrobnem pregledu zakonske dikcije ugotovimo, da bi bila določba bolj smiselna, če bi zakonodajalec navedel dikcijo in/ali, saj je v primeru, če je naročnik pridobil same popolne ponudbe, opredelitev razlogov za zavrnitev ponudb nerelevantna in obratno, če naročnik pridobi zgolj eno popolno ponudbo, je lahko navedba razlogov za prednosti izbranega ponudnika omejena zgolj na dejstvo popolnosti izbrane ponudbe. Velja izpostaviti, da so ponudniki do uporabe zahteve za dodatno obrazložitev upravičeni v primeru, če naročnik zgoraj navedenih informacij ne opredeli že v sami odločitvi o oddaji naročila. Zgolj s transparentnim načinom delovanja naročnika tudi v fazi oddaje naročila je zadoščeno preglednosti izvedbe postopka. Posledično se tako omogoči ponudnikom, da so seznanjeni s ključnimi argumenti naročnika,

²¹⁴ 6. odstavek 22. člena ZJN-2A: Celotna dokumentacija o oddanem javnem naročilu je javna, v kolikor ne vsebuje poslovnih skrivnosti ali tajnih podatkov iz tega člena. Naročnik mora ponudniku na njegovo zahtevo dovoliti vpogled v druge ponudbe in ostalo dokumentacijo po sprejemu odločitve o oddaji naročila. Določbe zakona, ki ureja dostop do informacij javnega značaja, glede vpogleda v dokumentacijo o javnem naročilu v času od odpiranja ponudb do sprejema odločitve o oddaji naročila, ne veljajo.

²¹⁵ »Ob tem Državna revizijska komisija poudarja, da kalkulativni elementi oziroma struktura končne cene ponudbe po posameznih t.i. izhodiščnih postavkah, ki si sledijo v zaporedju, predstavljajo podatke, ki nedvomno razkrivajo konkurenčne prednosti in slabosti določenega ponudnika (v konkretnem primeru izbranega ponudnika), kar lahko vsekakor posledično vodi v spremembe konkurenčnih razmerij na trgu, pa tudi v nezdravo oziroma uničujočo konkurenco, ki v končnem izplenu vodi potencialno v krčenje konkurence na relevantnem trgu oziroma v najhujši obliki tudi lahko v monopol določenega igralca na relevantnem trgu (vse to pa nedvomno vpliva na slabši konkurenčni položaj določenih konkurentov na trgu)«. Sklep Državne revizijske komisije s št. 018-274/2007-2, z dne 27.11.2007.

²¹⁶ 3. odstavek 79. člena ZJN-2A in 3. odstavek 83. člena ZJNVETPS-A; »V kolikor odločitev o oddaji naročila ne vsebuje:

– razlogov za zavrnitev ponudbe ponudnika, ki ni bil izbran in

– prednosti sprejete ponudbe v razmerju do ponudnika, ki ni bil izbran, lahko ponudnik, ki ni bil izbran, vloži pri naročniku zahtevo za dodatno obrazložitev odločitve o oddaji naročila, v kateri mora jasno navesti o čem mora naročnik podati obrazložitev. Zahteva se lahko vloži v petih dneh od dneva prejema odločitve naročnika. V kolikor zahteva ni obrazložena, naročnik ponudnika pozove, da jo v roku, ki ga določi naročnik, dopolni. Če ponudnik zahteve ne dopolni, jo naročnik zavže. Naročnik mora poslati ponudniku dodatno obrazložitev odločitve oziroma zavrnjenje zahteve v petih dneh. Od dneva prejema dodatne obrazložitve odločitve o oddaji naročila teče rok za vložitev zahtevka za revizijo, skladno z zakonom, ki ureja revizijo postopkov javnega naročanja«.

na podlagi česar lahko neizbrani ponudniki v primeru nestrinjanja uporabijo tudi institut zahteve za spremembo odločitve²¹⁷ ali vložijo revizijski zahtevek.

3.2.3.6. Možnost spreminjanja razpisne dokumentacije

Načelo transparentnosti se udejani v 81. in 82. členu ZJN-2,²¹⁸ ki določa, da naročnik po poteku roka za prejem ponudb ne sme več spreminjati ali dopolnjevati razpisne dokumentacije. Hkrati pa so naročniki dolžni na ali preko portala javnih naročil posredovati dodatna pojasnila v zvezi z razpisno dokumentacijo najpozneje šest dni pred iztekom roka za oddajo ponudb, pod pogojem, da je bila zahteva posredovana pravočasno.²¹⁹ S tovrstno zakonsko ureditvijo je zagotovljena pravna varnost ponudnikov glede zadostnega roka za pripravo ponudbe. Čeprav je v postopkih, kjer se zahteva priprava kompleksnejših ponudb, tudi 6-dnevni rok izredno kratek, posebej v primeru, če se v obliki dodatnih pojasnil poda ključne poudarke k razpisni dokumentaciji, ki povsem obrnejo poprej ustvarjeno sliko o naročnikovih potrebah. V obliki popravkov, dopolnitev in sprememb lahko torej naročniki sanirajo marsikatero nepravilnost ali dopolnijo določeno pomanjkljivost, kar zanje predstavlja veliko prednost in dobrodošlo fleksibilnost. Opozoriti pa velja na težave ponudnikov v Sloveniji, ki bi jih lahko označili tudi za obliko kršitve načela transparentnosti, saj je ob trenutnem stanju portala javnih naročil, na področju iskanja in preglednosti objav, to izredno oteženo. V obliki brezplačnega vpogleda na portal je dostopnih zgolj 50 trenutnih objav, ki pa se vsakodnevno menjajo, torej, če ponudnik izredno pozorno (večkrat na dan) ne spremlja objav na portalu, lahko vsekakor »zamudi« objavljene popravke javnega naročila, za katerega je zainteresiran. To pa pomeni nepridobitev potrebnih informacij o naročilu, ki so zanj ključnega pomena. Tovrstna ureditev vsekakor ni način uresničevanja cilja transparentnosti objavljanja, saj so z opisanim stanjem kršene pravice ponudnikov do seznanitve z informacijami, ki so zanje bistvenega pomena. Argument, da so vse objave sicer dostopne v plačljivi obliki, vsekakor ni zadosten.²²⁰

²¹⁷ 2. odstavek 79. člena ZJN-2A in 2. odstavek 83. člena ZJNVETPS-A; Na pisno opozorilo ponudnika na odločitev naročnika, vloženo v petih dneh od dneva prejema obvestila o oddaji naročila, lahko naročnik po predhodni ugotovitvi utemeljenosti svojo odločitev spremeni in sprejme novo, skladno določbi prejšnjega odstavka. Od dneva prejema nove odločitve o oddaji naročila teče rok za vložitev zahtevka za revizijo.

²¹⁸ ZJNVETPS-A teh določb ne vsebuje.

²¹⁹ V primeru izvedbe postopka s predhodnim ugotavljanjem usposobljenosti je ta rok krajši in sicer 4 dni pred rokom za oddajo ponudb (83. člen ZJN-2A).

²²⁰ Več v Habjan Piletič, Jana, Praktični primer objave javnega naročila na portalu javnih naročil, 10. posvet Dnevi javnih naročil med teorijo in prakso, Portorož, 4. in 5. oktober 2007, Agencija za management.

3.2.4. Načelo enakopravne obravnave ponudnikov

1) Naročnik mora zagotoviti, da med ponudniki v vseh fazah postopka javnega naročanja in glede vseh elementov ni razlikovanja, upošteva vzajemno priznavanje in sorazmernost zahtev naročnika glede na predmet naročila.

2) Naročnik mora zagotoviti, da ne ustvarja okoliščin, ki pomenijo krajevno, stvarno ali osebno diskriminacijo ponudnikov, diskriminacijo, ki izvira iz klasifikacije dejavnosti, ki jo opravlja ponudnik, ali drugo diskriminacijo.

3) V primeru javnega naročanja, ki vključuje projektiranje, izbrani projektant ne sme sodelovati na razpisu za izvedbo naročila, ki ga je projektiral, razen če pridobi pisno soglasje ministra, pristojnega za finance, ki ga minister izda v primeru, ko projektant, ki je hkrati ponudnik za izvedbo naročila, razpolaga s svojo specifično tehnološko oziroma konstrukcijsko rešitvijo za izvedbo projekta, ki zaradi nižje cene ali višje kvalitete izvedbe projekta predstavlja njegovo konkurenčno prednost, s katero drugi ponudniki ne razpolagajo. Minister, pristojen za finance, mora izdati soglasje v roku 8 dni od prejema vloge projektanta.²²¹

Načelo enakopravne obravnave ponudnikov temelji na nediskriminatornem ravnanju naročnika, torej na enakem obravnavanju ponudnikov, brez ustvarjanja razlikovalnih kriterijev, ki temeljijo na diskriminaciji, pri čemer se prepoved diskriminacija ne omejuje zgolj na nacionalno diskriminacijo, temveč širše, na ostale oblike neupravičenega razlikovanja, ki imajo učinek diskriminacije.²²² Načelo nediskriminacije je obravnavano v 12. členu PES, ki podaja generalno prepoved diskriminacije na podlagi nacionalnosti; torej prepoved posredne in neposredne diskriminacije.²²³ Ob tem se zastavlja vprašanje, ali obstaja pravilo de minimis, ki tako 12. kot 28. člen PES izključi, v primeru posameznih ravnanj, katerih učinki so na prost pretok blaga in storitev ter posredno na diskriminacijo nezaznavni. Na podlagi sodne prakse lahko postavimo tezo, da bi bilo nenavadno, če bi bil sprejet argument, da je uporaba de minimis pravila mogoča v primerih posameznih dejanj naročnikov v okviru izvajanja postopkov javnega naročanja.²²⁴ Sodbe Sodišča ES namreč kažejo, da je zahtevan strog pristop nad kontrolo izvajanja javnih naročil posameznih naročnikov, prav tako pa ne bi

²²¹ 9. člen ZJN-2A in 15. člen ZJNVETPS-A.

²²² Case C-330/91, Commerzbank, Case C -62/81, Seco in 63/81, Desquenne.

²²³ Pri tolmačenju je smiselna navezava na 28. člen PES: »Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States«.

²²⁴ Glej sklep Državne revizijske komisije št. 018-272/2007-2, z dne 27. novembra 2007.

bilo pravilno trditi, da posamična dejanja naročnikov določbe PES ne zavezujejo, saj bi lahko tovrstna dejanja vodila do vzpostavitve vzorca za diskriminatorno ravnanje.²²⁵

Načelo enakopravne obravnave ponudnikov je Sodišče ES prvič obravnavalo v primeru *Sorebaelt*,²²⁶ pri čemer velja izpostaviti, da je bilo načelo obravnavano kljub temu, da ga takratna direktiva eksplicitno v svojem tekstu ni omenjala. Sodišče ES je to »opravičilo« z navedbo, da obveznost upoštevanja načela enakopravne obravnave ponudnikov izhaja iz bistva same direktive. Sodišče ES je v konkretnem primeru odločilo, da je sprejem ponudbe, ki ne izpolnjuje vseh temeljnih načel iz razpisne dokumentacije, v nasprotju z načelom enakopravne obravnave ponudnikov. V primeru *Commission v France*²²⁷ je Sodišče ES poudarilo, da se upoštevanje načela enakopravne obravnave ne nanaša zgolj na fazo oddaje ponudb, ampak na vse postopkovne faze. Kot sodbo povzema *Arrowsmithova*, je Sodišče poudarilo, da je potrebno upoštevati načelo enake obravnave do te mere, da se ponudnikom zagotovi celosten vpogled v naročilo (objava celotnega naročila, kljub dejstvu, da za posamezne sklope določbe direktive glede objavljanja ne veljajo), na podlagi česar je mogoča podaja cene za razpisane storitve.

Poudariti velja, da načelo enakopravne obravnave ponudnikov nikakor ne moremo enačiti z generalno prepovedjo vsesplošne diskriminacije, temveč zgolj s posamičnimi prepovedmi diskriminacije v določenem kontekstu in na določeni podlagi.²²⁸ Glavni namen načela enakopravne obravnave ponudnikov je, da se enake primere obravnava podobno, razen, če različnost objektivno opravičljiva.²²⁹ Posledica upoštevanja načela enake obravnave ponudnikov je razvoj učinkovite konkurence, na podlagi katere je mogoča najgospodarnejša oddaja javnega naročila.

Tudi zakonska določba pušča poleg taksativnega navajanja vrst diskriminacije odprt prostor za ostale, navedene oblike diskriminacije, kar normo približa strogemu in širokemu pojmovanju diskriminatornih ravnanj s strani Sodišča ES in evropskim smernicam. Na tem mestu je smiselno poudariti, da pod kršitve načela enakopravne obravnave ponudnikov ne moremo uvrstiti ravnanja naročnika, s katerim določene ponudnike, ki ne izpolnjujejo naročnikovih zahtev/pogojev, izloči iz postopka oddaje naročila. Zgolj dejstvo, da naročnik z določeno zahtevo razlikuje ponudnike, še ne pomeni, da bi bila takšna zahteva že sama po sebi diskriminatorna. V naravi samega pogoja oziroma zahteve namreč je, da ponudnike razvršča na tiste, ki določeno zahtevo izpolnjujejo in je zato njihovo ponudbo mogoče

²²⁵ Arrowsmith, 2005, str. 186.

²²⁶ Case C-243/89, *Commission v Denmark* (»Sorebaelt«), 1993, E.C.R. I-3353, povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 424.

²²⁷ Case C-16/98, *Commission v France*, 2000, E.C.R. I-8315, povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 425.

²²⁸ Povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 425.

²²⁹ Case C-810/79, *Commission v Überschär*.

obravnavati kot pravilno (ustrezno), ter tiste, ki te zahteve ne izpolnjujejo in zato ne morejo sodelovati v postopku oddaje javnega naročila. Takšno razlikovanje oziroma izločanje ponudnikov mora biti objektivno opravičljivo. Dejstvo, da določen ponudnik izpolnjuje pogoje in lahko sodeluje v postopku oddaje javnega naročila, medtem ko drugi ponudnik tega ne more, mora biti posledica objektivnih okoliščin, ki se na eni strani nanašajo na objektivno utemeljene in opravičljive potrebe naročnika, na drugi strani pa na prednosti, ki jih konkurenčno pravo dopušča in do katerih ponudniki pridejo z vlaganjem v razvoj, investicijami, raziskavami, razvijanjem novih produktov, izboljšavami, pridobivanjem referenc itd. Ni pa dopustno razlikovanje ponudnikov glede na kriterije, ki niso objektivno opravičljivi in pomenijo zlasti krajevno, predmetno ali osebno diskriminacijo, s čimer je določen ponudnik bodisi postavljen v bistveno slabši položaj bodisi je privilegirán, ne da bi za to obstajali utemeljeni razlogi. V zvezi s presojo posamezne zahteve gre še opozoriti, da je lahko morebitna diskriminatornost vedno le konkretna oziroma povezana s konkretnimi okoliščinami posameznega primera. O tem se je v številnih primerih izrekla tako Državna revizijska komisija kot tudi Sodišče ES.²³⁰

V zvezi z vprašanjem diskriminacije je treba tudi izpostaviti, da se v pravu javnih naročil glede diskriminacije izpostavlja njuni dve podvrsti, in sicer t. i. odkrito diskriminacijo in t. i. prikrito diskriminacijo, torej diskriminacijo, ko so pogoji za vse ponudnike enaki, vendar ti formalno enaki pogoji za vse ponudnike dajejo prednost določenemu ponudniku oziroma določenim izmed njih. Da lahko govorimo o prikriti diskriminaciji, pa mora biti poleg prve predpostavke, tj. obstoja pogoja, ki potencialno daje prednost določenemu ponudniku, podana tudi druga predpostavka, tj. neobstoj objektivnih razlogov za takšno razlikovanje. V primeru, če je izpolnitev formalno enakih pogojev s strani različnih ponudnikov različno težavna, ni mogoče govoriti o diskriminaciji, če so postavljeni pogoji rezultat objektivnih razlogov. Pravni sistem in znotraj njega pravo javnih naročil namreč varuje enakopravnost ponudnikov pri ponujanju blaga in storitev. Enakopravnost pa ne pomeni, da je treba vsem ponudnikom omogočiti dejansko enak položaj, nasprotno, pravo praviloma ne sme neposredno vplivati na razmerja na trgu z ukrepi, ki bi povzročala ekonomsko ali dejansko enakopravnost. Zaradi različnih ekonomskih, tehničnih, kadrovskih, naravnih in drugih danosti je dejanski položaj ponudnikov in njihovih ponudb različen. Prednosti, ki jih te dajejo, pa je dovoljeno in pogosto celo gospodarno upoštevati.

²³⁰ Sklep Državne revizijske komisije št. 018-428/06-43-3597, z dne 23.11.2006, Sklep št. 018-015/2008-3, z dne 14. 2. 2008, Sklep št. 018-229/2007-6, z dne 06.09.2007, Case C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs Technik (GAT) v Autobahnen und Schnellstrassen AG, 2003, E.C.R. I-06351.

Krajevna diskriminacija med ponudniki zajema prepoved odločitev v smeri kupovanja zgolj produktov »domačega« izvora ali oblikovanje politike, ki preferira domače proizvajalce/ponudnike.²³¹ V okvir krajevne diskriminacije nekako uvrščamo tudi diskriminacijo na podlagi nacionalnosti ponudnika, do katere se opredeljuje že 12. člen, posredno pa tudi 28., 43 in 49. člen PES. Tipični primer krajevne diskriminacije, o kateri se je izreklo Sodišče ES, je sledeč:

- V primeru *Du pont de Nemours*²³² je italijanska zakonodaja posameznim naročnikom narekovala rezervacijo finančnih sredstev v višini 30 % za ponudnike, ki so bili ustanovljeni ali imajo sedež v regiji Mezzorigiorno in ponujajo produkte, ki so bili vsaj delno proizvedeni v tej regiji. Cilj tovrstne zakonodaje je bil okrepitev gospodarskega razvoja regije. A v navidezno povsem legitimnem ravnanju italijanskih oblasti je Sodišče ES Italiji prisodilo kršenje 28. člena PES. Kljub temu da so bili dejansko diskriminirani ne samo tuji, ampak tudi domači ponudniki izven omenjene regije, Sodišče ni popustilo pri zavzetju strogega stališča. Krajevna diskriminacija se torej kaže v primeru postavljanja pogojev, meril ali drugih sestavnih delov razpisne dokumentacije v smeri, ki na kakršenkoli način preferira določene ponudnike na osnovi kraja.

Problematika, vezana na diskriminacijo tujih ponudnikov v sistemu javnega naročanja, vsebuje neogibno dejstvo, da so tuji ponudniki glede na pravila konkurenčnega trga v manj ugodnem položaju v primerjavi z domačimi ponudniki. Na to vplivajo predvsem oddaljenost od kraja naročila (večji prevozní stroški, kar poveča tudi stroške vzdrževanja), jezik (dodatni stroški prevodov, kar pogojuje tudi daljše odzivne čase) in kultura (razumevanje nacionalnih običajev, navad, uveljavljenih načinov poslovanja itd.). Navedeno pa vsekakor ne pomeni diskriminacije tujih ponudnikov, poudarja zgolj slabši izhodiščni položaj tujih ponudnikov. Kakor tudi ne moremo trditi, da zaradi višjih stroškov tujih ponudnikov najnižja cena ni primerno oziroma je diskriminatorno merilo.²³³ Diskriminacija na ravni nacionalnosti (oziroma krajevna diskriminacija) se manifestira v načelu enakopravne obravnave ponudnikov na podlagi zakona, kar pomeni, da drugačno obravnavanje ponudnikov v primerljivem položaju ni dopustno. Kot primerljiv položaj se tretira položaj tujih in domačih ponudnikov, ki so v primerljivi konkurenčni poziciji na komercialnem trgu.

²³¹ Primer diskriminatorne politike: tuje produkte se sme kupovati v zgolj primeru, če so ti vsaj 10% cenejši od domačih. Case 263/85, *Commission v Italy*, 1991, E.C.R. I-2457, ECJ; Case C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No. 2 Di Carrara* Court of Justice (Earlsgate, 1992) at p.10; Case C-351/88, *Laboratori Bruneau Srl v Unita Sanitaria Locale RM/24 de Monterondo*, 1991, E.C.R. I-3641, ECJ; *Dundalk Case 45/87, Commission v Ireland*, 1988, E.C.R. I-4929. Povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 186.

²³² Glej prejšnjo opombo.

²³³ Arrowsmith, 2005, str.186.

Predmetna diskriminacija je osnovana na ravnanjih, ki možnost konkuriranja na razpisu pogojujejo s ponudbo točno določene blagovne znamke, modela, patenta itd. in s tem onemogočajo enakopraven dostop ponudnikom na trg javnih naročil. Predmetno diskriminacijo lahko navežemo na določbe 28. člena PES, kar nakazujejo tudi sodbe Sodišča ES.²³⁴ Navezaje na 37. člen ZJN-2A in 41. člen ZJNVETPS-A, ki opredeljuje tehnične specifikacije, zakon jasno navede, da se tehnične specifikacije ne smejo sklicevati na posamezno znamko ali vir ali na posebni postopek ali na blagovne znamke, patente, tipe ali posebno poreklo ali proizvodnjo, če bi se s takim navajanjem dajala prednost nekaterim podjetjem ali nekaterim proizvodom ali bi s tem bili izločeni.²³⁵ To sklicevanje je dovoljeno v primerih, ko drugače ni mogoče opisati predmeta naročila; pri takem sklicevanju se navede besedno zvezo »ali enakovredni«.²³⁶

Primeri predmetne diskriminacije so, razen v izredno očitnih primerih, težko dokazljivi zaradi njihove specifičnosti, ki terja poglobljeno poznavanje predmeta in trga za konkretno blago/storitve/gradnjo. Uporaba izvedenskega mnenja je sicer pogosta, a večja problematika se kaže v razumevanju strokovnih pojmov, vezanih na predmet in trg s strani odločevalcev, ki pogosto niso kos presoji predmetne diskriminacije.²³⁷

²³⁴ Case C-384/93, *Alpine Investments B.V. v Ministry van Financien*, 1995, E.C.R. I-1141, ECJ; Case C-369/96 in C-376/96, *Arblade*, 1999, E.C.R. I-8453, ECJ; Case C-55/94, *Gebhars v Consiglio dell Ordine degli Avvocati e procuratori di Milano*, 1995, E.C.R. I-4165, ECJ, povzeto po Arrowshmit, str. 213.

²³⁵ Glej zadevo *Bent Moustén Vestergaard*, odstavki 21 do 24, in Razlagalno sporočilo Komisije o olajševanju dostopa proizvodov do trgov drugih držav članic, UL C 265, 4.11.2003, str. 2. Naročila za storitve iz Priloge II B k Direktivi 2004/18/ES in Priloge XVII B k Direktivi 2004/17/ES morajo biti v skladu s pravili o tehničnih specifikacijah iz člena 23 Direktive 2004/18/ES in iz člena 34 Direktive 2004/17/ES, če presegajo prag za uporabo teh direktiv. Tehnične specifikacije za taka naročila morajo biti pripravljene pred izbiro izvajalca, z njimi pa je treba seznaniti ali jih dati na voljo potencialnim ponudnikom, in sicer s sredstvi, ki zagotavljajo transparentnost in enak položaj vseh potencialnih ponudnikov, glej Mnenje generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi C-174/03 *Impresa Portuale di Cagliari*, odstavki 76 do 78. Povzeto iz Razlagalnega sporočila komisije.

²³⁶ Državna revizijska komisija v sklepu št. 018-284/2007-6, z dne 4. 1. 2008 ugotavlja: »Iz besedila določbe 9. odstavka 37. člena ZJN-2 gre torej razumeti, da prepoved opisovanja predmeta javnega naročila s sklicevanjem na »posamezno znamko ...« (vir, postopek ipd.) velja samo ob izpolnitvi dveh kumulativno postavljenih zakonskih pogojev: 1. če opisa s sklicevanjem na »posamezno znamko ...« (vir, postopek ipd.) ne opravičuje sam predmet javnega naročila in 2. če je namen takšnega opisa favorizirati (dati neopravičeno prednost) oziroma eliminirati (neopravičeno izločiti) posamezne ponudnike in/ali proizvode oziroma storitve. Četudi pa opisovanje predmeta javnega naročila s sklicevanjem na »posamezno znamko ...« (vir, postopek ipd.) izpolnjuje oba kumulativna pogoja za zakonsko prepoved, pa zakon takšno sklicevanje izrecno dovoljuje v tistih primerih, ko z uporabo tehničnih specifikacij iz Priloge 6 k Uredbi o seznamih naročnikov seznamih gradenj, storitev, določenih vrst blaga, obveznih informacijah v objavah, opisih tehničnih specifikacij in zahtevah, ki jih mora izpolnjevati oprema za elektronsko naročanje in/ali storilnostnih oziroma funkcionalnih opisov, ni mogoče podati dovolj precizen, jasen oziroma razumljiv opis konkretnega predmeta javnega naročila. V slednjem primeru pa mora naročnik pri sklicevanju obvezno navesti besedo »ali enakovredni«.

²³⁷ Kot primer lahko navedemo sklep Državne revizijske komisije s št. 018-284/2007-6, z dne 4. 1. 2008, sklep št. 018-157/2007-17, z dne 26.6.2007, sklep 018-156/2007-12, z dne 1.6.2007, sklep 018-260/07, z dne 07.11.2007.

Osebna diskriminacija temelji na diskriminatornem ravnanju do ponudnikov na podlagi njihovega pravnega statusa, ki ga lahko povežemo tudi z določbo 43. člena PES, ki navaja svobodo ustanavljanja. Podrobneje o osebni diskriminaciji v točki Obravnavanje gospodarskih subjektov.

Med elemente, ki jih velja upoštevati pri zagotavljanju nediskriminacije, štejemo tudi:

- Vzajemno priznavanje diplom, potrdil in drugih dokazil o uradni usposobljenosti; če se od kandidatov zahteva, da predložijo potrdila, diplome ali druge oblike pisnih dokazil, je treba dokumente drugih držav članic z enako stopnjo zagotovila sprejeti v skladu z načelom vzajemnega priznavanja diplom, potrdil in drugih dokazil o uradni usposobljenosti.
- Ustrezni roki; roki za izražanje interesa in predložitve ponudb morajo biti dovolj dolgi, da se podjetjem iz drugih držav članic omogoči smiselna ocena in priprava ponudbe.
- Transparenten in objektivni pristop; vsi udeleženci morajo imeti možnost vnaprej izvedeti veljavna pravila in morajo biti gotovi, da ta pravila veljajo za vse enako.

Med druge oblike diskriminacije lahko uvrstimo tudi **nedopustne državne pomoči**, ki jih obravnava že PES v členih od 87 – 89, pri čemer določa:

»Razen če ta pogodba ne določa drugače, je vsaka pomoč, ki jo dodeli država članica, ali kakršna koli vrsta pomoči iz državnih sredstev, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco z dajanjem prednosti posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga, nezdružljiva s skupnim trgov, kolikor prizadene trgovino med državami članicami.«²³⁸

PES sicer definicije državne pomoči ne navaja. Ta se je oblikovala na podlagi sodne prakse Sodišča ES, ki jih označuje kot take prednosti, ki jih države članice naklonijo določenim subjektom v tej državi, s čimer prevzamejo del bremena tega subjekta nase ali pa ga prevalijo na druge države ali subjekte, ki ponujajo enake ali podobne dobrine, ter posledično na končne uporabnike.²³⁹

²³⁸ 2. odstavek 87. člena PES določa: S skupnim trgovom je združljivo naslednje:

(a) pomoč socialnega značaja, dodeljena posameznim potrošnikom, pod pogojem, da je dodeljena brez diskriminacije glede na poreklo zadevnih izdelkov;

(b) pomoč za povrnitev škode, ki so jo povzročile naravne nesreče ali izjemni dogodki;

(c) pomoč, dodeljena gospodarstvu nekaterih območij Zvezne republike Nemčije, ki jih je prizadela delitev Nemčije, kolikor je takšna pomoč potrebna za nadomestilo gospodarske

škode, ki jo je ta delitev povzročila. 3. odstavek 87. člena PES pa podaja pogojno dopustne oblike državne pomoči, pri katerih je ključno merilo skupni interes, kar pomeni, da se morata ekonomska in socialna ocena posameznega primera nanašati na Skupnost kot celoto in ne na državo članico, ki pomoč daje.

²³⁹ Več v Eržen, 2004, str. 33.

Kot ugotavlja že Erženova,²⁴⁰ sta ključna elementa za kvalifikacijo državne pomoči ustvarjena ekonomska prednost in dejstvo, da je ta prednost ustvarjena s sredstvi države. Če vzamemo v obzir, da je javno naročilo odplačna pogodba med naročnikom in izvajalcem/dobaviteljem, ki se financira praviloma iz sredstev državnega ali občinskega proračuna ter da izvajalec/dobavitelj z izvajanjem pogodbe ustvarja ekonomsko korist, lahko trdimo, da je tudi javno naročilo oblika državne pomoči. Seveda je tu ključno vprašanje, ali in kdaj je javno naročilo oblika prepovedane državne pomoči. Za odgovor na zastavljeno vprašanje si pomagamo s testom zasebnega investitorja, ki določa dva kriterija za ugotavljanje, kdaj oddajo javnega naročila štejemo za državno pomoč:

- kadar naročnik plača višjo ceno, kot bi jo plačal zasebnik na konkurenčnem trgu;
- kadar naročnik nabavi več, kot so njegove dejanske potrebe.

Kljub na videz enostavni delitvi pa uporaba kriterijev v praksi ni tako preprosta. Prvi kriterij je lahko problematičen pri ugotavljanju primerljivosti cene, saj je po načelih testa zasebnega investitorja potrebno primerjati ceno, ki jo je plačal naročnik, s ceno, ki bi jo lahko dobili na prostem trgu za enakovredno dobrino. Hkrati pa se zaplete tudi pri merilu ekonomsko najugodnejše ponudbe, ki lahko poleg cene vključuje tudi druge elemente (kakovost, dobavni rok itd.). V tem primeru je s pomočjo testa zasebnega investitorja potrebno ugotoviti, ali bi se zasebni investitor odločil za enako strukturo merila. Konkretno, ali bi se zasebni investitor odločil za npr. enako ponderiranje kakovosti glede na njegove potrebe ali pa bi se zadovoljil z blagom slabše kakovosti, saj bi tudi tovrstno blago povsem zadostilo njegovim potrebam.

Z drugim kriterijem se izpostavi pretenzija naročnikove nabave, torej se naročnik odloči za neracionalno večji obseg naročenih storitev, kot bi to storil zasebni investitor v enaki situaciji.²⁴¹

Zgodovina obravnavanja državnih pomoči pozna tri pristope:

- **»State approach«**; obravnavanje pomoči države za prevzem določenih obveznosti v splošnem interesu.²⁴²
- **»Compensation approach«**; Sodišče ES je zavzelo stališče, da prednosti ni, če je različna obravnava opravičljiva z logiko sistema. Kar posplošuje dejstvo, da kadar stoji prednost, ki jo je sicer mogoče karakterizirati kot državno pomoč, nasproti obveznosti drugih subjektov, ki opravljajo dejavnost v splošnem/javnem interesu, se lahko ta razlika obravnava kot kompenzacija za zagotavljanje tovrstnih storitev. Sodišče se je pri presoji osredotočilo na finančni del posla, in sicer če pogodbeno vrednost ne presega stroškov za izvajanje

²⁴⁰ Eržen, 2004, str. 34.

²⁴¹ Primer, ki ga navaja Erženova, 2004, str. 35: T-17/96 Bretagne Anglenterre Irland (BAI) v Commission, 1999, E.C.R.I-139.

²⁴² Glej primer T-17/96 Bretagne Anglenterre Irland (BAI) v Commission, 1999, E.C.R.I-139.

prevzetih obveznosti v javnem interesu, ni moč zatrjevati prednosti tovrstne pogodbe ali jo označiti kot nedopustno državno pomoč.²⁴³

- »**Transparency approach**«; kot kriterija za ugotavljanje dopustnosti državnih pomoči se uporabi: a) naravo povezave med zagotovljenimi sredstvi države in naložbenimi obveznostmi v splošnem interesu in b) dejstvo, kako jasno so določene obveznosti v splošnem/javnem interesu.²⁴⁴

Z vidika nacionalne ureditve je za ureditev področja nedopustnih državnih pomoči relevanten Zakon o preglednosti finančnih odnosov in ločenem evidentiranju različnih dejavnosti (odslej ZPFOLERD),²⁴⁵ s katerim se ureja preglednost finančnih odnosov med organi oblasti in javnimi podjetji ter podjetji, katerim so bile podeljene posebne ali izključne pravice, in podjetji, ki so pooblaščenca za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, s čimer se zagotavlja, da organi oblasti ne dodeljujejo pomoči, ki bi bile nezdržljive s skupnim trgom Evropske unije, kot je določeno v 86. členu Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (Uradni list RS, št. 7/04 – prečiščeno besedilo), in se preprečuje navzkrižno subvencioniranje različnih dejavnosti. Izpostaviti velja tudi dejstvo, da ZPFOLERD ureja tudi definicijo javnih podjetij; *javno podjetje je podjetje, nad katerim lahko organi oblasti izvajajo prevladujoč vpliv.*²⁴⁶

Če se vrnemo na zakonsko določbo načela enakopravne obravnave ponudnikov, in sicer na 3. odstavek, ki določa, da izbrani projektant ne sme sodelovati na razpisu za izvedbo naročila, ki ga je projektiral, razen če za to pridobi soglasje Ministrstva za finance iz razloga, da s svojo specifično tehnološko oziroma konstrukcijsko rešitvijo za izvedbo projekta, ki zaradi nižje cene ali višje kvalitete izvedbe projekta predstavlja njegovo konkurenčno prednost, s katero drugi ponudniki ne razpolagajo.

Opisano določba podaja ozko stališče pogojne prepovedi podvajanja istega ponudnika v vlogi projektanta in izvajalca. Torej se ne opisuje splošno dejansko stanje, ki bi zajelo širok spekter možnih situacij podvajanja vlog izven ozkega okvira gradenj, ampak se osredotoča zgolj na projektante. Pomanjkanje splošnosti določbe in njena neumestna uvrstitev v načelo enakopravne obravnave ponudnikov poraja dvom v njeno smiselnost. Določba je umeščena v koncept načela enakopravne obravnave ponudnikov, torej se predpostavlja smiselna povezava in posledično razlaga določbe v smeri zagotavljanja enakopravne obravnave med ponudniki v vseh fazah postopka. A v konkretnem primeru se veže »zagotavljanje

²⁴³ Compensation approach velja za problematičen pristop, saj je bil kmalu jabolko spora v strokovnih krogih, uspešno pa ga je izpodbijal pravobranilec Leger v primeru Altamark, povzeto po Eržen, 2004, str. 38.

²⁴⁴ Case C-126/01 *Ministrie de l'Économie, des Finances et de l'Industrie v GEMO SA*, povzeto po Eržen, 2005, str. 38.

²⁴⁵ Uradni list RS, št. 53/2007, 65/2008.

²⁴⁶ 3. točka 3. odstavka ZPFOLERD.

enakopravnosti« izven okvira posameznega postopka, torej se kreira povezava prepovedi med pravnomočno zaključenim postopkom izbire projektanta in novim postopkom izbire izvajalca gradnje. Če predpostavljamo, da je bil projektant izbran na transparenten, pregleden in zakonit način ter je pri projektiranju upošteval navodila iz specifikacij glede okvirov projektiranja, načeloma ta tudi v novem postopku gradnje ne bi smel imeti vidnejših prednosti pred ostalimi konkurenti. Vse informacije, ki bi jih imel projektant, bi morale biti skladno z načelom transparentnosti in enakopravnosti zagotovljene oziroma dostopne tudi ostalim ponudnikom. To predstavlja zadostno varovalo za zagotavljanje tako konkurence med ponudniki gradnje kot enakopravne obravnave vseh ponudnikov. Če povzamem razumevanje razlagalca te določbe v Zakonu o javnem naročanju s komentarjem,²⁴⁷ ki poskuša s historično metodo pojasniti namen norme z enačenjem oziroma modifikacijo te določbe z 2. odstavkom 2. člena ZJN-UPB1,²⁴⁸ zaide v pojasnjevanje v smeri, kako je nova določba manj rogorozna od poprej veljavne ureditve, ko je zakonodajalec prepovedoval konkuriranje osebe, ki je sodelovala pri pripravi razpisne dokumentacije ali njenih delov v nadaljnjem razpisu ter da med drugim dopušča možnost komuniciranja med naročnikom in potencialnimi ponudniki. Z navedeno razlago se ne morem strinjati, saj se povsem upira pravilom formalne logike. Prvič je določba napačno uvrščena v okvir enakopravnega obravnavanja ponudnikov, če že,²⁴⁹ bi bila smiselna uvrstitev v načelo zagotavljanja konkurence ponudnikov, na podlagi česa bi se nato vzpostavila paralela s historično metodo, kot jo navaja razlagalec, v obstoječem primeru pa nakazana paralela ni smiselna. Drugič se nikakor ne morem strinjati z razlago, da ta določba pušča več prostora za komunikacijo med naročniki in ponudniki glede priprave razpisne dokumentacije ter (celo) pomeni približevanje evropski praksi, ki izrecno ne prepoveduje sodelovanja med potencialnimi ponudniki in naročniki v fazi priprave razpisne dokumentacije. Ob poznavanju določbe strokovnega dialoga je jasno, da je določba smiselno povezljiva s cilji načela zagotavljanja konkurence med ponudniki, saj je strokovni dialog dopusten »...pod pogojem, da taki nasveti oziroma priporočila ne preprečujejo ali omejujejo konkurence«. Načelo enakopravne obravnave ponudnikov se lahko uporabi zgolj kot pomožni razlagalni argument in nikakor ne glavni, če pa upoštevamo strogo dikcijo zakona, bi tudi temu stališču lahko oporekali, saj se načelo enakopravne obravnave ponudnikov nanaša zgolj na izvedbo postopka (vse faze), strokovni

²⁴⁷ Čampa, Margret, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, Zakonu o javnem naročanju s komentarjem, Uradni list RS, 2007, str. 73.

²⁴⁸ Zakon o javnih naročilih (uradno prečiščeno besedilo) /ZJN-1-UPB1/, Uradni list RS, št. 36/2004; 2. odstavek 5. člena NAČELO ZAGOTAVLJANJA KONKURENCE MED PONUDNIKI: »Pripravljalec razpisne dokumentacije ali njenih delov ne sme nastopati kot ponudnik ali kot podizvajalec in ne sme sodelovati s ponudnikom pri pripravi ponudbe«.

²⁴⁹ Kot pojasnjujem v nadaljevanju, je vsebina določbe povsem nepotrebna in neprimerna ter bi jo bilo primerno črtati iz zakonskega besedila.

dialog pa se izvaja pred začetkom postopka. Predvsem pa iz tako ozke določbe, ki pogojno dopušča sodelovanje projektanta tudi v fazi izgradnje projektiranega izdelka, ni moč uporabiti argumentum a minori ad maius²⁵⁰ za sklepanje na dopustno večjo možnost komuniciranja med naročniki in ponudniki, saj je vsebina določbe povsem drugačna. Določba namreč zgolj izjemoma dopušča sodelovanje projektanta tudi v fazi izvedbe in to zgolj, če za to obstajajo upravičeni razlogi, torej je omejevalne narave in iz nje ni moč razumeti dopustnosti širših opcij za dialog med naročnikom in ponudnikom. Dikcija prav tako ne pojasni, v kakšni vlogi projektant praviloma ne sme sodelovati na razpisu za izgradnjo projektiranega izdelka. Če bi zakonodajalec želel osmisliti normo, bi moral navesti oziroma opredeliti vrsto vloge, ki jo za projektanta v drugem razpisu izgradnje načeloma prepoveduje, v smislu Zakona o graditvi objektov.²⁵¹ Sedanja dikcija zaradi nedodelanosti dopušča zgolj razlago, da projektant v razpisu gradnje načeloma ne sme sodelovati kot ponudnik, partner ali podizvajalec. Ali smemo na podlagi nejasne dikcije sklepati na razlago, da projektant ne sme sodelovati v postopku gradnje v nobeni vlogi, torej tudi ne kot fizična oseba, s katero ponudnik sklene npr. delovršno pogodbo in o njenem obstoju naročnika ne obvesti? Določba je postopkovno gledano nesmiselna zaradi dejstva, ker lahko naročnik v primeru, če ima projektant zaradi

²⁵⁰ Sklepanje od manjšega k večjemu; pravna posledica še bolj utemeljeno velja za večje, ki ima bolj trdne razloge za njen nastop, kot manjše, povzeto po Pavčnik, Teorija prava, 1999, str. 384.

²⁵¹ Uradni list RS, št. 126/2007, odslej ZGO-1B; 34. člen: (1) Kot **investitor**, projektant in izvajalec lahko nastopajo različne pravne ali fizične osebe, ki izpolnjujejo pogoje, predpisane s tem zakonom, lahko pa tudi ista pravna oziroma fizična oseba hkrati nastopa kot investitor, projektant in izvajalec, če ni s tem členom določeno drugače.

(2) Kot **nadzornik** lahko nastopa samo tista pravna ali fizična oseba, ki v zvezi z objektom, nad katerega gradnjo opravlja gradbeni nadzor, ne nastopa kot izvajalec gradbenih, zaključnih oziroma obrtniških, montažnih in drugih del ali kot dobavitelj gradbenih proizvodov, naprav in opreme. Nadzornik tudi ne sme biti v nobeni medsebojni poslovni povezavi z izvajalcem, v primeru, da je nadzornik samostojni podjetnik posameznik, pa takšen nadzornik tudi ne sme biti v krvnem sorodstvu v ravni vrsti z izvajalčevim odgovornim vodjem del oziroma ne sme biti z njim v zakonski zvezi ali živeti v izvenzakonski skupnosti.

(3) Kot **revident** lahko nastopa samo tista pravna ali fizična oseba, ki v zvezi z objektom, za katerega opravlja revizijo projektne dokumentacije, ne nastopa kot projektant ali izvajalec oziroma je v sorodstveni povezavi z projektantom ali izvajalcem.

(4) Če sta **projektant in nadzornik** ista pravna ali fizična oseba, projektant kot izvajalec ne sme izvajati gradnje na objektu, za katerega je izdelal projektno dokumentacijo. Kadar je projektant tudi izvajalec, morata biti projektant in nadzornik različna pravna oziroma fizična oseba, ki tudi ne smeta biti v nobeni medsebojni poslovni povezavi, odgovorni vodja projekta in odgovorni nadzornik pa tudi ne smeta biti v krvnem sorodstvu v ravni vrsti ali v zakonski zvezi ali živeti v izvenzakonski skupnosti.

(5) Če investitor pri istem objektu nastopa kot projektant in izvajalec oziroma izvaja dela za lastne potrebe ali za trg, pri takšni gradnji ne sme nastopati kot nadzornik, ampak mora poveriti gradbeni nadzor izvajalcu, ki ne izvaja gradnje na istem objektu ali drugemu projektantu. V tem primeru ne smeta biti izvajalec oziroma projektant, ki prevzame gradbeni nadzor, s takšnim investitorjem v nobeni medsebojni poslovni povezavi, odgovorni vodja gradbišča oziroma odgovorni vodja del in odgovorni vodja projekta pa tudi ne smeta biti v krvnem sorodstvu v ravni vrsti ali v zakonski zvezi ali živeti v izvenzakonski skupnosti.

(6) Investitor lahko nastopa kot nadzornik, vendar v tem primeru na objektu, za katerega opravlja gradbeni nadzor, ne more nastopati niti kot projektant niti kot izvajalec.

(7) Investitor je lahko tudi revident, vendar v tem primeru na objektu, za katerega je opravil revizijo projektne dokumentacije, ne more nastopati kot projektant, kot izvajalec in kot nadzornik.

svoje specifično tehnološke oziroma konstrukcijske rešitve za izvedbo projekta (pri čemer je ta izvedba omejena zgolj na projektanta), izvede postopek s pogajanji brez predhodne objave. Če bi naročnik našel argumente, s katerimi bi utemeljil smiselnost projektantove specifične rešitve ministru za finance, kot zahteva 3. odstavek 9. člena ZJN-2A, bi enakovrstno uspešno argumentiral izvedbo postopka s pogajanji. Pri tem vsekakor ni videti pretiranega smisla v izvedbi npr. odprtega postopka, pri čemer bi projektantu dovolili sodelovanje, če že vnaprej vemo, da je njegova tehnologija tudi npr. cenovno ugodnejša. V tem primeru bi šlo zgolj za nepotrebno izvedbo postopka z vnaprej znanim izidom.

3.2.4.1. Obravnavanje gospodarskih subjektov

Načelo nediskriminacije na podlagi dejavnosti ponudnika se zrcali tudi v 4. členu ZJN-2A in ZJNVETPS-A, ki v 1. odstavku določa, da naročnik ne sme zavrniti kandidata oziroma ponudnika z utemeljitvijo, da bi moral imeti kandidat oziroma ponudnik za opravljanje določene dejavnosti po slovenski zakonodaji status fizične ali pravne osebe, če sme kandidat oziroma ponudnik isto dejavnost opravljati v državi članici, v kateri je ustanovljen. ZJN-2A in ZJNVETPS-A sta dikcijo povzela po 4. členu Direktive 2004/18/ES in 2004/17/ES, namen določbe pa izhaja iz določil PES. Bistvo predmetne določbe je torej osnovano na pravici do proste ustanovitve,²⁵² posredno pa vključuje tudi pravico do prostega pretoka blaga²⁵³ in pravici do prostega pretoka storitev.²⁵⁴ Naročniki so torej pri obravnavi gospodarskih subjektov dolžni upoštevati temeljne svoboščine skupnega trga.²⁵⁵ Eden od ciljev uveljavitve skupnega trga je vsekakor odprava ovir²⁵⁶ pri trgovanju, kar posledično vpliva na večjo konkurenčnost na trgu in s tem znižanje cen in stroškov ter se je izrazilo v pozitivnem vplivu na gospodarstvo. Pozitivne vplive uveljavitve skupnega trga je bilo torej smiselno prenesti tudi na raven javno naročniške zakonodaje v EU, saj so se tudi tu pričakovali pozitivni vplivi na nižjo javno porabo s strani posrednih, neposrednih proračunskih uporabnikov in javnofinančnih zavezancev.

Smiselno je opozoriti na tri aspekte vzpostavitve skupnega trga, in sicer:

- združevanje notranjih trgov posameznih držav članic v skupni trg;

²⁵² 43. člen PES.

²⁵³ 28. člen PES.

²⁵⁴ 49. člen PES.

²⁵⁵ Štiri temeljne svoboščine skupnega trga so prost pretok blaga (32. – 31. člen PES), oseb (39. – 42. člen), opravljanja storitev (49. – 55. člen PES) in kapitala (56. – 60. člen PES). Več v Grilc, Pravo EU, 365 – 650; Craig, De Burca, 580 – 824.

²⁵⁶ Psihološke, tehnične in davčne ovire, kot jih navaja White paper of completing the internal market.

- težnja po širitvi enotnega trga, torej po odprtosti za nove članice;
- fleksibilnost trga z vidika prostega pretoka ljudi, blaga, kapitala in investicij v območja največjih poslovnih/gospodarskih potencialov.²⁵⁷

Uresničevanje pogodbenega cilja po vzpostavitvi skupnega trga pa naj bi vključevalo tudi izvajanje pomembnih politik ES, predvsem na področju konkurence, državnih pomoči in kmetijstva.²⁵⁸

Če izhajamo iz dikcije 4. člena ZJN-2A in ZJNVETPS-A, naročniki prav tako ne smejo zavirati svobodne gospodarske pobude oz. sodelovanja v obliki zahtev po prepovedi posebnih oblik združevanja, ki bi pogojevale prijavo na javno naročilo. Naročniki morajo torej morebitne konzorcije ali druge pravno formalne oblike povezav med ponudniki, ki oddajajo skupne ponudbe, dopustiti. Zgolj v primeru, če je to nujno za uspešno izvedbo javnega naročila, lahko naročnik od povezanih skupin, ki so oddale skupno ponudbo ali prijavo, zahteva predložitev ustreznega akta o skupni izvedbi javnega naročila.

Prav tako ZJN-2A in ZJNVETPS-A naročniku dopuščata možnost, da od ponudnikov zahteva navedbo podizvajalcev, ki bodo v okviru izvedbe posla sodelovali, in sicer v obliki navedbe vseh morebitnih podizvajalcev in vrsto dela, katerega predmet je podizvedba. Odločitev o uporabi te zakonske zahteve je stvar odločitve naročnika, upošteva je smiselnost tovrstne zahteve glede na konkretno javno naročilo. Vsekakor pa velja poudariti, da navedba podizvajalstva ne posega v vprašanje osnovne odgovornosti gospodarskega subjekta, ki podizvajalstvo navaja, torej glavnega ponudnika.²⁵⁹

3.2.5. Načelo sorazmernosti

*Javno naročanje se mora izvajati sorazmerno predmetu javnega naročanja, predvsem glede izbire, določitve in uporabe pogojev in meril, ki morajo biti smiselno povezana s predmetom javnega naročila.*²⁶⁰

²⁵⁷ Povzeto po beli knjigi z leta 1985 (Completing the internalmarket), str 6.

²⁵⁸ Več o tem Eržen, Tina, Dolgoročne oblike sodelovanja med ponudniki in naročniki v postopkih oddaje javnih naročil v pravu ES, str od 28 – 49.

²⁵⁹ Uredba o neposrednih plačilih podizvajalcu pri nastopanju ponudnika s podizvajalcem pri javnem naročanju Uradni list RS, št. 66/2007.

²⁶⁰ 10. člen ZJN-2A in 16. člen ZJNVETPS.

Če izhajamo iz evropske pravne ureditve, je načelo sorazmernosti vsebovano v tekstu 5. člena PES,²⁶¹ vsebinsko pa ga je napolnila praksa Sodišča ES.²⁶² Zakonska določba se primarno veže na upoštevanje sorazmernosti pri določitvi pogojev in meril, ki morajo biti smiselno povezana s predmetom javnega naročila, je pa za boljše razumevanje smisla in možnosti širše uporabe določbe smiselno obravnavo razširiti z vpogledom v splošno ustavno načelo sorazmernosti. Pri načelu sorazmernosti upoštevamo tri ključne sestavine:

- da so izbrana sredstva za doseg cilja **primerna, uporabna in možna**, torej je posamezno ravnanje odločevalca ustrezno takrat, ko je to sposobno doseči cilj, h kateremu pravna norma deklarirano teži;
- da so v poštev prihajajoča sredstva za doseg cilja **potrebna/nujna**, pri čemer se ugotavlja obstoj možnih alternativ, ki so manj omejevalne za doseg enakega cilja;
- obstoj proporcionalnega sorazmerja med prizadetostjo pravice posameznika (v okviru javnega naročanja gre za ponudnika), ki jo povzroči uporaba sredstva, in ustrezno koristjo, ki jo uporaba sredstva rezultira (sorazmernost v ožjem smislu).²⁶³

Bistvo sorazmernosti gre torej na nivoju ustave iskati v postavljanju omejitev državi pri poseganju ali omejevanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Sorazmernost lahko tretiramo kot mejnik med zahtevami javnega interesa na eni strani in brezpogojnim izvajanjem človekovih pravic na drugi strani. S tem se zagotavlja prava mera državnemu ravnanju. Z vidika javnega naročanja se je Državna revizijska komisija že neposredno sklicevala na temeljna načela Ustave v sklepu št. 018-221/2007-4 z dne 09. 08. 2007.²⁶⁴

²⁶¹ Države članice sprejemajo vse ustrezne ukrepe, splošne ali posebne, da bi zagotovile izpolnjevanje obveznosti, ki izhajajo iz te pogodbe ali so posledica ukrepov institucij Skupnosti. Tako olajšujejo izpolnjevanje nalog Skupnosti. Vzdržijo se vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili doseganje ciljev te pogodbe.

²⁶² Načelo je bilo uporabljeno v sodbah Sodišča ES v sledečih primerih: C-114/76 Skimmed Milk Powder (za presežke mleka je bila predpisana obvezna uporaba v druge namene, kljub temu, da je to predstavljalo dražjo sestavino), C-120/79 Cassis de Dion (alkoholne pijače z nižjo vsebnostjo alkohola), Case C-265/87, Schröder, Case c-127/92 in Joint Case 41/79, 121/79 in 796/79.

²⁶³ Pri upoštevanju sorazmernosti v ožjem pomenu se išče ustrezno razmerje med:

1. Čisto ekonomsko cost benefit analizo.
2. Oceno koristi za posamezno vrednoto v primerjavi s škodo povzročeno drugi vrednoti.
3. Pravilnostjo alokacije koristi in obremenitev v družbi, oz. ali ukrepi prekomerno obremenjuje določene osebe ali kategorijo oseb.
4. Presojjo, ali se ukrep nanaša na samo substancno varovanih pravic.
5. Iskanjem ustreznega ravnovesja v smislu optimalnega soobstoja dveh ali več vrednot, pri čemer se istočasno noben ne more zagotoviti v celoti.

²⁶⁴ »Ustava Republike Slovenije v 2. členu določa, da je Slovenija pravna država. Ustavno Sodišče je s svojimi odločbami na ustavno raven povzdignilo tri bistvene elemente pravne države, in sicer načelo varstva zaupanja v pravo, načelo sorazmernosti in načelo jasnosti in določnosti predpisov«, dostopno na:

Uradna oseba - naročnik, če se osredotočimo na postopke javnega naročanja, ki vodi postopek, je pri sprejemanju odločitev samostojen in neodvisen, hkrati pa morajo naročniki delovati v zakonodajnih okvirih, kar je edina »omejitev« pri delovanju. S stališča načela sorazmernosti je načelo samostojnosti pomembno predvsem zato, ker naročnikom omogoča, da samostojno in v skladu z načelom sorazmernosti izberejo procesni ukrep, ki ga v posamičnem primeru presodijo za najprimernejšega. Na ta način, v obliki presoje s prostim preudarkom ali v primeru nedefiniranih pravnih pojmov,²⁶⁵ naročniki s svojimi odločitvami sooblikujejo vsebino pravnih norm. Hkrati velja poudariti, da odločanje naročnikov po prostem preudarku ali v primeru nedoločenih pravnih pojmov ne sme temeljiti na samovolji, temveč na stvarnih kriterijih, ovrednotenih na zakonodajnem okviru.

Načelo sorazmernosti pa je v ZJN-2A in ZJNVETPS-A obravnavano relativno ozko, posebej je izpostavljeno zgolj referiranje načela sorazmernosti pri določanju meril in pogojev. Če bi bil smisel določbe zgolj omejena uporaba načela sorazmernosti na kreiranje meril in pogojev, bi povsem zadoščala že določba iz 1. odstavka 9. člena ZJN-2A,²⁶⁶ ki od naročnika terja, *»...da med ponudniki v vseh fazah postopka javnega naročanja in glede vseh elementov ni razlikovanja, upošteva vzajemno priznavanje in sorazmernost zahtev naročnika glede na predmet naročila«*, ali pa zahteva po sorazmerni uporabi pogojev v 44. členu ZJN-2A. Dejansko je smiselna uporaba načela sorazmernosti veliko širša, kar bi na podlagi logične metode lahko izpeljali iz pravne norme načela sorazmernosti. Načelo sorazmernosti se namreč lahko uporabi že pri sami izbiri postopka: pri oblikovanju zahtev glede vsebine, obsežnosti in kompleksnosti razpisne in ponudbene dokumentacije; pri določitvi kriterija za nebitveno formalno pomanjkljivost ponudbe²⁶⁷ in v okviru udejanjanja ostalih določb ZJN-2A in ZJNVETPS-A, ki dopuščajo možnost prostega preudarka.²⁶⁸

Pri oblikovanju pogojev in meril, ki morajo biti smiselno povezani s predmetom javnega naročila, je bistveno poznavanje trga in blaga/storitev/gradenj, ki se nabavlja/je. Zgolj na ta način lahko naročnik oblikuje smiselne pogoje in merila, ki bodo v fazi oddaje ponudb

<http://www.dkom.si/?vie=cnt&gr1=odlDko&gr2=odlDko2007&id=2007081407434838> (5.4.2008)

²⁶⁵ Po razmišljanju Toneta Jerovška, Podjetje in delo, let. 1996, št. 5, str. 1100 je »nedoločeni pravni pojmi nekaj, kar sicer ni po vsebini v celoti zapisano v zakonu, mora pa izhajati iz duha in ciljev zakona. Tudi prek organa razloženi in uporabljeni nedoločni pravni pojmi morajo imeti oporo in temelj ter razlago v zakonu. To pa še ne pomeni, da jim vsebine na podlagi norme ne določa organ. Nasprotno, vsebino nedoločenim pravnim pojmom določa organ, pri tem pa je toliko vezan in toliko nevezan pri razlagi pojma, kolikor je to še v skladu z namenom zakona. Zato lahko upravičeno trdimo, da gre pri prostem preudarku v okviru nedoločenih pojmov za nepravi prosti preudarek.«

²⁶⁶ in 1. odstavek 15. člena ZJNVETPS-A.

²⁶⁷ Več v točki Institut dopolnitve formalno nepopolne ponudbe.

²⁶⁸ Odločanje po prostem preudarku je pravno vezano odločanje, kar pomeni, da mora organ odločanja v celoti upoštevati legalitetno načelo. Tudi v primeru pooblastila za diskrecijo ne sme biti samovoljnega in arbitrarnega odločanja. Povzeto po Urbas, 2005, str. 20.

naročniku zagotovile primarno pridobitev večjega števila ponudb (omogočanje konkurence) in nato tudi možnost gospodarne izbire in izvedbe naročila. Postavljanje prezahtevnih pogojev torej ni opravičljiva s sklicevanjem na zahtevnost naročila, če je posledica prekomernosti omejevanje ali celo izključitev možnosti konkuriranja določenih ponudnikov in bi tudi manj zahtevni pogoji zadostili za izbiro ponudnika, ki bi ustrezno izvedel naročilo. Definicijo prekomernosti lahko iščemo v smeri, ko naročnik glede na predmet naročila zahteva več, kot je dejansko potrebno za ustrezno izvedbo naročila.

V praksi je zaslediti, da naročniki v razpisnih dokumentacijah postavljajo (ne)sorazmerno visoke pogoje, ki naročniku dejansko omejijo konkurenco in posledično zmanjšajo gospodarnost naročila. V primeru očitkov glede postavitve prekomernih/nesorazmernih zahtev, to naročniki običajno opravičujejo s potrebo po visoki stopnji kvalitete, zanesljivosti in strokovnosti. Zavedati pa se je potrebno, da naročniki s tovrstnim načinom delovanja posredno oblikujejo trg in prispevajo k oblikovanju monopolov ali vsaj zmanjšanju števila ponudnikov. Bumerang tovrstnim ravnanjem, ki ga naročniki na slovenskem trgu trenutno občutijo, se je oblikoval na gradbenem trgu, kjer obstaja izredno majhno število sorazmerno velikih podjetij, ki obvladujejo trg zahtevnejših gradenj.

3.3. Načela po ZJZP

3.3.1. Načelo enakosti

1) Javni partner zagotovi, da med kandidati v vseh elementih in fazah postopka sklepanja in izvajanja javno-zasebnega partnerstva ni razlikovanja in ne ustvarja okoliščin, ki pomenijo krajevno, predmetno, osebno diskriminacijo kandidatov, diskriminacijo, ki izvira iz klasifikacije dejavnosti, ki jo izvaja kandidat, ali drugo diskriminacijo.

2) Javni partner ne sme različno obravnavati kandidatov, ki so v enakem ali bistveno podobnem pravnem in dejanskem položaju, kot tudi ne enako obravnavati kandidatov, ki so v bistveno različnem pravnem ali dejanskem položaju.²⁶⁹

Načelo enakosti ZJZP ne opredeljuje bistveno drugače od ZJN-2A in ZJNVETPS-A (načelo enakopravne obravnave ponudnikov), kljub temu pa je v primerjavi z ZJN-2A in ZJNVETPS-A opazna ožja diktacija, ki se veže na prepoved diskriminacije. Pri tem ne gre spregledati, da v zvezi s prepovedjo diskriminacije veljajo določbe PES in sodna praksa Sodišča ES, ki postavljajo jasne meje v zvezi z oblikami prepovedane diskriminacije. Ker je bilo načelo enakosti celovito obravnavano že v okviru ZJN-2A in ZJNVETPS-A, bo v tem delu izpostavljena problematika načela enakosti, ki se kaže pri izvajanju javno-zasebnega partnerstva, kljub temu pa je za poglobljeno razumevanje načela smiselno upoštevanje navedenega v okviru načela enakopravne obravnave ponudnikov po ZJN-2A in ZJNVETPS-A.

Zaradi običajne kompleksnosti razmerij javno-zasebnega partnerstva in zahtevnejše izvedbe postopka (običajno postopka konkurenčnega dialoga, kjer je že v sami določbi konkurenčnega dialoga zahtevana enaka obravnava ponudnikov in prepoved diskriminacije)²⁷⁰ je zagotavljanje enakopravne obravnave ponudnikov še toliko večjega pomena. Zakonodajalec sicer malce neobičajno poda »dodatno pojasnilo« k razumevanju načela enakosti v smeri zahteve po enakem obravnavanju enakega in nasprotno, ki sicer že

²⁶⁹ 12. člen ZJZP.

²⁷⁰ 6. točka 46. člena ZJZP: »Med konkurenčnim dialogom mora javni partner zagotoviti enakopravno obravnavanje vseh kandidatov, pri čemer mora zlasti nediskriminatorno posredovati kandidatom informacije, vključno z informacijami, pridobljenimi na podlagi vlog o zainteresiranosti iz 34. člena tega zakona, da se prepreči neupravičeno prednost v postopku izbire«.

Velja opozoriti, da ZJNVETPS-A konkurenčnega dialoga ne predpisuje, a malce omili ZJZP v 2. odstavku 46. člena: »Konkurenčni dialog se ne uporablja v primeru javnonaročniškega partnerstva, ko je javni partner naročnik na vodnem, energetske, prometnem in poštnem sektorju. V tem primeru lahko vodi javni partner postopek izbora izvajalca javno-zasebnega partnerja po postopku s pogajanji po predhodni objavi, pri čemer se pravila tega zakona o konkurenčnem dialogu (46. člen) smiselno uporabljajo«.

izhaja iz sodne prakse Sodišča ES,²⁷¹ prav tako pa v pravni teoriji kot merilo podobnosti (argumentum a simile ad simile) velja za osrednjo sestavino analogije sklepanja in je splošno sprejeto, torej se poraja vprašanje smiselnosti navedenega »dodatnega pojasnila«.²⁷²

Pri obravnavi načela enakosti velja opozoriti na primere spremenjenih okoliščin v ponudbi ali kasneje v fazi izvajanja pogodbenega razmerja, v povezavi z upoštevanjem načela enakopravnosti. Ravno zaradi kompleksnosti pogodbenih razmerij in njihove dolgotrajnosti so primeri spremenjenih okoliščin v postopkih javno-zasebnega partnerstva pravzaprav običajni. Do njih prihaja v vseh fazah postopka, tako v fazi po oddaji ponudbe, kot tudi v fazi, ko se pogodba že izvaja. Spremembe so pogostejše na strani ponudnikov v primeru spremembe članov konzorcija, stečajnega postopka ali postopka prisilne poravnave²⁷³ enega od članov konzorcija. Naročniki so v teh primerih v dilemi, kako ravnati v primerih sprememb oziroma z njihovim upoštevanjem, da s tem ne bi kršili načela enakopravne obravnave ostalih ponudnikov. Iz sodne prakse EU²⁷⁴ gre razbrati favoriziranje fleksibilnega pristopa s strani naročnikov v primeru spremenjenih okoliščin, ključna omejitev pri tem so temeljna načela enakopravnosti in zagotavljanja konkurence med ponudniki.²⁷⁵ Bistvenega pomena je, da se z akceptom dopolnitev, ki niso materialne (vsebinske) narave, ne spreminja konkurenčnega položaja sodelujočih v postopku.²⁷⁶ Navedeno razmišljanje je potrdila tudi Komisija v razlagalnem sporočilu z dne 14.4.2008, kjer ugotavlja, da so institucionalizirana javno-zasebna partnerstva ponavadi vzpostavljena za zagotavljanje storitev v precej dolgem obdobju, je treba omogočiti prilagoditev nekaterim spremembam, ki se pojavijo v gospodarskem, pravnem ali tehničnem okolju. Določbe Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami ne preprečujejo upoštevanja teh sprememb, če sta upoštevana načela enakega obravnavanja²⁷⁷ in preglednosti.²⁷⁸ Za primer, da bi naročnik iz posebnih razlogov želel imeti možnost spremembe nekaterih razpisnih pogojev, potem ko je bil ponudnik že izbran, je tako v obvestilu o naročilu ali v specifikacijah treba izrecno predvideti takšno možnost spremembe razpisnih pogojev, pa tudi podrobnih pravil za njeno uporabo, in opredeliti okvir, v katerem je

²⁷¹ Prav tako pa to dikcijo pogosto v sklepih navaja Državna revizijska komisija; npr. sklep št. 018-142/2007-2, z dne 24.05.2007, sklep št. 018-293/2007-3, z dne 3.1.2008 itd.

²⁷² Več v Pavčnik, Teorija prava, 1999.

²⁷³ V zvezi z razlikami med spremenjenimi okoliščinami v primeru stečaja in prisilne poravnave glej Kranjc, , 2007, str. 959.

²⁷⁴ Primer London Undergrund Public Private Partnership.

²⁷⁵ Več o tem Kranjc, Vesna, 2007, in Arrowsmith, 2005, str 542, po kateri Kranjčeva povzema stališče, da zgolj zaradi spremembe v članstvu konzorcija naročnik ni upravičen izločiti ponudnika – konzorcija. Izločitev bi bila utemeljena, če bi zaradi spremembe med člani konzorcija, sam konzorcij ne bi več izpolnjeval pogojev, ki so se zahtevali z razpisno dokumentacijo.

²⁷⁶ Tako Kranjc, 2007, str. 951.

²⁷⁷ Glej med drugim združeni zadevi C-285/99 in C-286/99, Lombardini in Mantovani, Recueil 2001, I-9233, točka 37, ter zadevo C-315/01, GAT, Recueil 2003, I-6351, točka 73.

²⁷⁸ Glej med drugim zadevo C-92/00, HI, Recueil 2002, I-5553, točka 45, in zadevo C-470/99, Universale-Bau in drugi, Recueil 2002, I-11617, točka 91.

treba postopek izvesti, da so vsa podjetja, ki se zanimajo za sodelovanje na razpisu za naročila, od začetka seznanjena s to možnostjo in da imajo tako enake pogoje pri oblikovanju ponudbe.²⁷⁹

Za vsako spremembo bistvenih elementov naročila, ki ni bila predvidena v prvotni specifikaciji, je potreben nov javni razpis.²⁸⁰ Sodišče ES meni, da je element bistven zlasti, kadar gre za element, ki bi, če bi bil vključen v obvestilo o naročilu ali specifikacijo, ponudnikom omogočil predložitev bistveno drugačne ponudbe.²⁸¹ Primeri takšnih bistvenih elementov naročila so obseg gradenj ali storitev, ki jih zagotovi naročnik, ali dajatve, ki se uvedejo za uporabnike storitve, ki jo zagotovi naročnik.

Upoštevanje načela enakosti se kaže tudi v spoštovanju postopkovnih določil v zvezi z izbiro kandidatov oziroma izvajalcev javno-zasebnega partnerstva. Zakon zahteva nediskriminatorno ravnanje pri oblikovanju tehničnih specifikacij, hkrati pa poudarja, da se kot referenčno sredstvo za opis proizvoda ali storitve uporabijo evropski standardi ali nacionalni standardi, ki te izvajajo, vendar pa javni partner ne sme zahtevati, da bodo zahtevani proizvodi ali storitve oziroma gradnje v skladu z zadevnim standardom. Javni partner mora sprejeti tudi druge proizvode ali storitve oziroma gradnje, čeprav je uporabljena drugačna tehnologija, kot je navedena v standardu, če končni rezultat, ki je predmet javno-zasebnega partnerstva, izpolnjuje vse zahteve glede uspešnosti, učinkovitosti oziroma funkcionalnih zahtev.²⁸² Če se osredotočimo zgolj na izvedbo konkurenčnega dialoga in poglobljeno pogledamo določbo, ki konkurenčni dialog ureja,²⁸³ naletimo na nemalo vprašanj in nejasnosti, ki vsekakor ne pripomorejo k sledenju načelu enake obravnave ponudnikov.

3.3.1.1. Konkurenčni dialog

Zakon sicer določa, da se postopek konkurenčnega dialoga lahko uporabi za izbiro ekonomsko najugodnejšega izvajalca javno-zasebnega partnerstva, ne glede na obliko in ureditev postopka javno-zasebnega partnerstva v posebnem zakonu.²⁸⁴ Torej je uporaba konkurenčnega dialoga primerna tako za obliko pogodbenega partnerstva (koncesijskega

²⁷⁹ Glej zadevo C-496/99 P, Komisija proti CAS Succhi di Frutta SpA, Recueil 2004, I-3801, točka 118.

²⁸⁰ Glej zadevo C-337/98, Komisija proti Franciji, Recueil 2000, I-8377, točka 50.

²⁸¹ Glej točko 116 in naslednje točke zadeve C-496/99 P, Komisija proti CAS Succhi di Frutta SpA (opomba 35).

²⁸² 49. člen ZJZP.

²⁸³ 46. in 47. člen ZJZP.

²⁸⁴ O vsebinskem neskladju te določbe s 16. odstavkom 46. člena glej več v nadaljevanju.

razmerja in javnonaročniškega razmerja) kot tudi za oblikovanje statusnega javno-zasebnega partnerstva.

Javni partner je obvezan začeti postopek konkurenčnega dialoga z javnim razpisom, katerega vsebino opredeljuje 48. člen ZJZP.²⁸⁵ Hkrati določba 2. odstavek 46. člena med vsebino javnega razpisa pogojno vključuje tudi navedbo ciljev in potreb, vezanih na projekt javno-zasebnega partnerstva, a zaradi svoje pogojnosti, ki opredelitev ciljev dopušča tudi/ali samo v razpisni dokumentaciji, zahteva izgubi na svoji relevantnosti.²⁸⁶ Hkrati velja opozoriti, da cilje in potrebe javni partner opredeli v aktu o javno-zasebnem partnerstvu ali koncesijskem aktu, prav tako pa je podrobna opredelitev vsebovana v oceni možnosti javno-zasebnega partnerstva.²⁸⁷ Iz vsebine določbe je težko nedvoumno razbrati, kaj je hotel zakonodajalec pravzaprav izpostaviti; ali je to upoštevanje načela transparentnosti z objavljanjem za zasebnega partnerja vsekakor smiselnih podatkov o ciljih in potrebah projekta, čeprav se na tem mestu izpostavi dilema, zakaj potem pogojnost zakonske zahteve, ali je bil cilj določbe zgolj napotek javnim partnerjem po želenem ravnanju, pri čemer širok spekter možnih ravnanj zamegli jasnost namena in smiselnosti določbe.

Z vidika načela enakosti velja izpostaviti 6. odstavek 46. člena ZJZP, ki od javnega partnerja terja enakopravno obravnavanje vseh kandidatov v obliki nediskriminatornega posedovanja informacij, vključno s posredovanjem informacij, pridobljenih na podlagi vlog o zainteresiranosti, s čimer se prepreči neupravičeno prednost promotorja pred drugimi

²⁸⁵ » 1) *Objava javnega razpisa v skladu z odločitvijo o javno-zasebnem partnerstvu in/ali z aktom o javno-zasebnem partnerstvu vsebuje najmanj: – navedbo, da gre za javno-zasebno partnerstvo po tem zakonu, – ime oziroma firmo in sedež javnega partnerja, – podatke o objavi odločitve o javno-zasebnem partnerstvu in akta o javno-zasebnem partnerstvu, – predmet, naravo ter obseg in območje javno-zasebnega partnerstva, – začetek in predvideni čas trajanja razmerja javno-zasebnega partnerstva, – postopek izbire izvajalca javno-zasebnega partnerstva, – kraj, čas in plačilne pogoje za dvig razpisne dokumentacije, – kraj in rok za predložitev vlog, pogoje za njihovo predložitev (morebitna zavarovanja ...), – zahteve glede vsebine vlog (prikaz ponujenega načina izvajanja javno-zasebnega partnerstva, ponujeni objekti in naprave, pričakovani dobiček iz izvajanja razmerja ...), – pogoje, ki jih morajo kandidati izpolnjevati, in dokazila o njihovem izpolnjevanju, – pogoje za predložitev skupne vloge, – merila za izbiro najugodnejšega kandidata in/ali merila za prehajanje med fazami konkurenčnega dialoga, – naslov, prostor, datum in uro odpiranja vlog, – rok, v katerem bodo kandidati obveščeni o izidu javnega razpisa.*

2) *Javni partner lahko v javnem razpisu poleg podatkov iz prejšnjega odstavka objavi glede na predmet javno-zasebnega partnerstva tudi druge podatke; druge podatke pa mora objaviti, če to zahteva zakon, na njegovi podlagi izdani predpis ali akt o javno-zasebnem partnerstvu.*

3) *Javni partner mora v času objave javnega razpisa omogočiti zainteresiranim osebam vpogled v razpisno dokumentacijo in na zahtevo predati razpisno dokumentacijo.*

4) *V razpisni dokumentaciji morajo biti navedeni vsi podatki, ki bodo omogočili kandidatu izdelati popolno vlogo.*

²⁸⁶ »*Javni partner začne postopek konkurenčnega dialoga z javnim razpisom, v katerem navede cilje in potrebe, vezane na projekt javno-zasebnega partnerstva. Javni partner lahko cilje in potrebe namesto v javnem razpisu ali poleg tega navede tudi v razpisni dokumentaciji.*

²⁸⁷ *Ocena upravičenosti izvedljivosti projekta in primerjava variant oziroma drugega projekta, opredeljena v 8. členu ZJZP, nato pa je cilji in namen opredeljeni v 11. členu ZJZP (odločitev o javno-zasebnem partnerstvu) in 40. členu ZJZP (skupen akti).*

kandidati.²⁸⁸ Hkrati pa je posredovanje informacij zavarovano z zahtevo, da morajo naročniki pred posredovanjem informacij pridobiti pisno privolitev kandidata, katerega predlagane rešitve ali druge zaupne informacije se razkrivajo.²⁸⁹ Tovrstna vsebina zakonske določbe je v koliziji z dikcijo 29. člena Direktive 2004/18/ES, ki jo prav ZJZP prenaša v slovenski pravni red. Dikcija iz Direktive je namreč sledeča:

»Naročniki lahko drugim udeležencem razkrijejo predlagane rešitve ali druge zaupne informacije, sporočene s strani kandidata, ki sodeluje v dialogu, brez njegove/njene privolitve.«

ZJZP postavlja torej relativno strogo dikcijo, pri čemer se je smiselno vprašati po namenu tovrstne strogosti. Ali bo s tovrstnim nadzorom, ki ga bo vršil posamični kandidat nad rešitvami in informacijami, ki jih je podal v vlogi o zainteresiranosti, posamičnih dokumentih v fazi dialoga ali končni ponudbi, resnično doprinesel k večji enakopravnosti izvajanja postopka? Ali pa bo tovrstna zahteva vnesla le več nezaupanja do protikandidatov in dodatne bojzani in potrebe po skrivanju posredovanih informacij in rešitev?

Dodatno varovalo načela enakosti predstavlja določba, da sme javni partner od ponudnikov zahtevati, da svoje ponudbe pojasnijo, specificirajo in v podrobnostih uskladijo z njegovimi potrebami, pri čemer se s pojasnili, specificiranjem, usklajevanjem in dodatnimi informacijami ponudbe ne smejo spreminjati, če bi to lahko vodilo k izkrivljanju konkurence oziroma imelo diskriminatorni učinek.²⁹⁰ Torej so dopolnitve ponudb nedopustne v smeri, če se z njimi spreminja konkurenčni položaj med ponudniki oziroma se določenim ponudnikom ne zagotovi enake obravnave kot ostalim, z upoštevanjem dodatnih pojasnil, ki položaj določenih (ne vseh) ponudnikov glede na ostale izboljša. Vsebinsko podobna je zahteva 13. odstavka 46. člena ZJZP, ki obravnava vidik dopustnosti pojasnil ponudbe izbranega ponudnika proti ostalim. Tovrstna dopustnost dopolnjevana, ki ni povsem jasna in nedvoumna, bo v praksi vse do izoblikovanja sodne prakse prav gotovo povzročala negotovost, kot je bilo to vidno v primeru tolmačenja formalno nepopolne ponudbe v okviru ZJN-2A in ZJNVETPS-A, dokler ni Državna revizijska komisija zavzela stališča glede problematike in nakazala smer interpretacije in meje le-te.

V ostale dele člena, ki ureja konkurenčni dialog, se v nadaljevanju ne spuščam, velja pa zgolj opozoriti na posamezne nekonsistentnosti, predvsem glede minimalnega števila kandidatov v postopku konkurenčnega dialoga, nekonsistentni opredelitvi merila v obliki ekonomsko najugodnejše ponudbe in nezadostnem opisu postopka ocenjevanja ponudb in izdaje akta o izbiri.

²⁸⁸ Glej določbe 34. člena in 22.- točko 5. člena ZJZP.

²⁸⁹ 7. odstavek 46. člena ZJZP.

²⁹⁰ 11. odstavek 46. člena ZJZP.

Načeloma bi lahko konkurenčni dialog obravnavali tudi pod načelom zagotavljanja konkurence, saj sama izvedba postopka spoštovanje tega načela pogojuje, ali v poglavju načela sorazmernosti, a sem zaradi smiselnosti čimprejšnje seznanitve s postopkom, katerega relevantnost je pomembna za nadaljnjo obravnavo, le-tega obravnavala že v tem delu.

3.3.2. Načelo transparentnosti

1) Javni partner mora pri sklepanju javno-zasebnega partnerstva z zagotovitvijo čim večje možne stopnje objavljanja v sorazmerju z namenom, naravo in predmetom ter vrednostjo (obsegom) projekta javno-zasebnega partnerstva zagotoviti objektivno iskanje kandidatov.

2) Vsi razpisi in drugi procesni akti v postopku sklepanja javno-zasebnega partnerstva (akt o izbiri ...) morajo biti objavljeni na svetovnem spletu.

3) Javni partner zagotavlja v postopku sklepanja javno-zasebnega partnerstva, da imajo kandidati dostop do enakih podatkov za pripravo vloge in za sodelovanje v postopku sklepanja ter do podatkov o pogojih in merilih za izbiro kandidata. Izvajalec javno-zasebnega partnerstva mora biti izbran na pregleden način in po predpisanem postopku.²⁹¹

Načelo transparentnosti pogojuje seznanitev širokega kroga potencialnih kandidatov na način, da je posledica objavljanja možnost vzpostavitve mednarodne konkurence in delovanje skupnega trga. Zakonska določba pušča stopnjo zahtevnosti objavljanja v pristojnosti javnega partnerja, ki mu podaja zgolj smernice, da objavljanje prilagodi sorazmerno z namenom, naravo in predmetom ter vrednostjo (obsegom) projekta javno-zasebnega partnerstva. Vsekakor mora javni partner z načinom objavljanja slediti cilju čim večje obveščenosti kar največjega možnega kroga potencialnih kandidatov ter zakonskim normam, ki zahtevajo določen način objavljanja.

Zakonodajalec v nadaljevanju podaja zahtevo, da morajo biti vsi procesni akti v postopku sklepanja javno-zasebnega partnerstva objavljeni na svetovnem spletu, pri čemer je določba o zahtevi po objavljanju na svetovnem spletu izredno splošna, a je konkretizirana v posameznih določbah ZJZP, vezanih na oblike javno-zasebnega partnerstva. Za koncesije gradenj se glede objavljanja upoštevajo določbe Direktive 2004/ES/18 in 2004/17/ES, vključno s standardnimi obrazci, ki jih predpisuje Uredba Komisije (ES) št. 1564/2005,²⁹² prav

²⁹¹ 13. člen ZJZP.

²⁹² 82. člen ZJZP.

tako pa se za obliko statusnega partnerstva²⁹³ predvideva objava javnega razpisa za izbiro izvajalca v Uradnem glasilu RS in na svetovanem spletu²⁹⁴ ter v primeru presega vrednostnega praga za veljavnost direktiv tudi objava v uradnem glasilu EU. Javni partner na obveznost objavljanja vezan ne glede na tip razmerja javno-zasebnega partnerstva.

V postopkih javno-zasebnega partnerstva je doseganje čiste transparentnosti težje kot v postopkih javnega naročaja, predvsem v primerih kompleksnejših projektov, kjer se merila oblikujejo skozi celoten postopek in jih je težko v fiksni obliki postaviti že na začetku postopka. Razlagalno sporočilo Komisije iz leta 2008 poudarja, da morajo biti merila oblikovana v skladu z načelom nediskriminacije že v začetni fazi postopka, kar velja upoštevati za v izvajanje javnih naročil po direktivah²⁹⁵ in tudi za druga naročila in koncesije. Prav tako mora izbira kandidatov temeljiti na v naprej opredeljenih merilih in temeljnih zahtevah, ki jim mora naročnik upoštevati tekom postopka.²⁹⁶ Rešitev nakazanega problema gre iskati v primarni navedbi »širših/okvirnih« meril in prav tako okvirnih specifikacijah. Na takšen način imajo naročniki možnost, da tako merila kot tudi specifikacije izpopolnijo tekom postopka, s čimer pridobijo na fleksibilnosti postopka.

Iz Razlagalnega sporočila Komisije 2008 je razvidno, da načeli enakega obravnavanja in nediskriminacije vključujeta obveznost preglednosti, ki vsebuje zagotovitev določene mere obveščanja, ki zadostuje, da se trg storitev odpre za konkurenco v korist vsem morebitnim ponudnikom.²⁹⁷ V okviru vzpostavitve institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva ta obveznost po mnenju Komisije pomeni, da naročnik v obvestilo o naročilu ali specifikacijo vključi bistvene podatke o naslednjih dokumentih: javnem naročilu in/ali koncesiji, ki jo je treba oddati podjetju z mešanim kapitalom, ki ga je treba ustanoviti, ter statutu tega podjetja, delničarskem sporazumu in vseh drugih elementih, ki po eni strani določajo pogodbeno razmerje med naročnikom in zasebnim partnerjem, po drugi strani pa pogodbeno razmerje med naročnikom in podjetjem z mešanim kapitalom, ki ga je treba ustanoviti. Če naročnik uporabi konkurenčni dialog ali postopek s pogajanjem, del teh podatkov ni treba nujno določiti vnaprej. Ti elementi se lahko opredelijo med dialogom ali pogajanjem s ponudniki/kandidati. Javni razpis mora vključevati nekatere podatke o predvidenem trajanju javnega naročila ali

²⁹³ 104. člen ZJZP.

²⁹⁴ Ali lahko v tem primeru upoštevamo kot ustrezno objavo javnega naročila na portalu javnih naročil, ki deluje na spletu, namesto da bi se izvedla npr. objava v Uradnem listu RS in se nato objava podvojila še na spletu (ali morda zadošča že dejstvo, da je Uradni list RS dostopen tudi v elektronski obliki na svetovanem spletu in ta objava zadišča?).

²⁹⁵ Zadeva C-19/00, SIAC Constructions, ZOdl. 2001, I-7725, točke 41–45; zadeva C-31/87 Bentjees, Recueil 1988, str. 4635, točka 29 in naslednje.

²⁹⁶ Tudi če specifikacije določajo možnost, da kandidati tehnično izboljšajo rešitve, ki jih predlaga naročnik (kar se pri institucionaliziranih javno-zasebnih partnerstvih pogosto zgodi), se te spremembe ne smejo nanašati na temeljne zahteve projekta in morajo biti omejene.

²⁹⁷ Glej točko 62 zadeve C-324/98 Telaustria in točko 49 zadeve C-458/03 Parking Brixen

koncesije, ki jo bo izvajalo podjetje z mešanim kapitalom. Po mnenju Komisije načelo transparentnosti zahteva, da se v razpisni dokumentaciji jasno navede možnosti podaljšanja ali spremembe javnega naročila ali koncesije, oddane podjetju z mešanim kapitalom, in navedbo možnosti dodelitve novih nalog. V razpisni dokumentaciji je treba navesti vsaj število teh možnosti in pogoje za njihovo uporabo. Tako predloženi podatki morajo biti dovolj podrobni, da se zagotovi pravičen in uspešen javni razpis. Priporočljivo je, da pogodba med naročnikom in zasebnim partnerjem od začetka določa, kaj se naredi, če podjetju z mešanim kapitalom niso oddana dodatna naročila in/ali če se naročila, ki so mu dodeljena, ne podaljšajo. Po mnenju Komisije je treba statute oblikovati tako, da se zasebni partner lahko pozneje zamenja. Ker se zasebnega partnerja ne more avtomatično izključiti iz novega postopka javnega razpisa, mora naročnik v tem primeru posebno pozornost posvetiti obveznosti preglednosti in enakemu obravnavanju vseh ponudnikov, kot je bilo izpostavljeno že v obravnavi načela enakosti.

Resolucija Evropskega parlamenta o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil poudarja pomen preglednosti/transparentnosti, ki mora biti zagotovljena pri ravnanju z javnimi sredstvi, kar vključuje tudi pravico do vpogleda v pogodbe in listine. Vpogled načeloma primarno lahko omejimo z nujnostjo izkazovanja pravnega interesa, a je ta omejitev pravzaprav nesmiselna, saj so naročniki dolžni ravnati v skladu z Zakonom o dostopu do informacij javnega značaja, ki vpogleda ne pogojuje z izkazovanjem pravnega interesa.

Zaključimo lahko z mislijo iz Bele knjige iz leta 2004, da je načelo transparentnosti ključnega pomena tudi za razvoj in izvajanje javnih politik, ki zadevajo storitve splošnega pomena. To načelo zagotavlja, da lahko državni organi izvajajo svojo pristojnost in da se spoštuje demokratično izbiro. Načelo je treba uporabljati pri vseh vidikih dobavnih postopkov in pri določanju nalog javnih storitev, organizacije, financiranja in regulacije storitev, kot tudi izvajanja in ocenjevanja, vključno z mehanizmi upravljanja s pritožbami. Načelo transparentnosti tako predstavlja temelj za uspešen razvoj konkurence in zmanjšanje vpliva korupcije v delovanju javne uprave.

3.3.3. Načelo sorazmernosti

1) Javni partner sme v postopku sklepanja in pri izvajanju javno-zasebnega partnerstva uporabiti le tiste ukrepe za doseg z zakonom ali na njegovi podlagi izdanim predpisom določenega cilja, ki:

- objektivno vodijo do tega cilja,
- najmanj omejujejo oziroma prizadenejo zasebnega partnerja oziroma predstavljajo najblažji ukrep za doseg tega cilja in
- so po svojem obsegu in posledicah primerljivi s pomenom cilja.

2) Za enostranske posege javnega partnerja v razmerje javno-zasebnega partnerstva se, če ni z zakonom določeno drugače, smiselno uporabljajo pravila obligacijskega prava o odškodninski odgovornosti zaradi kršitve pogodbe (povračilo dejanske škode in izgubljenega dobička).²⁹⁸

Kot navaja že predlagatelj zakona²⁹⁹, načelo sorazmernosti predvsem omejuje možnost enostranskega oblastnega poseganja v razmerje javno-zasebnega partnerstva. Četudi je poseg zakonit, je dopusten le v primeru njegove sorazmernosti. Torej so oblastni ukrepi ali enostranski ukrepi javnega partnerja dopustni zgolj ob izpolnitvi predpostavke njihove sorazmernosti (nujnost, primernost in sorazmernost v ožjem smislu).³⁰⁰ Javni partner sme v postopku sklepanja in pri izvajanju javno-zasebnega partnerstva uporabiti le tiste ukrepe za doseg z zakonom ali na zakon optimalnim predpisom določenega cilja, ki objektivno vodijo do tega cilja, hkrati najmanj omejujejo oziroma prizadenejo zasebnega partnerja oziroma predstavljajo najblažji ukrep za doseg tega cilja in so po svojem obsegu in posledicah primerljivi s pomenom cilja.

Enostranski ukrepi javnega partnerja so dopustni v primeru nujnosti zaščite javnega interesa, kjer je mogoč enostranski odvzem pravice opravljanja dejavnosti javno-zasebnega partnerstva. V primerih enostranskih posegov javnega partnerja v razmerje javno-zasebnega partnerstva, če ni s posebnim zakonom drugače določeno, se smiselno uporabljajo pravila obligacijskega prava o odškodninski odgovornosti iz razloga pogodbenih kršitev.

V primerjavi z načelom sorazmernosti, opredeljenem v ZJN-2A in ZJNVETPS-A, je načelo sorazmernosti v ZJZP obravnavano širše, kar je vsekakor smiselno. S tem je že v osnovi vsebovan princip splošnega pravnega načela sorazmernosti, kar daje ZJZP večjo širino interpretacije vsebovanega načela iz 14. člena.

3.3.4. Načelo uravnoteženosti

²⁹⁸ 14. člen ZJZP.

²⁹⁹ Glej predlog Zakona o javno-zasebnem partnerstvu, prva obravnava, 27.7.2006, EVA: 2005-1611-0087.

³⁰⁰ Za podrobnejšo opredelitev načela sorazmernosti glej opis načela sorazmernosti po ZJN-2A. Prav tako glej odločitev št. U-I-137/93, z dne 2.6.1994.

1) V razmerju javno-zasebnega partnerstva se zagotavlja uravnoteženost pravic, obveznosti in pravnih koristi javnega in zasebnega partnerja. Zagotavljanje javnega interesa (zagotavljanje javnih dobrin ali storitev) je v pristojnosti javnega partnerja, oba partnerja pa zagotavljata interes uporabnikov in vseh drugih udeležencev tako v postopku nastajanja kot tudi izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva.

2) Tveganja v razmerju javno-zasebnega partnerstva morajo biti razporejena tako, da jih nosi tista stranka, ki jih najlažje obvladuje; v vsakem primeru pa mora izvajalec javno-zasebnega partnerstva, ne glede na naravo razmerja javno-zasebnega partnerstva, nositi vsaj del poslovnega tveganja (tržnih tveganj v zvezi z obsegom povpraševanja, ponudbe oziroma tveganjem razpoložljivosti).

3) Če izvajalec javno-zasebnega partnerstva ne nosi niti dela poslovnega tveganja, razmerje, ne glede na poimenovanje oziroma ureditev posebne zakona, ni javno-zasebno partnerstvo po tem zakonu.³⁰¹

Načelo uravnoteženosti je posredno vsebovano v določbah Zelene knjige, kot tudi v Delovnem dokumentu o Zeleni knjigi iz leta 2006 in Razlagalnem sporočilu Komisije z leta 2008, a eksplicitno kot načelo ni izpostavljeno. Projekt javno-zasebnega partnerstva mora težiti k zagotavljanju uravnoteženosti pravic, obveznosti in pravnih koristi javnega interesa (zagotavljanje javnih dobrin ali storitev), ki ga mora zagotavljati javni partner, in interesov zasebnega partnerja (ki se kažejo zlasti v zagotavljanju dobička), uporabnikov in vseh drugih udeležencev, tako v postopku nastajanja, kot tudi izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva.³⁰² Ključ za uravnoteženje pravic in obveznosti je delitev tveganja med javnim in zasebnim partnerjem. Če oba partnerja nosita določeno tveganje, imenujemo to mehanizem delitve tveganja (Akintoye, Hardcastle, 2005 str. 26), kar je tudi osnovno merilo v metodološki klasifikaciji nacionalnih računov glede sredstev v modelih javno-zasebnega partnerstva.³⁰³

Tveganja lahko strnemo v:

³⁰¹ 15. člen ZJZP.

³⁰² Tako predlog ZJZP.

³⁰³ Šteje se, da je neko sredstvo v partnerstvu izvenbilančna postavka za **zasebnega partnerja**, če so izpolnjeni naslednji pogoji: a) zasebni partner nosi večino tveganja gradnje, b) zasebni partner nosi vsaj še eno od preostalih dveh tveganj v pretežnem deležu: tveganje povpraševanja ali tveganje razpoložljivosti. Nadalje se šteje, da je neko sredstvo v partnerstvu izvenbilančna postavka **za državo**, če so izpolnjeni naslednji pogoji: a) država nosi večino tveganja gradnje, b) država nosi vsaj še eno od preostalih dveh tveganj v pretežnem deležu: tveganje povpraševanja ali tveganje razpoložljivosti. V kolikor se sredstvo v partnerstvu šteje za izvenbilančno postavko države, pomeni, da se ne knjiži v bilancah države in potem takem nima vpliva na deficit in posledično na dolg. To je ključna značilnost javno-zasebnega partnerstva v nacionalnih računih, po kateri se razlikuje od klasičnih pogodbenih razmerij, sklenjenih preko javnih naročil.

- **Projektno tveganje**, ki vključuje sledeče situacije: tveganje neugodnega izida pri prijavi projekta, stroški kapitala se izkažejo za višje, kot so bili načrtovani, pojavijo se tveganja pozne dobave, nespoštovanja določenih specifičnih standardov, tehnične pomanjkljivosti in drugi negativni zunanji vplivi, vključno z okoljskimi tveganji.
- **Finančno tveganje**, ki se pojavi v primeru zvišanja stroškov zagotovitve kapitala za izvedbo projekta.
- **Tveganje razpoložljivosti** vključuje primere, ko mora med izvedbo projekta partner odgovarjati zaradi slabega upravljanja, le-to posledično vodi do slabše kvalitete storitev, kot je bilo s pogodbo dogovorjeno.
- **Tveganje povpraševanja** pokriva variabilnost v povpraševanju, ki je različno od predvidenega in je neodvisno od izvedbe zasebnega partnerja. Spremembe v povpraševanju so odvisne od poslovnih ciklov, uvedbe novih tržnih trendov, spremembe v potrošnji končnih uporabnikov ali tehnološke zastarelosti.
- **Politično tveganje** zajema spremembe v javni politiki, ki bi utegnile zmanjšati potrebo po realizaciji projekta.

Delitev tveganj mora temeljiti na dveh načelih:

- a) Prevzeta tveganja morajo biti ustrezno finančno poplačana, pri čemer je količina tveganja, ki ga prevzame partner, proporcionalna koristim, tako finančnim kot socioekonomskim, ki jih prinaša projekt (večje finančno tveganje prevzame posamezna stran, večjo ekonomsko korist pričakuje).
- b) Posamezno tveganje prevzame tista stran, ki ga najlaže obvladuje. Tako naj bi poslovna tveganja, povezana z načrtom, gradnjo in zagotavljanjem finančnih sredstev, prevzel zasebni partner, javni partner pa naj bi upravljal s političnimi tveganji.

Učinkovita delitev tveganj se določi na podlagi načela ekonomičnosti in pravičnosti. S tem, da načelo ekonomičnosti pomeni, da vsak partner prevzame tista tveganja, ki jih lahko najbolj učinkovito obvladuje, se pravi tista, ki jih lahko obvlada z nižjimi stroški kot partner. Načelo pravičnosti ima dve dimenziji, pri čemer se prva kaže v tem, da vsak partner prevzame tista tveganja, ki izvirajo iz njegove sfere in ima torej nanje določen vpliv; druga pa se kaže v tem, da se tveganja delijo v sorazmerju s pričakovano koristjo.³⁰⁴

Kot izhaja iz 2. odstavka 15. člena, mora izvajalec javno-zasebnega partnerstva v vsakem primeru, ne glede na naravo razmerja javno-zasebnega partnerstva, nositi vsaj del poslovnega tveganja (tržnih tveganj v zvezi z obsegom povpraševanja, ponudbe oziroma

³⁰⁴ Več v Ferčič, 2005, str. 15

tveganjem razpoložljivosti). Nadalje pa je zakonodajalec poudaril razmejitve med klasičnim javnim naročanjem in javno-zasebnim partnerstvom, z navedbo sledeče ključne zahteve: **kolikor izvajalec javno-zasebnega partnerstva ne nosi niti dela poslovnega tveganja, razmerje, ne glede na poimenovanje oziroma ureditev posebnega zakona, ni javno-zasebno partnerstvo po ZJZP.** V tem primeru neobstoja tveganja na strani zasebnega partnerja, razmerja že pojmovno ni mogoče obravnavati kot partnerstvo, saj je prav delitev tveganj temelj vsakega javno-zasebnega partnerstva.³⁰⁵ Ob tem velja opozoriti na nekonsistentnost zakonodajalca glede nadaljnjih navedb o delitvi tveganja in sicer v 27. členu ZJZP. Tu je določeno, da če nosi javni partner večino ali **celotno poslovno tveganje** izvajanja projekta, se javno-zasebno partnerstvo ne glede na poimenovanje oziroma ureditev v posebnem zakonu, za namene ZJZP šteje za javno-naročniško partnerstvo. S tem, ko zakonodajalec dopusti, da javni partner prevzame celotno poslovno tveganje in to šteje kot javnonaročniško partnerstvo in ne golo javno naročilo, negira poprej navedeno določbo o nujnosti delitve tveganj kot esencialnem elementu javno-zasebnega partnerstva. Ne glede na dejstvo, da esencialno sestavino javno-zasebnega partnerstva določa pravna norma, ki je oblikovana kot načelo, ki običajno nastopi kot argumentacija v primeru nejasnih pravnih norm, ne moremo zanikati njegovega pomena, saj podaja jasno dikcijo, ki jo je moč neposredno uporabiti. Ob izpostavitvi dileme o primernosti uvrstitve predmetne določbe v okvir načel je smiselno uporabiti logično in sistematično razlago in predmetno določbo šteti kot obligatorno normo in ne zgolj razlagalno pomagalo in vrednostni okvir v primeru argumentacije ostalih pravnih norm. Če torej projekt javno-zasebnega partnerstva delitve tveganj ne vključuje, ga nikakor ne moremo šteti kot javno-zasebno partnerstvo, ampak za javno naročilo. Potrebna je čimprejšnja korekcija navedene napake s strani zakonodajalca.

3.3.5. Načelo konkurence

*Javni partner v postopku sklepanja javno-zasebnega partnerstva ne sme omejevati konkurence med kandidati. Pri nastajanju in izvajanju razmerja javno-zasebnega partnerstva javni partner ravna v skladu s predpisi o varstvu oziroma preprečevanju omejevanja konkurence.*³⁰⁶

³⁰⁵ Kot primer kvazi javno-zasebnega partnerstva, brez delitve tveganj, predlagatelj ZJZP navaja nekatere primere izvajanja gospodarske javne službe vzdrževanje javnih cest po Zakonu o javnih cestah (Uradni list RS, št. 27/97, s spremembami). Ko je izvajalec javne službe sicer po zakonu koncesionar, vendar pa praviloma ne nosi nobenega poslovnega tveganja, v smislu tveganja v zvezi z obsegom povpraševanja.

³⁰⁶ 16. člen ZJZP.

Načelo konkurence je v veliki meri odvisno od primarnega upoštevanja načela transparentnosti in enakosti. Ob spoštovanju omenjenih načel je nato načelo konkurence zgolj nadgradnja v obliki spoštovanja predpisov o varstvu oziroma preprečevanju konkurence, torej pravil, ki kot nedovoljena določajo tista ravnanja, katerih učinki so nasprotujoči cilju doseganja poštene in neizkrivljene konkurence.³⁰⁷ Zagotavljanje konkurenčne discipline je neločljivo povezano s temeljnimi cilji ustanavljanja skupnega trga ES.³⁰⁸ Načelo konkurence je omenjeno že v Uvodni izjavi Direktive 2004/18/ES, ki zahteva, da države članice zagotovijo, da sodelovanje oseb javnega prava kot ponudnikov v postopku za oddajo javnega naročila ne povzroča kakršnegakoli izkrivljanja konkurence v zvezi z zasebnimi ponudniki.

V postopkih javno-zasebnega partnerstva je zaznati, da je v zaključni fazi konkurenca sicer na nek način omejena, s čimer se neproporcionalno poveča pogajalska moč ponudnikov proti naročniku in oslabi kriterij »value for money«.³⁰⁹ Idealna rešitev nakazuje princip, da naročnik vsa ključna pogajalska izhodišča komercialne narave opredeli in postavi v okvir »prave« konkurence že pred izbiro usposobljenih kandidatov. Kljub temu pa je v praksi iluzorno pričakovati, da bo naročnik prav vsa pogajalska izhodišča zaključil že v fazi izbire usposobljenih kandidatov.

Prav tako gre v primeru podelitve koncesije za opravljanje določene dejavnosti omejenemu številu upravičencev (npr. število upravičencev je omejeno že v koncesijskem aktu) za omejitev števila ponudnikov na relevantnem trgu. Položaj končnih uporabnikov v sistemu podeljevanja koncesij omejenemu številu upravičencev je po učinku podoben stanju relativno zaprtega trga ali trga razmahnenih državnih mono ali oligopolov. Vsekakor je potrebno pri podeljevanju koncesij za izvajanje določenih dejavnosti upoštevati vidik konkurenčnosti, ki ga tovrstno urejanje povzroča na trgu.³¹⁰

V zvezi z načelom konkurence velja izpostaviti izvajanje gospodarskih dejavnosti, ki jih sicer javni organi lahko zagotavljajo sami ali za njihovo izvajanje pooblastijo tretje osebe, npr. podjetja z mešanim kapitalom, ustanovljena v okviru javno-zasebnega partnerstva. V primeru, da javni organi v opravljanje gospodarske dejavnosti vključijo tretje osebe in če je ta vključitev v obliki javnih naročil ali koncesij, je treba upoštevati določbe zadevne zakonodaje Skupnosti. Namen teh določb je, da se vsem zainteresiranim gospodarskim subjektom omogoči predložitev ponudb na razpisih za javna naročila in koncesije na pravičen in pregleden način v duhu evropskega notranjega trga ter tako poveča kakovost takšnih

³⁰⁷ Grilc, Pravo EU, 571 v Eržen, 2004, str. 17.

³⁰⁸ PES neposredno ureja konkurenco v členih od 81 – 89, pri čemer je za razlago le-teh potrebno upoštevati tudi programska določila PES, kot so 2. člen, 3. člen, 10. člen, 12. člen, 25., 28., 29. 31 in 90. člen.

³⁰⁹ Več v Braun, 2002.

³¹⁰ Glej tudi Eržen, 2004, str. 84.

projektov in zmanjša njihove stroške zaradi večje konkurence. Kot je ugotovil Evropski parlament, z upoštevanjem teh pravil lahko učinkovito nastopimo v smeri odprave neprimernih omejitev konkurence, ki javnim organom istočasno omogoča, da sami določijo in preverjajo pogoje, ki jih je treba izpolniti z vidika kakovosti, razpoložljivosti, družbenih standardov in varstva okolja.³¹¹

Smiselno je izpostaviti tudi relevantnost načela konkurence v primeru institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, kjer se zahteva pravičen in pregleden postopek izbire zasebnega partnerja na način, da se zagotavlja upoštevanje cilja svobodne, neizkrivljene konkurence in načela enakega obravnavanja. Ključno je, da se prepreči, da bi imelo zasebno podjetje, ki je udeleženo v kapitalu institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva, neupravičene prednosti pred tekmeci.³¹²

3.3.6. Načelo procesne avtonomije

1) Če ni s predpisi drugače določeno, lahko stranke javno-zasebnega partnerstva pogodbeno razmerje javno-zasebnega partnerstva, skladno z zakonom, ki ureja obligacijska razmerja, prosto urejajo.

2) Stranke se lahko dogovorijo, da se spori iz razmerja javno-zasebnega partnerstva rešujejo z arbitražo, če ni z zakonom drugače določeno³¹³.

Načelo procesne avtonomije predstavlja eno temeljnih načel obligacijskega prava, ki ga vsebuje Obligacijski zakonik (Odslej OZ) v 3. členu:

»Udeleženci prosto urejajo obligacijska razmerja, ne smejo pa jih urejati v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli.«

Omejitve načela avtonomije volje pogodbenih strank so številne in se nanašajo na najrazličnejše vidike sklepanja in izpolnjevanja obligacijskih razmerij. Vse omejitve načela avtonomije volje pogodbenih strank so praviloma imperativne norme in imajo za posledico ali ničnost pravnega posla ali njegovo izpodbojnost. Po 1. odstavku 86. člena OZ je pogodba, ki nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom ali moralnim načelom, nična, če namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo ali če zakon v posameznem primeru ne predpisuje kaj drugega. Na podlagi 69. člena ZJZP pa je pogodba o javno-zasebnem partnerstvu nična, če je sklenjena z drugim subjektom od tistega, ki je izbran z aktom o izbiri,

³¹¹ Resolucija Evropskega parlamenta o Zeleni knjigi o storitvah splošnega pomena.

³¹² Vzpostavitev institucionaliziranega javno-zasebnega partnerstva s pravičnim in preglednim postopkom izbire zasebnega partnerja tega podjetja z mešanim kapitalom tako izpolnjuje zadevne zahteve, ki jih je Sodišče Evropskih skupnosti oblikovalo v zadevi Stadt Halle.

³¹³ 17. člen ZJZP.

pa taka možnost v postopku ni bila predvidena (38. člen ZJZP). Enako velja tudi v primeru, če je pogodba sklenjena v nasprotju s pravili objave javnega razpisa ali brez izvedbe postopka izbire javno-zasebnega partnerja oziroma izdanega akta o izbiri ali če je drug javni partner sklenil pogodbo brez soglasja ustanovitelja. Pogodba o javno-zasebnem partnerstvu je nična tudi v primeru, če je bil akt o izbiri pravnomočno odpravljen in je bil v postopku izbire za isto javno-zasebno partnerstvo izbran drug izvajalec.

Kot navaja predlagatelj zakona, je v zvezi s prepletanjem med t. i. upravno in civilnopravno sfero zaradi želje po spodbujanju javno-zasebnega partnerstva sprejel odločitev, da se v načelu uporabljajo pravila civilnega prava. A opozoriti velja, da je mogoč sklic na veljavo civilnega prava v primeru, če naročnik ne izvaja izbire zasebnega partnerja po pravilih o javnih naročilih ali koncesijah gradenj, kjer je obligatorna uporaba ZJN-2A ali ZJNVETPS-A z upoštevanjem Direktiv.

Zaradi želje zakonodajalca po čim manjšem administriranju in pospešitvi postopka izbire izvajalca javno-zasebnega partnerstva, je tako akt izbire izvajalca javno-zasebnega partnerstva praviloma akt poslovanja, katerega vsebine zakon ne določa (npr. obvestilo o izboru), na podlagi katerega se sklene pogodba o javno-zasebnem partnerstvu. Uporaba upravnega postopka je posledično omejena izključno na primere, če je predmet javno-zasebnega partnerstva koncesija gospodarske javne službe ali druge dejavnosti, kjer zakon zaradi varovanja javnega interesa izrecno predpisuje izdajo upravne odločbe (npr. koncesije po zakonu o zdravstveni dejavnosti) in kjer je predvideno pravno varstvo v obliki upravnega spora (64. člen ZJZP). Z vidika zagotavljanja pravne varnosti zasebnih partnerja je torej bistvenega pomena, da javni partner v postopku izbire jasno opredeli pravno podlago z navedbo zakonodaje, na podlagi katere se vodi postopek.

Glede na dopustnost avtonomije strank pri izbiri procesnega prava pa je zakonodajalec pri izbiri prava, ki se uporablja za pravno varstvo, postavil omejitev, in sicer v 139. členu ZJZP zahteva, da »ne glede na pripadnost izvajalca javno-zasebnega partnerja, se za razmerja med javnim partnerjem in izvajalcem javno-zasebnega partnerja³¹⁴ ter razmerja do uporabnikov uporabi (op. zgolj) slovensko pravo«.

Torej sta stranki javno-zasebnega partnerstva načeloma svobodni pri izbiri pristojnosti organov, ki rešujejo spore, omejeni pa sta pri izbiri prava, po katerem se spori rešujejo (prepoved prorogacije tujega sodišča ali arbitraže).

³¹⁴ Glede razmerja med javnim in zasebnim partnerjem pri omejitvi na nacionalno pravno v ostalih ureditvah javno-zasebnega partnerstva to ni običaj.

3.3.7. Načelo subsidiarne odgovornosti

1) Projekt javno-zasebnega partnerstva se mora, skladno s predpisi, izvajati neprekinjeno, nemoteno in enakopravno do vseh uporabnikov in drugih udeležencev ter skladno z vnaprej določenimi pogoji in standardi, kar se podrobno uredi v pogodbi o javno-zasebnem partnerstvu.

2) Javni partner subsidiarno odgovarja za škodo, ki jo pri izvajanju javno-zasebnega partnerstva povzroči njegov izvajalec uporabnikom storitev ali drugim osebam. Uporabnik storitev oziroma druga oseba lahko zahteva povračilo škode od javnega partnerja zatem, ko je zoper izvajalca javno-zasebnega partnerstva vložil pisni odškodninski zahtevek in mu postavil razumen rok za povračilo škode, pa izvajalec na zahtevo ni odgovoril ali je povračilo škode delno ali v celoti zavrnil. Javni partner ima v razmerju do izvajalca pravico do povračila škode in vseh stroškov, ki so s tem nastali.

3) Javni partner s prenosom izvajanja predmeta javno-zasebnega partnerstva na izvajalca javno-zasebnega partnerstva ni rešen odgovornosti za neprekinjeno, nemoteno in enakopravno izvajanje projekta. Drugačen dogovor med strankama ne vpliva na razmerja do tretjih oseb.³¹⁵

V konkretnem primeru govorimo o subsidiarnem poroštvu javnega partnerja, od katerega se sme zahtevati izpolnitev obveznosti šele potem, ko je glavni dolžnik – zasebni partner ne izpolni v roku, ki je določen v pisni zahtevi.³¹⁶ V primeru, če upnik terja najprej javnega partnerja, ima slednji ugovor vrstnega reda - beneficium ordinis. Vendar lahko upnik (uporabnik storitev oziroma druga oseba) skladno z obligacijskimi normami zahteva od poroka izpolnitev obveznosti, čeprav je ni prej zahteval od glavnega dolžnika, če je očitno, da iz sredstev glavnega dolžnika ni mogoče doseči njene izpolnitve ali če je glavni dolžnik prišel v stečaj. V zvezi s poroštvom je potrebno upoštevati vse določbe OZ, ki urejajo tudi razmerje med upnikom in porokom, razmerje med porokom in dolžnikom in regres plačnika nasproti porokom.

S tretjim odstavkom 18. člena ZJZP zakonodajalec od javnega partnerja poleg že izpostavljenе subsidiarne odgovornosti zahteva tudi odgovornost za neprekinjeno, nemoteno in enakopravno izvajanje projekta javno-zasebnega partnerstva. Tovrstno odgovornosti za izvajanje projekta bi lahko uvrstili v okvir objektivne odgovornosti³¹⁷ zasebnega partnerja nad

³¹⁵ 18. člen ZJZP.

³¹⁶ 1019. člen OZ.

³¹⁷ Za objektivno odgovornost morajo biti izpolnjeni štiri elementi odškodninske odgovornosti:

- nedopustno škodljivo dejstvo;
- škoda;

izvajanjem projekta, saj je načeloma samo izvajanje prepuščeno v sfero zasebnega partnerja in običajno krivdnih razlogov za neizvajanje projekta v pogodbeni fazi ni iskati na ravni javnega partnerja. Smisel načela gre verjetno iskati v poudarku odgovornosti javnega partnerja nad izvajanjem javnih služb ali drugih dejavnosti, ki so v javnem interesu, in preprečitvi prelaganju odgovornosti v primeru »out sourcing-a« zgoj na zasebnega partnerja. Zakonodajalec s tem poda dodatno zaščito uporabnikom storitev, ki so predmet javno-zasebnega partnerstva, saj lahko neprekinjeno, nemoteno in enakopravno izpolnjevanje projekta javno-zasebnega partnerstva zahtevajo tudi od javnega partnerja.

Ob tem se zastavlja vprašanje, kaj so pravzaprav razlogi, da je zakonodajalec obstoj subsidiarnega poročstva in odgovornost za neprekinjeno, nemoteno in enakopravno izvajanje, namesto ureditve v okviru običajne pravne norme, povzdignil v načelo.³¹⁸ Predlagatelj zakona tovrstno ureditev utemeljuje v luči nujnosti neprekinjenega, nemotene in enakopravnega izvajanja pogodbe o javno-zasebnem partnerstvu, kar je povzdignjeno nad običajne obveznosti strank, saj zakonodaja izvajalcu načelno ne dovoljuje prekinitve pogodbe. Na ta način se smiselno povzema logiko delovanja koncesijskih razmerij, pri čemer se postavlja vprašanje, ali lahko v vsej polnosti uporabimo smiselnost načela za oblike javnonaročniškega razmerja. Vidno je, da bila ena večjih teženj zakonodajalca po vzpostavitvi določene varnosti izvajanja predmeta javno-zasebnega partnerstva, ampak odprto še vedno ostaja vprašanje, ali s tem, ko subsidiarno odgovornosti in neprekinjeno, nemoteno ter enakopravno izvajanje javno-zasebnega partnerstva do vseh udeležencev povzdignjeno ne neke vrste načela, pridobimo določeno pomembno interpretacijsko ali usmerjevalno normo, ki bo ob morebitnih dilemah tolmačenja nakazala pravno smer odločitve. Ob upoštevanju teorije pomeni ločnico med pravnimi načeli in pravnimi pravili dejstvo, da pravna pravila izražajo tip vedenja in ravnanja, pravno načelo pa posreduje le vrednostno merilo, kako naj ravnamo v pravnih razmerjih. V primeru načela subsidiarne odgovornosti težko govorimo o tem, da ta zajema zgoj »vrednostni temelj, ki terja, da ravnamo sorazmerno in s pravno mero«, ampak prav nasprotno, izražajo tip vedenja in ravnanja, kar je značilno za pravno normo in ne načelo.

-
- vzročna zveza med škodljivim dejstvom škodo;
 - odškodninska odgovornost, ki temelji na vzročnosti in ne na krivdi.

³¹⁸ Podobno ureditev najdemo v Zakon o varstvu okolja (Uradni list RS, št. 39/2006), v 9. členu, ki zajema načelo odgovornosti povzročitelja.

3.3.8. Načelo sodelovanja

Javni partner pomaga izvajalcu javno-zasebnega partnerstva pri zagotavljanju potrebnih stvarnih in drugih pravic ter raznih dovoljenj, ki jih sam ne more pridobiti, skladno s predpisi in sklenjeno pogodbo o javno-zasebnem partnerstvu.³¹⁹

Zadnje načelo ZJZP naj bi po mnenju predlagatelja zakona posebej izražalo vsebino javno-zasebnega partnerstva, tj. dolžnost medsebojnega sodelovanja. Skladno s tem je javni partner dolžan pomagati izvajalcu javno-zasebnega partnerstva pri zagotavljanju potrebnih stvarnih in drugih pravic ter raznih dovoljenj, ki jih sam ne more pridobiti, skladno s predpisi in sklenjeno pogodbo o javno-zasebnem partnerstvu. Pomoč javnega partnerja zasebnemu mora biti v skladu z zakonodajo predvsem pa z

- Zakonom o spremljanju državnih pomoči,
- Zakonom o preprečevanju omejevanja konkurence.

Zahteva zakonodajalca po pomoči javnega partnerja zasebnemu pri zagotavljanju potrebnih stvarnih in drugih pravic je po njeni vsebini izredno splošna in načelna ter postavlja neko temeljno izhodišče ZJZP. Iz tega razloga bi bila bolj smiselna uvrstitev določbe med cilje zakona in manj med temeljna načela.

V sekundarnih pravnih virih EU³²⁰ je zaznati težnjo po vzpostavitvi sodelovanja kot splošno sprejetega načela, pri čemer je le-to omejeno med lokalnimi organi (local authorities) in ni razširjeno na raven javnih in zasebnih partnerjev. Predvsem pa je zaznati omembo sodelovanja v različnih oblikah, pri čemer ni jasno podana razlika med »in-house« naročili in drugimi oblikami sodelovanja, ki ne temeljijo na principu »in-house« doktrine.

³¹⁹ 19. člen ZJZP.

³²⁰ Resolucija Evropskega parlamenta o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij (2006/2043(INI)), točka od 34 do 41 (javno-zasebno partnerstvo in interni odnosi)in od 42 do 48 (sodelovanje med lokalnimi organi).

4. TEHTANJE V PRIMERU KOLIZIJE MED NAČELI

4.1. Cilji zakonodajalca

Temeljna načela so v tesni povezavi s cilji. Uresničevanje ciljev je vpeto v normativni okvir, na podlagi katerega se določi način izvajanja oziroma uresničevanja ciljev. Prav pri njihovem uresničevanju se nakaže povezava s temeljnimi načeli, ki v situacijah, ko določena pravna norma ne pokriva posamezne dejanske situacije, pridejo v poštev pri njeni interpretaciji. Način in stopnjo realizacije posameznega cilja razumemo kot uravnoteženje partikularnih in splošnih interesov v posameznem primeru.

Ciljev ZJN-2A in ZJNVETPS-A zakonsko besedilo izrecno ne navaja, lahko pa jih razberemo iz dokumentacije, obravnavane na 22. redni seji Državnega zbora RS leta 2006, kjer je tekla razprava o spremembi ZJN-2. Cilje zakona bi lahko opredelili kot sledeče: zagotavljanje gospodarne, učinkovite in pregledne porabe javnih sredstev, spodbujanje konkurenčnosti in enakopravnosti ponudnikov, protikorupcijsko naravnost in krepitev zaupanja javnosti v delo države in njenih organov z vidika smotrne porabe davkoplačevalskih sredstev.

V strokovni literaturi se cilji javnih naročil opredeljujejo razločno. Zabel³²¹ pogloblitve cilje javnega naročanja definira kot:

- pospeševanje konkurence med ponudniki,
- preprečevanje korupcije,
- zagotavljanje finančne discipline uporabnikov javnih sredstev,
- povečanje zaupanja javnosti v delo države,
- racionalno porabo javnih sredstev z uveljavitvijo učinka »best value for money«.

Nekateri avtorji pa opozarjajo, da je vse cilje sistema javnih naročil težko izraziti, saj obstaja veliko število opcij, ki pogojujejo favoriziranje posameznih načel. V posameznih primerih tako predstavlja glavni cilj promoviranje učinkovite administracije ali odgovornosti do javnosti ali na drugi strani pričakovanja določenih interesnih skupin po izvršitvi določenih ciljev.³²²

Sledenje zastavljenim ciljem je vsekakor uspešnejše v primeru ustrezne zakonodaje, ki vsebuje jasne usmeritve o postopkovnih ravnanjih, tako da je prostor pravno neurejenih situacij čim manjši. Kot bo nakazano v nadaljevanju, pa se tudi v ZJN-2A in ZJNVETPS-A pojavljajo posamezne določbe, katerih vsebino je in še bo zapolnila sodna praksa in praksa Državne revizijske komisije.

³²¹ V zakon o javnih naročilih s komentarjem, 1997, str. 17 – 20.

³²² Več o tem Šoltes, 2008, str. 47 – 53.

4.2. Institut formalno nepopolne ponudbe³²³

Praksa javnega naročanja pred spremembami zakonodaje konec leta 2006 je bila prežeta s striktnim upoštevanjem načela formalnosti, ki je v posameznih primerih s svojim obsegom zasenčilo pomen načela gospodarne porabe javnih sredstev. Uvedba novega duha v sistem javnega naročanja je bila pospremljena z mislijo po striktnem upoštevanju načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti javnega naročanja, kar se je nakazalo z uvedbo instituta formalno nepopolne ponudbe, s čimer je zakonodajalec razširil definicijo pravilne ponudbe z vpeljavo nadpomenke – POPOLNA PONUDBA za pravočasno, pravilno, primerno, sprejemljivo in formalno popolno ponudbo. Sicer so se že ob objavi zakona v strokovni javnosti pojavljale dileme o možnih smereh interpretacije omenjenega pojma in sami širini sprejemljive obravnave pojma v praksi. Mejo formalni nepopolnosti naj bi po mnenju pravnih strokovnjakov postavil pojem nepravilne ponudbe.³²⁴ Če izhajamo iz tega, ima naročnik omejitve glede pozivanja na dopolnitev formalno nepopolnih ponudb sledeč okvir:

1. K dopolnitvi se lahko poziva zgolj ponudnik, katerega ponudba je nepopolna v delih, ki ne vplivajo na njeno razvrstitev glede na merila. Torej v tem segmentu predstavlja ključ za uvrstitev ponudbe pod pojem formalno nepopolne ponudbe dejstvo, da nepopolnost v ponudbi ne vpliva na razvrstitev glede na merila (op. tudi dodatna merila). Glede na zakonsko določbo, da mora cena predstavljati najmanj 60 % merila, je cena vsekakor element, kjer nepopolnosti ne more predstavljati formalno nepopolne ponudbe. Kljub navidezni nespornosti prejšnje trditve se pojavlja vprašanje računskih napak, ki jih ZJN-2A in ZJNVETPS-A ne urejata. Praksa Državne revizijske komisije pa ni sledila zgornjemu argumentu, ampak je računske napake štela v okvir formalne nepopolnosti ponudbe.³²⁵

³²³ 17. točka 1. odstavka 2. člena ZJN-2A: »*Formalno nepopolna ponudba*« je tista ponudba, ki je nepopolna v delih, ki ne vplivajo na njeno razvrstitev glede na merila. Če je formalna pomanjkljivost ponudbe nebitvena, ponudba ni formalno nepopolna«. In 78. člen ZJN-2A: »1) V kolikor naročnik sam ali na predlog gospodarskega subjekta ugotovi, da je ponudba formalno nepopolna, mora dopustiti in omogočiti dopolnitev take ponudbe. Naročnik od ponudnika zahteva dopolnitev njegove ponudbe le v primeru, če določenega dejstva ne more sam preveriti. Če ponudnik v roku, ki ga določi naročnik, ponudbe ustrezno ne dopolni, mora naročnik tako ponudbo izločiti.

2) Ponudnik ne sme spreminjati svoje cene in ponudbe v okviru meril ter tistega dela ponudbe, ki se veže na tehnične specifikacije predmeta javnega naročila oziroma tistih elementov ponudbe, ki lahko ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev njegove ponudbe glede na ostale ponudbe, ki jih je naročnik prejel v postopku javnega naročanja«.

³²⁴ 19. točka 1. odstavka 2. člena ZJN-2A: »*Nepravilna ponudba*« je tista ponudba, ki je v nasprotju s predpisi ali je ponudbena cena očitno sestavljena na način, ki ni skladen s pravili poštene konkurence ali ne izpolnjuje pogojev iz 41. do 47. člena tega zakona.«

³²⁵ »Na podlagi ugotovljenih dejstev ter navedene pravne podlage Državna revizijska komisija ugotavlja, da bi naročnik v skladu s 1. odstavkom 78. člena ZJN-2 in 7. točko Navodil ponudnikom za izdelavo ponudbe, moral vlagatelja pozvati k pojasnitvi napake pri izračunu cene za vzdrževanje prenovljenega spleta oz. mu omogočiti odpravo te napake v skladu z določbo 2. odstavka 78. člena (česar pa naročnik ni storil). Šele v primeru, da vlagatelj v roku, ki bi ga določil naročnik, ne bi sledil

Težave pri uvrščanju ponudb v okvir definicije formalno nepopolnih ponudb se stopnjujejo v primeru, ko naročnik kot merilo določi ekonomsko najugodnejšo ponudbo, kjer so v merilo poleg cene vključeni še ostali elementi, npr. kakovost (ki se izkaže z referencami), tehnične prednosti, plačilni pogoji, datum dobave, dokončanje del itd.³²⁶

V tej točki je smiselno vprašanje, kaj je bil prvotni namen zakonodajalca ob vzpostavitvi pojma formalno nepopolne ponudbe. Ali je zakonodajalec sledil uresničevanju načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti ali je bilo ključno načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki? V dokumentu s 142. seje Državnega zbora RS, kjer je bila obravnavana sprememba ZJN-2A, je med bistvenimi nameni odprava administrativnih ovir z namenom poenostavitve togih pravil v okviru naročanja, med drugim predvsem uvedba možnosti ponudnikom za dopolnitev ponudbe glede elementov, ki ne vplivajo na razvrstitev prejetih ponudb (npr. ponudnika se izloči zato, ker ni registriran za dejavnost s področja predmeta naročila, in ne zato, ker svoji ponudbi ni priložil dokazila o registraciji). Zakonodajalec hkrati navaja, da nova zakonodaja presega togost, podnormiranost in nenazadnje formalistični pristop, ki so bili zlasti značilni tako za evropsko zakonodajo javnih naročil pred letom 2005, kot tudi za ZJN-1, sprejet leta 2000. Če je bil torej prvotni namen zakonodajalca odprava formalističnega pristopa, bi bilo povsem upravičeno pričakovati, da je namen vključitve instituta formalno nepopolne ponudbe odpravljanje ponudbenih nepopolnosti v smislu številčenja strani ponudb, parafiranja vseh strani ponudbe, podpis zakonitega zastopnika na 5 delih ponudbe, vezava ponudbe, žigovanje itd. Torej izogib dosedanji praksi izločanja ponudb zaradi nebistvenih formalnih napak, ki dejansko niso vplivale ne na ponudbeno ceno, ne na ostala merila in ne na samo izpolnjevanje pogojev. Zakon povsem razumljivo ne more taksativno naštetih vseh primerov, v katerih se bo zahtevala dopolnitev formalno nepopolnih ponudb, prav tako pa zakon ob smiselni argumentaciji, katere temelj je sam namen zakonodajalca, že sedaj določa meje uporabe instituta formalno nepopolne ponudbe. Meje postavlja na podlagi izključevalnega principa, ki ga najdemo v obliki definicij ostalih sestavnih delov nepopolne ponudbe. Zakon namreč loči med petimi sestavnimi deli popolne ponudbe,

naročnikovi zahtevi za pojasnitev, bi naročnik lahko njegovo ponudbo izločil... Državna revizijska komisija ugotavlja, da glede na dejstvo, da vlagatelj vztraja pri ponujeni pogodbeni ceni, s popravkom cene na kvartal (iz 600,00 EUR na 450,00 EUR), ne bi spremenil skupne ponudbene cene, temveč samo element za izračun končne ponudbene cene, ta popravek pa ne bi vplival na končno višino slednje.« (številka sklepa DRKom: 018-182/07-2).

³²⁶ Če kot primer vzamemo, da kakovost naročnik ovrednoti s 40 odstotki merila in kot dokazilo za kakovost predvidi večje število enakovrstnih referenčnih storitev v določenem časovnem obdobju. Ali je naročnik v tem primeru dolžan pozvati k dopolnitvi ponudnika, ki npr. v predpisanem obrazcu za vnos referenc izpolni referenco pod št. 1 in 3 v celoti, za referenco pod št. 2 pa vpiše zgolj pogodbeno vrednost. Če bo naročnik takega ponudnika pozval k dopolnitvi referenčnega lista, bo morebitna dopolnitev evidentno vplivala na razvrstitev glede na merila, saj bi se ponudniku v primeru dopolnitve priznale tri reference v nasprotnem primeru pa dve. Omenjen primer je zgolj ena izmed možnih zapletov in nejasnosti, ki se pojavljajo v primeru ekstenzivne razlage pojma formalno nepopolnih ponudb, ki jo nakazuje praksa Državne revizijske komisije.

pri čemer na podlagi teleološke razlage normativnih pravnih aktov lahko izvedemo logični sklep, da ena oblika popolne ponudbe hkrati ne vključuje oziroma eksplicitno izključuje ostale oblike popolne ponudbe.³²⁷ Torej bi bile skladno s predstavljeno argumentacijo formalno nepopolne ponudbe omejene na ponudbe, katerih pomanjkljivost ne vpliva na razpored glede na merila, pri čemer nasprotje s predpisi ali ponudbena cena, ki je sestavljena v nasprotju z načeli poštene konkurence ali neizpolnjevanje pogojev iz 41. do 47. člena ZJN-2A, sodi že v okvir definicije NEPRAVILNE ponudbe in je posledično že izven dometa formalno nepopolne ponudbe, torej v tem primeru uporaba 78. člena ZJN-2A ni dopustna. Ne sme nas zavesti definicija nepravilne ponudbe, ki jo je narekoval ZJN-1, ki je v praksi predstavljala sedanji pomen popolne ponudbe.³²⁸ Ob upoštevanju zgornje argumentacije ponudb ne bi bilo moč dopolnjevati v okviru 78. člena ZJN-2A, če bi bila nepopolnost vezana na npr. neizpolnjevanje pogojev.³²⁹ Ob pregledu trenutne prakse Državne revizijske komisije pa naletimo na primer, ko se dopušča tudi dopolnjevanje dokazil v zvezi z izpolnjevanjem pogojev, kljub temu da predhodno ni bilo predloženega nobenega (tudi nepopolnega ne) predhodnega dokazila o izpolnjevanju pogoja.³³⁰

Iz prakse Državne revizijske komisije torej izhaja, da ločnica med pojmom formalno nepopolna ponudba in nepravilna ponudba dejansko ne obstaja v delu, kjer se definicija nepravilne ponudbe nanaša na izpolnjevanje pogojev iz 41. do 47. člena. Tu se izkaže

³²⁷ Primer: vsaka definicija zajema lasten spekter popolnosti, pri čemer se sprejemljivost ponudbe veže na ponudbeno ceno, ki je v okviru zagotovljenih sredstev in v ostale dele ponudb ne posega, je smiselno na podlagi argumenta a simili ad simile postaviti tudi ločnico med formalno nepopolno ponudbo in nepravilno ponudbo.

³²⁸ Zakon o javnih naročilih (Uradni list RS, št. 39/2000 (102/2000 - popr.), 2/2004-ZPNNVSM, 2/2004, 128/2006-ZJN-2), Pravilnik o ugotovitvi, kdaj šteje ponudba za nepravilno, neprimerno ali nesprejemljivo (Uradni list RS, št. 33/2004, 128/2006-ZJN-2).

³²⁹ Primer: če bi torej naročnik kot enega od pogojev določil izvedbo 20 referenčnih poslov, kar bi moral ponudnik izkazati z izpolnitvijo referenčnih potrdil, ki bi potrjevali izvedbo zahtevanih referenc, bi torej naročnik v primeru, da ponudnik ne bi izpolnil zahtevanih podatkov za vseh 20 referenc takega ponudnika izločil iz nadaljnega postopka, saj bi bila njegova ponudba označena za nepravilno, saj ne bi izpolnjevala zahtevanega pogoja (45. člen ZJN-2).

³³⁰ Naročnik je torej izkoristil vnaprej predvideno možnost iz razpisne dokumentacije in izbranega ponudnika pozval k predložitvi ustreznega dokazila o tem, da sam (torej brez podizvajalcev) zagotavlja in izpolnjuje pogoj iz 3. točke predmetnega obrazca, pri čemer mu je izbrani ponudnik posredoval potrdilo proizvajalca ponujene cevi (DUNLEE Medical Components), da je izbrani ponudnik, in sicer do konca leta 2008, pooblaščen distributer in serviser ponujene (in druge v potrdilu navedene) opreme. Ker je torej izbrani ponudnik, kot je razvidno iz naknadno posredovanega potrdila, za servisiranje usposobljen sam, je s tem odpadel tudi nadaljnji očitek vlagatelja, in sicer tisti, s katerim zatrjuje, da bi moral le-ta ravnati v skladu z naročnikovimi navodili iz Povabila k oddaji ponudbe, kamor je naročnik tudi zapisal, da morajo ponudniki v primeru izvedbe del s podizvajalci (v predmetna dela je naročnik vključil tudi servisiranje), le-te v ponudbi tudi predstaviti (podatke o morebitnih podizvajalcih so morali ponudniki vpisati v obrazec OBR-C - Ponudba). Naročnik torej izbranega ponudnika ni pozval k predložitvi dokumentov o podizvajalcu, ki naj bi opravljal servisiranje ponujene cevi (kot napačno navaja vlagatelj) pač pa ga je pozval k predložitvi dokazila o tem, ali je (sam) usposobljen za servisiranje le-te. Kot ugotavlja Državna revizijska komisija naročnik z opisanim v ničemer ni preferiral izbranega ponudnika, saj je v zvezi s tem ravnal v skladu z vnaprej napovedano možnostjo iz razpisne dokumentacije, kjer je jasno zapisal, da bo izpolnjevanje posameznih pogojev iz spornega obrazca, tekom oddaje predmetnega javnega naročila, lahko (kadarkoli) preveril (sklep Državne revizijske komisije št. 018-79/2007-2).

tendenca po saniranju nepravilne ponudbe v okviru formalno nepopolne ponudbe. Ob upoštevanju 2. odstavka 78. člena ZJN-2A bi se morala formalna nepopolnost omejiti z nedopustno spremembo cene, tehničnih specifikacij ali drugih elementov ponudbe, ki bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev njegove ponudbe glede na ostale. Tu je že zaznati širši aspekt primarno postavljene definicije formalno nepopolne ponudbe, ki dopušča zgolj dopolnitev nepopolnih ponudb v delih, ki ne vplivajo na razvrstitev glede na merila. Ali lahko pod pojem ostalih elementov ponudb, ki lahko ali bi lahko vplivali na drugačno razvrstitev, umestimo primer nepredložitve bančne garancije za resnost ponudbe? Ob upoštevanju jezikovne razlage normativnih aktov je zakonodajalec postavil strožji standard izpolnjevanja konkretnega dejanskega stana z zakonskim dejanskim stanom, saj je v normativni dikciji zapisal "lahko ali bi lahko vplivali", torej je odgovor na zastavljeno vprašanje NE. Razlogi, ki govorijo v prid danemu odgovoru, so vsekakor v tem, da je nepredložitev bančne garancije za resnost ponudbe element, ki v primeru odsotnosti vpliva na razvrstitev predmetne ponudbe glede na ostale, v katerih je bila bančna garancija priložena v zahtevani obliki in vsebini³³¹. Z dopustitvijo dopolnitve ponudbe, ki zahtevane bančne garancije ni vsebovala, bi posledično odprli široke možnosti za očitni in fraudem legis agere.³³²

Praksa Državne revizijske komisije v zvezi z dopolnjevanjem ponudbe z bančno garancijo za resnost ponudbe pa je sledeča:

Državna revizijska komisija v tem delu ne ugotavlja neupravičene uporabe instituta neformalne ponudbe, ampak nasprotno, celo dolžnost uporabe tega instituta. Namreč, formalno nepopolna ponudba je definirana v 17. točki 1. odstavka 2. člena ZJN-2 kot ponudba, ki je nepopolna v delih, ki ne vplivajo na njeno razvrstitev glede na merila. Če je

³³¹ (dr. Vesna Kranjc: Položaj ponudnikov, ki v postopkih javnega naročanja oddajajo pomanjkljive ponudbe, Podjetje in delo 2/2007, str. 279): Formalno nepopolna ponudba je tista ponudba, ki je nepopolna v delih, ki ne vplivajo na njeno razvrstitev glede na merila (17. točka 2. člena ZJN-2). Formalno nepopolna je torej tista ponudba, ki ima pomanjkljivosti oz. nepopolnosti v delih, ki jih je mogoče sanirati, ne da bi to vplivalo na njeno razvrstitev glede na merila. Naročnik mora po prejemu ponudb le-te pregledati in preveriti, ali so pravočasne, sprejemljive, pravilne, primerne in formalno popolne. Če ugotovi, da je katera izmed ponudb formalno nepopolna, mora dopustiti in omogočiti dopolnitev take ponudbe. Iz navedenih določb izhajajo, da zakon pušča široke možnosti dopolnjevanja ponudb, vendar pa je pri presoji, ali je posamezno ponudbo mogoče šteti za formalno nepopolno, v vsakem konkretnem primeru potrebno upoštevati omejitve iz 2. odstavka 78. člena ZJN-2 in temeljna načela javnega naročanja. Formalno nepopolna ponudba je ponudba katere nepopolnost je mogoče sanirati, ne da bi bila s tem ogrožena enakopravnost med ponudniki. Sklep Državne revizijske komisije št.: 018-182/07-2.

³³² Primer: dva ponudnika skleneta dogovor, da bosta oba oddala ponudbi po dogovorjenih ceni, pri čemer bo ponudnik A podal ceno 1000 in v ponudbi ne bo predložil bančne garancije za resnost ponudbe, ponudnik B pa bi podal ceno 1500 pri čemer bi v ponudbi predložil tudi bančno garancijo za resnost ponudbe. Ponudbo bi oddal še tretji ponudnik C, katerega ponudbena cena bi bila 1300 in bi vključevala bančno garancijo za resnost ponudbe. Če bo naročnik ponudnika A pozval k dopolnitvi ponudbe s predložitvijo bančne garancije za resnost ponudbe, bo le ta za pridobitev posla to storil. V primeru da bi edina ponudnika v postopku ostala zgolj A in B, ponudnik A ponudbe vsekakor ne bi dopolnil ali pa bi od ponudbe brez naročnikove možnosti unovčitve bančne garancije odstopil. Problematično je dejstvo, da ponudnik razpolaga z veljavnostjo ponudbe še po oddaji ponudb.

formalna pomanjkljivost ponudbe nebistvena, ponudba ni formalno nepopolna. Garancija za resnost ponudbe ne predstavlja dokumenta, ki bi lahko kakorkoli vplival na razvrstitev ponudbe glede na merila, v obravnavanem primeru ekonomsko najugodnejša ponudba. Naročnik bo tako v primeru, ko ponudnik bančne garancije ne bo predložil ali bo predložena garancija neustrezna, skladno z 78. členom ZJN-2 od ponudnika najprej zahteval dopolnitev ponudbe s predložitvijo (ustrezne) bančne garancije. Šele če ponudnik v roku, ki ga bo določil naročnik, ponudbe ne bo ustrezno dopolnil, bo moral naročnik izločiti tako ponudbo kot nepopolno. Potrebno je še poudariti, da je napačno tolmačenje vlagatelja v tem delu, da se bančne garancije ne sme naknadno predložiti iz razloga, ker se le-ta ne veže na obstoj določenega konkretnega časovnega obdobja ter izpolnitve določenega obdobja, temveč je pogoj izpolnjen šele v trenutku, ko ponudnik bančno garancijo prejme ter z njo razpolaga. Zakon namreč v zvezi z institutom formalno nepopolne ponudbe ne zahteva, da se lahko ponudba kot formalno nepopolna dopolni zgolj v tistih delih, v katerih sicer ponudnik izpolnjuje zahteve in pogoje že ob sestavi/podpisu/predložitvi ponudbe (sklep Državne revizijske komisije št. 018-192/2007-2).

Zaključiti velja, da neskladnost oziroma neenotno razumevanje ciljev zakona s strani organov, ki oblikujejo prakso v javnem naročanju, ustvarja pravne probleme, ki v nasprotnem primeru ne bi imeli niti pogojev za svoj nastanek.

4.3. Institut zahteve za spremembo odločitve o oddaji naročila

S sprejemom ZJN-2 in ZJNVETPS je bil uveden institut spremembe odločitve, ki je bil sicer v evropskem okviru že poznan in uporabljen institut.³³³ Slovenski sistem javnega naročanja pa ga pred spremembami leta 2006, na podlagi odločitev Državne revizijske komisije, ravno nasprotno ni dopuščal.³³⁴ Očitna nekonsistentnost z evropsko prakso je bila odpravljena z

³³³ Pravno podlago mu je dal primer Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v The Corporate of the House of Commons, 2002, L.G.L.R. 372 (gre za primer, ko se je dopustila razveljavitev odločitve o usposobljenosti na podlagi na novo ugotovljenih dejstev, ki so kazali na številne nepravilnosti), povzeto po Arrowsmith, 2005, str. 491.

³³⁴ Državna revizijska komisija izpostavlja, da lahko po sprejemu odločitve o oddaji javnega naročila naročnik svojo odločitev spremeni le v postopku pravnega varstva, t.j. v primeru vloženega zahtevka za revizijo. Naročnik brez izrecno vloženega pravnega sredstva svoje odločitve ne more in ne sme samostojno spremeniti. Prav tako naročnik z dodatno obrazložitvijo odločitve o oddaji javnega naročila ne more ponovno ocenjevati prispelih ponudb oziroma spreminjati že opravljenega ocenjevanja. Obvestilo o oddaji javnega naročila namreč vsebuje odločitev naročnika, ki jo lahko izpodbija zgolj ponudnik, ki meni, da so bile v postopku oddaje javnega naročila kršene njegove pravice, to pa stori z vložitvijo zahtevka za revizijo. Sklep Državne revizijske komisije št. 018-58/05-34-474, z dne 02.03.2005.

zakonsko dopuščeno možnostjo za spremembo že sprejete odločitve o oddaji naročila.³³⁵ Povod za spremembo je lahko s strani naročnika, če ta ugotovi utemeljene razloge za spremembo, ali s strani ponudnika. Rok za spremembo odločitve o oddaji naročila je 5 dni od dneva prejema obvestila o oddaji naročila.³³⁶ Določba prav tako jasno opredeli, da se desetdnevni rok za pravno varstvo ponudnikov veže na izdajo nove odločitve o oddaji javnega naročila. Praktični učinki uvedbe instituta spremembe odločitve o oddaji naročila nastopijo v smeri hitrejšega poteka postopka v primeru, če naročnik uvidi svojo napako in se s sprejemom nove odločitve izogne časovnemu zamiku, ki sledi vloženemu revizijskemu zahtevku. S tem je zagotovljeno učinkovitejše (hitrejši zaključek postopka) in gospodarnejše (zmanjšanje oziroma izničenje stroškov morebitnega revizijskega zahtevka) javno naročanje. Z vidika ponudnikov pa je institut spremembe odločitve o oddaji naročila prav tako dobrodošel, saj ponuja »brezplačno« možnost³³⁷ za zahtevo spremembe odločitve pred vložitvijo revizijskega zahtevka.

4.4. Trk načel

Temeljna načela zakonodajalec obravnava individualno in samostojno, pri čemer njihova povezljivost, morebitna nadrejenost/podrejenost in izključevalnost/komplementarnost ni nakazana. V praksi je trk načel najizraziteje viden v fazi vrednotenja ponudb, kjer naročniki postavljajo meje institutu formalno nepopolne ponudbe, prav tako pa se predhodno izrazi v fazi oblikovanja zahtev v razpisni dokumentaciji³³⁸ in v fazi vrednotenja pravilnosti izvedbe postopka javnega naročanja s strani nadzornih institucij.³³⁹ Kot nekomplementarna načela se v posameznih primerih izkažejo načela, katerih cilj sledi transparentnemu, enakopravnemu in konkurenčnemu vodenju postopka (izrazito je upoštevanje formalnih zahtev), napram načelu gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, katerega cilj izvedbe naročila je »value for money«. Omenjena načela, gledano vsako načelo ločeno, v posameznih primerih ne težijo k

³³⁵ 2. odstavek 79. člena ZJN-2A in 2. odstavek 83. člena ZJNVETPS-A: »Na pisno opozorilo ponudnika na odločitev naročnika, vloženo v petih dneh od dneva prejema obvestila o oddaji naročila, lahko naročnik po predhodni ugotovitvi utemeljenosti svojo odločitev spremeni in sprejme novo, skladno določbi prejšnjega odstavka. Od dneva prejema nove odločitve o oddaji naročila teče rok za vložitev zahtevka za revizijo«.

³³⁶ Pravni problem nastopi, če je bila odločitev o oddaji poslana več ponudnikom, ki je niso prejeli na isti dan in je povod za spremembo odločitve na strani naročnika. Od kdaj bo naročnik določil pravi petdnevni rok za izdajo spremenjene odločitve?

³³⁷ Za vložitev zahteve za spremembo odločitve se za razliko od vložitve revizijskega zahtevka ne zahteva plačilo takse, ki jo določa Zakon o reviziji postopkov javnega naročanja (Uradni list RS, št. 94/2007) v 22. členu.

³³⁸ Ne zgolj pri oblikovanju pogojev in meril, temveč tudi ostalih zahtev; finančna zavarovanja, plačilni pogoji, pogodbene kazni itd.

³³⁹ Pojem pravilnosti izvedbe postopka je mišljen v širšem smislu, ki zajema ne samo zakonitost izvedbe naročila, temveč tudi njegovo gospodarnost in učinkovitost ter skladnost z ostalimi temeljnimi načeli.

zadovoljivosti istih ciljev. Tudi v primeru, da vsa načela postavimo na skupni imenovalec, v posameznih primerih določeno načelo podredimo ciljem drugega načela ali načel. Naj navedem zgolj nekaj pogostejših primerov trka načel:

- Primer 1: Naročnik v okviru izvedenega odprtega postopka prejeme npr. 5 ponudb, ki so sicer pravilne, primerne in pravočasne, a nesprejemljive. Naročnik je očitno ocenjeno vrednost postavil prenizko oziroma ima premalo zagotovljenih sredstev za izvedbo naročila. Skladno z določili³⁴⁰ ZJN-2A in ZJNVETPS-A mora naročnik vsako ponudbo, ki ni popolna, zavrniti iz nadaljnega postopka. Torej je naročnik dolžan izvesti nov postopek, npr. postopek s pogajanji s predhodno objavo. Skladno z načelom gospodarnosti bi naročnik na podlagi ugotovljene lastne napake pri izračunu ocenjene vrednosti, v primeru, da najde dodatna sredstva za izvedbo naročila, le-to popravil oziroma zvišal in sklenil aneks k sklepu o začetku postopka z zvišano ocenjeno vrednostjo oz. zagotovljenimi sredstvi.³⁴¹ Na podlagi dikcije nesprejemljive ponudbe, pri čemer se kot taka šteje ponudba, katere ponudbena cena presega naročnikova zagotovljena sredstva, ALI ponudba, katere cena je višja od cen, ki veljajo za predmet javnega naročila, če je dostopen na trgu in ni prilagojen posebnim potrebam naročnika, bi torej naročnik prejete ponudbe lahko štel kot sprejemljive in na podlagi tega med popolnimi izbral najugodnejšo skladno z merili. Pri tem naročnik vsekakor ne bi smel kršiti načela enakopravne obravnave ponudnikov, načela transparentnosti in načela zagotavljanja konkurence med ponudniki. Če naročnik ne bi primarno zasledoval načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, bi zagotovo zaključil začet odprti postopek, izdal sklep o neizbiri, počakal na pravnomočnost le-tega in nato pričel z novim postopkom. Tovrstno ravnanje bi bilo vsekakor v skladu z vsemi načeli, razen z načelom gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti. Kako torej tehtati naveden primer? V prvem primeru bi naročnik z ustreznim ravnanjem zadostil vsem načelom, pri čemer bi bilo težišče na načelu gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, v drugem primeru pa bi zadostil vsem načelom, razen načelu gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti. Če se postavimo na stran ekonomske logike, lahko zaključimo, da bi bilo v konkretnem primeru pravilno

³⁴⁰ 80. člen ZJN-2A in 84. člen ZJNVETPS-A.

³⁴¹ Problem nastane v primeru, ko naročnik postavi novo ocenjeno vrednost, ki ne zajame vseh petih ponudb, ampak npr. dve ponudbi ostaneta nesprejemljivi. Takšno ravnanje bi hitro lahko označili za arbitrarno in v nasprotju z načelom enakopravne obravnave ponudnikov in predvsem v nasprotju z načelom transparentnosti. Zvišanje ocenjene vrednosti ne bi imelo dvoma v pravilnost ravnanja v primeru, če bi naročnik z novo ocenjeno vrednostjo zajel vse ponudbene vrednosti (predpostavka, da so med ponudbenimi vrednostmi ni velikih odstopanj), kar je upoštevano tudi pri nadaljnji razlagi primera.

ravnanje naročnika tisto, ki bi zadostilo več načelom – torej prvo ravnanje. Vsa ostala ravnanja bi lahko šteli kot neustrezna oziroma kot neupravičeno kršitev posameznega načela.

- Primer 2: Naročnik je v odprtem postopku pridobil 5 ponudb. Od tega so bile 4 nepravilne,³⁴² kjer nobena ne izpolnjuje tehničnega pogoja, v ostalih delih so te ponudbe popolne, ena ponudba pa je bila v celoti popolna. Naročnik je na podlagi izvedenega razpisa in naknadne ocene strokovnjaka ugotovil, da je tehnični pogoj postavil previsoko in da bi lahko dosegel isti učinek in kvaliteto izvedbe tudi s postavitvijo nižjega tehničnega pogoja. V konkretnem primeru ima torej naročnik eno popolno ponudbo in štiri nepravilne ponudbe. Na podlagi ugotovitve o previsoko postavljenem pogoju naročnik tokrat ne more le-tega spreminjati, saj bi s tem kršil 81. člen ZJN-2A, ki naročnikom po roku za oddajo ponudb ne dovoljuje spreminjanja ali dopolnjevanja razpisne dokumentacije. Torej bi naročnik ob nasprotnem ravnanju, ki bi ga morda pogojevalo načelo gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, prvotno kršil zakonsko normo in hkrati načelo enakopravne obravnave ponudnikov, zagotavljanja konkurence med ponudniki in načelo transparentnosti, kar pa pomeni nezakonito ravnanje, ki ga sledenje enemu načelu ne more opravičiti. Naročnik kljub pridobljeni popolni ponudbi lahko zaključi postopek brez izbire in po pravnomočnosti sklepa izvede nov postopek (z vidika zagotavljanja konkurence bi bil smiseln odprti postopek, saj bi v primeru izvedbe postopka s pogajanjem s predhodno objavo naročniku lahko očitali bistveno spremembo razpisne dokumentacije, s tem ko bi tehnični pogoj znižal in posledično kršitev načela zagotavljanja konkurence med ponudniki).
- Primer 3: Naročnik po izdaji odločitve o oddaji naročila prejme zahtevo neizbranega ponudnika za vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika. Naročnik je skladno s 7. odstavkom 22. člena ZJN-2A³⁴³ dolžan omogočiti ponudniku, v katerega ponudbo bo vpogled izveden, prisotnost pri vpogledu ter možnost varovanja svojih interesov. Velja poudariti, da je za neizbranega ponudnika bistvenega pomena izvršitev ogleda še pred potekom roka za revizijo, saj lahko na podlagi vpogleda pridobi določene informacije, ki so lahko (dodaten) razlog za vložitev revizijskega zahtevka. Neizbrani ponudniki običajno zahtevajo vpogled v ponudbeno dokumentacijo izbranega ponudnika v

³⁴² Ponudbe, ki so v nasprotju s predpisi ali ponudbe, katerih cena je očitno sestavljena na način, ki ni skladen s pravili poštene konkurence ali ne izpolnjujejo pogojev.

³⁴³ V okviru ZJNVETPS-A je to 7. točka 27. člena.

čim krajšem možnem času, vsekakor pa pred potekom roka za revizijo, zato naročnik posreduje obvestilo o ogledu izbranemu ponudniku, ta pa poda razloge, da se na zahtevan datum ne more udeležiti vpogleda in predlaga kasnejši datum, ki je datiran že po roku za vložitev revizijskega zahtevka. Naročnik bo moral v tem primeru presoјati med pravico neizbranega ponudnika po vpogledu, ki bi se skliceval na načelo transparentnosti in sorazmernosti, ter med pravico izbranega ponudnika, da je prisoten pri vpogledu in varuje svoje interese, ki bi se skliceval na načelo enakopravne obravnave ponudnikov. Naročnik bi na podlagi presoje argumentov ene in druge strani presodil, da je varovanje pravice do pravnega varstva hierarhično nadrejeno pravici do prisotnosti pri vpogledu izbranega ponudnika, kar bi naročnik utemeljil tudi s spoštovanjem načela transparentnosti izvajanja postopka in načela sorazmernosti.

4.5. Uporaba testa sorazmernosti

Postavlja se torej vprašanje, ali obstaja enotno vrednotenje posameznih načel oziroma ali je mogoče vzpostaviti vrednostni sistem, ki bi na relativno objektivni način vnaprej opredelil kriterije in primere, ko eno načelo prevlada nad drugim.³⁴⁴ Kot je nakazano z zadnjim primerom trka načel, je v posameznih primerih potrebna presoja sorazmernosti, ki presega okvire načela sorazmernosti, kot je opredeljeno v ZJN-2A in ZJNVETPS-A. S presojo sorazmernosti preidemo na tehtanje pomembnosti s posegom prizadete pravice v primerjavi s pravico, katero želimo zavarovati. Iz testa sorazmernosti, v katerem presoјamo konkurenco interesov,³⁴⁵ lahko izluščimo ustreznost oziroma neustreznost posega na sledeč način: če ugotovimo, da pomembnost pravice, ki se želi zavarovati s posegom, pretehta nad pomembnostjo s posegom prizadete pravice, je tak poseg upravičen, v nasprotnem primeru je poseg neupravičen. Kot podrobneje izhaja iz opredelitev pod točko načelo sorazmernosti, je potrebno pri tehtanju sorazmernosti upoštevati primernost posega oziroma uporabljenega pravnega sredstva v primerjavi z zelenim ciljem; potrebnost izbranega pravnega sredstva v primerjavi z ostalimi možnimi (za nasprotno stranko milejšimi) pravnimi sredstvi in tehtanje sorazmernosti v ožjem pomenu.

³⁴⁴ Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, Zakon o javnem naročanju s komentarjem, 2007, str. 47.

³⁴⁵ Pri presoji je potrebno upoštevati vse prisotne interese, pretehtati možne razlage vsebine pojma ter predvideti posledice, ki jih bo odločitev imela na interese oziroma pravice o katerih se odloča.

V primeru prenosa logike testa sorazmernosti na raven javnih naročil bi lahko presojali dopustnost omejevanja ali izključevanja enega temeljnega načela kot posledico uveljavitve drugega načela. Na ta način bi lahko posamično dejanje, ob predpostavki, da ne krši ostalih določb zakona, utemeljili s sledenjem ciljem posameznega načela, v primeru, da test sorazmernosti ne bi nakazal kršitev drugih načel in bi bilo ravnanje označeno kot primerno, potrebno in sorazmerno v ožjem smislu.

5. PRAKSA PRI UPOŠTEVANJU TEMELJNIH NAČEL

5.1. Problematika neupoštevanja temeljnih načel v primeru storitev B

Pri izvajanju javnih naročil s seznama storitev B³⁴⁶ se v okviru ZJN-2A in ZJNVETPS-A zahteva zgolj upoštevanje določb, ki opredeljujejo predmet javnega naročila oziroma tehnične specifikacije in pravila glede objavljanja obvestila o oddaji naročila.³⁴⁷ Če pogledamo globlje, velja upoštevati določbe Zakona o javnih financah,³⁴⁸ ki določa, da so proračunski uporabniki zavezani pri pripravi in izvrševanju proračuna spoštovati načeli učinkovitosti in gospodarnosti.³⁴⁹ Prav tako velja poudariti, da so naročniki na podlagi Razlagalnega sporočila komisije pri oddaji javnih naročil s seznama B, ki so nad pragovi za objavo v Uradnem glasilu ES, zavezani k upoštevanju temeljnih določb PES. Ta načela vključujejo prosti pretok blaga, (člen 28 Pogodbe ES), pravico do ustanavljanja (člen 43), svobodo opravljanja storitev (člen 49), nediskriminacijo in enako obravnavo, transparentnost, sorazmernost in vzajemno priznavanje.³⁵⁰ Torej ne moremo trditi, da zavoljo neuporabe ostalih določb zakona ne veljajo temeljna načela PES. Naročniki so ob izvajanju postopkov za storitve s seznama B (nad vrednostnimi pragovi) zavezani k upoštevanju načel ZJN-2A, ki jih pogojuje PES. Podobno ugotavlja tudi Državna revizijske komisija v letnem poročilu za leto 2007, ko navaja, da pri sedANJI ureditvi ne bilo mogoče sprejeti stališča, da se v celotnem zakonu uporabljajo samo členi glede tehničnih specifikacij in objave izida odločitve o oddaji javnega naročila, saj bi to s pretirano ozko razlago sicer pomenilo, da se tudi 20. člen ZJN-2A oziroma 25. člen ZJNVETPS-A (člena, ki dejansko napotujeta na uporabo ustreznih določb zakonov za storitve B) ne moreta uporabljati. Takšne utemeljitve ni mogoče

³⁴⁶ **Storitve hotelov in restavracij** (Od 55000000-0 do 55524000-9, in od 93400000-2 do 93411000-2 CPV), **Storitve prevoza po železnici** (60111000-9, in od 60121000-2 do 60121600-8 CPV), **Storitve prevoza po vodi** (Od 61000000-5 do 61530000-9, in od 63370000-3 do 63372000-7 CPV), **Podpome in pomožne prevozne storitve** (62400000-6, 62 440000-8, 62 441 000-5, 62450000-1, od 63000000-9 do 63600000-5 (razen 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), in 4322000-2, 93610000-7 CPV), **Pravne storitve** (Od 74110000-3 do 74114000-1), **Storitve namestitve in oskrbe osebja** z izjemo pogodb o zaposlitvi (Od 74500000-4 do 74 540000-6 (razen 74511000-4), in od 95000000-2 do 95140000-5), **Preiskovalne in varnostne storitve** (Od 74600000-5 do 74620000-1), z izjemo storitev oklepnih vozil, **Storitve s področja izobraževanja in poklicnega usposabljanja** (Od 80100 000-5 do 80430 000-7), **Storitve zdravstva in socialnega skrbstva** (74511000-4, in od 85000000-9 do 85323000-9 (razen 85321000-5 in 85322000-2)), **Storitve s področja rekreacije, kulture in športa** (Od 74875000-3 do 74875200-5, in od 92000000-1 do 92622000-7 (razen 92230000-2)), **Druge storitve** z izjemo pogodb o nakupu, razvoju, produkciji ali koprodukciji oddaj s strani radijskih ali televizijskih postaj ter pogodb o zakupu časa oddajanja.

³⁴⁷ 2. odstavek 20. člena ZJN-2A in 2. odstavek 25. člena ZJNVETPS-A.

³⁴⁸ Uradni list RS, št. 79/1999, 124/2000, 79/2001, 30/2002, 56/2002-ZJU, 127/2006-ZJZP, 14/2007-ZSPDPO.

³⁴⁹ 3. točka 2. odstavka 2. člena Zakona o javnih financah.

³⁵⁰ Izhaja iz primera C-59/00 Bent Moustén Vestergaard, 2001.

razbrati niti iz direktiv, ki so bile podlaga že za ZJN-1. V povezavi s tem je zanimiva sodba Sodišča ES št. C-234/03 Contse z dne 27. 10. 2005, zlasti točki 47 in 49 obrazložitve. Pri tem je treba izhajati iz strukture direktiv in tudi iz tega, kaj so pravni akti v Evropski uniji in kdo so njihovi naslovljenci. V tem pogledu je zanimiva tudi sodba C-76/97 Walter Tögel proti Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (glej 47. točko obrazložitve). Izhajajoč iz ozkega razumevanja uporabe zakona, bi npr. za storitve B ne bil uporabljen 36. člen ZJN-2A, ki ureja skupno javno naročanje vlade. Če upoštevamo ozko dikcijo veljavnosti zakona v primeru storitev s seznama B, se pojavi celo vprašanje pravnega varstva ponudnikov. Ali torej glede na stališče, da veljajo zgolj členi o tehničnih specifikacijah in objavljanju, ponudnik dejansko ima pravno varstvo, če se ostale določbe zakona ne uporabljajo? In prav kipi vprašanje, kako naročnik oceni dobljeno ponudbo, če se določbe o oceni ponudb in dikcije o popolnosti ponudbe³⁵¹ ne uporabljajo. Odpre se tudi vprašanje, ali je naročnik v primeru javnega naročanja storitev B zavezan sprejeti odločitev o oddaji javnega naročila, priznanju sposobnosti, sklenitvi okvirnega sporazuma, zavrnitvi vseh ponudb itd. Iz nakazanih vprašanj lahko zaključimo, da bi bilo povsem neprimerno, če bi trdili, da v primeru izvajanja postopkov za storitve s seznama B uporabljamo zgolj določbi o oblikovanju tehničnih specifikacij in objavljanju izida. Da je sedanja ureditev javnega naročanja za storitve B pomanjkljiva tudi na evropski ravni, kažejo primeri pred Sodiščem ES. Pravobranilca sta v zadevah C-237/05 Komisija proti Grčiji in C- 507/03 Komisija proti Irski pripravila svoji obširni mnenji. Sodišče ES je v zadevi C-237/05 Komisija proti Grčiji dne 11. 10. 2007 sicer že izdalo sodbo, ki pa na kakršnakoli vprašanja, ki bi razjasnila nekatere sporne stvari, ni odgovorila, saj je Sodišče tožbo zavrglo kot nedopustno. Sodišče ES je 13. 11. 2007 tudi v zadevi C-507/03 Komisija proti Irski izdalo zavrnilno sodbo. V tej sodbi je ugotavljalo, da mora obstajati čezmejni interes za navedene storitve. Podobna vprašanja je Sodišče ES razreševalo tudi v zadevi C-119/06 – Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki (sodba z dne 29. 11. 2007).

5.2. »In house« naročila

Urejanje področja pogodb, sklenjenih med enim ali več naročniki in enim ali več gospodarskimi subjekti, nad poslovanjem katerih imajo ti naročniki nadzor, primerljiv nadzoru nad notranjimi organizacijskimi enotami naročnika, ZJN-2A in ZJNVETPS-A uvršča med izjeme pri javnem naročanju, za katere se zakon ne uporablja.³⁵² Kljub zakonski ureditvi je

³⁵¹ Lahko pričnemo že z osnovami – npr. s pravočasnostjo ponudbe.

³⁵² 8. točka 1. odstavka 17. člena ZJN-2A in 6. točka 1. odstavka 19. člena ZJNVETPS-A; »pogodbe, sklenjene med enim ali več naročniki in enim ali več gospodarskimi subjekti, nad poslovanjem katerih imajo ti naročniki nadzor, primerljiv nadzoru nad notranjimi organizacijskimi enotami naročnika. Pri tem mora biti izpolnjen pogoj, da gospodarski subjekti sklepajo pogodbe,

potrebno za tolmačenje »in house« naročil upoštevati sodno prakso Sodišča ES,³⁵³ saj direktive doktrine »in house« naročil neposredno ne urejajo.³⁵⁴ Sodišče je odločilo, da je Direktivo 93/36/EEC treba uporabiti tedaj, ko naročnik namerava skleniti pogodbo o dobavi blaga s subjektom, ki je formalno ločen in neodvisen pri sprejemanju odločitev, ne glede na to, da ima ta subjekt status naročnika. Pri tem pa je Sodišče dopustilo možnost drugačne odločitve v primeru, če bi bil položaj subjekta, kateremu je bilo naročilo dodeljeno, soroden položaju notranjega organa naročnika, zlasti z vidika nadzora; če naročnik izvaja nadzor nad tem subjektom na enak način, kot ga izvaja nad notranjimi organi in če hkrati predmetni subjekt izvaja naloge oziroma pooblastila naročnika (zgolj formalno ločenost izvajalca od oblasti in izvajanje dejavnosti pod nadzorom oblasti, ki je soroden nadzoru zoper svoje organe) oziroma izvršuje večino svoje dejavnosti prav z družbeniki/naročniki. Gre za »in house« naročila, ki lahko zajemajo tako blago, storitve ali gradnje. Stališče izhaja iz logičnega sklepanja, naj pravo ne posega v način organizacije izvajanja poslov v eni osebi ali več oseb. Analogno določilo, ki omogoča dodelitev javnega naročila storitev (brez uporabe pravil javnega naročanja) drugi pravni osebi, ki tvori, tako pravobranilec Colmas, isto ekonomsko enoto, dovoljuje 13. člen Direktive 93/38/EEC.³⁵⁵

V »in house« naročilih se kljub dejstvu, da so izključena iz upoštevanja določb slovenske javno naročniške zakonodaje, zahteva posredno upoštevanje načela gospodarnosti. Zakon namreč kot pogoj za izvajanje »in house« naročil navaja tudi upoštevanje, da je ponudbena cena enaka ali nižja od cene na trgu. Torej morajo naročniki pri izvajanju »in house« naročila v obliki raziskave trga preveriti cene in jih primerjati s cenami »in house« izvajalcev.

5.3. Pravno varstvo in odločanje o kršitvah temeljnih načel

K učinkovitosti sistema javnih naročil vsekakor pripomore ustrezno razvit in efektiven sistem pravnega varstva njegovih udeležencev – ponudnikov, kar se je v negativni obliki izkazalo v javno-naročniški praksi EU, ki v začetni fazi sistema javnega naročanja³⁵⁶ pravnega varstva ni vzpostavila. Kritike, izražene v Beli knjigi EU iz leta 1985, so bile povod za sprejem t. i. pravovarstvene direktive,³⁵⁷ ki je državam članicam dala nalogo, da na nacionalni ravni

upoštevaje določbe tega zakona, tudi v primeru, če sami niso naročniki in da je ponudbena cena enaka ali nižja od cene na trgu«.

³⁵³ Case C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano, 1999.

³⁵⁴ Več o in house doktrini glej Zupanec, Marko, Doktrina in-house na področju javnega naročanja, Pravna praksa, 17.1.2008.

³⁵⁵ Več na <http://www.dkom.si/?vie=cnt&gr1=odlSes&id=2004121413591342&lng=slo> (6.4.2008)

³⁵⁶ Direktivi 71/305/EEC in 77/62/EEC.

³⁵⁷ 89/665/EEC za klasični sektor.

vzpostavijo sistem pravnega varstva, ki je pravno formalno lahko administrativno ali sodno, vendar mora predstavljati uporabljiv in učinkovit sistem za varstvo pravic v primeru kršitev komunitarnega prava na področju javnega naročanja ali nacionalnih pravil, s katerimi so ta določila implementirana.

Državna revizijska komisija Republike Slovenije kot samostojen in neodvisen državni organ nadzora nad zakonitostjo postopkov javnega naročanja zagotavlja pravno varstvo ponudnikom na vseh stopnjah postopkov oddaje javnih naročil.

Za relevantnost tega magistrskega dela in preverjanje postavljenih hipotez je smiselna izpostavitve vprašanj v zvezi s pristojnostjo Državne revizijske komisije o presojanju o zatrjevanih kršitvah temeljnih načel, zato v nadaljevanju osvetljuje predmetno področje z vidika kršitev načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, pri čemer lahko enako analogijo, nakazano spodaj, prenesemo tudi na zatrjevane kršitve ostalih temeljnih načel.

Glede na opredelitev pristojnosti Državne revizijske komisije se postavlja vprašanje, ali ni pristojnost omejena zgolj na kasatorična pooblastila in se ne razširja na oblikovalna pooblastila. Ravno nasprotno ima Državna revizijska komisija pristojnost za ugotavljanje (ne)spoštovanja pravil postopka oddaje javnih naročil, ki je podvrženo presoji delovanja naročnikov in ponudnikov v okviru pravnih norm, ki jih opredeljuje ZJN-2A in ZJNVETPS-A.³⁵⁸ Nezakonito dejanje lahko predstavlja tudi kršitev temeljnega načela. Ali torej kršitev načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti lahko predstavlja temelj za vložitev revizijskega zahtevka, o katerem bi Državna revizijska komisija meritorno odločala? Naj ponazorim s primerom: Vlada v okviru letnega programa odloči, da se bo izvedlo skupno javno naročilo³⁵⁹ za nakup pisarniškega materiala za vse državne organe. Določi skupni nabavni organ za vodenje postopka (za lažje nadaljevanje bo skupni nabavni organ odslej poimenovan kot naročnik). Naročnik se odloči za izvedbo celovitega javnega naročila, torej naročila ne razdeli na smiselne in zaključene celote oziroma sklope, kar predmet naročila vsekakor dopušča in bi tovrstno ravnanje tudi prispevalo k večji gospodarnosti in učinkovitosti izvedbe javnega naročila. Glede na obsežnost naročila, na trgu pisarniškega materiala javno naročilo vzbudi izredno zanimanje, a so glede na pogoje naročila in njegovo obsežnost realno zmožni izvesti naročilo zgolj 3 ponudniki.³⁶⁰ Kot logična posledica velikih apetitov s strani ponudnikov so vloženi številni revizijski zahtevki, ki izvedbo javnega naročila

³⁵⁸ Glej tudi Šoltes, 2008, str. 29.

³⁵⁹ Skladno s 36. členom ZJN-2A.

³⁶⁰ Zaradi dejstva, da so dobave v primeru pisarniškega materiala sorazmeroma pogoste in je dobavni čas tudi zelo kratek (včasih tudi zgolj par ur), v tem primeru realno ne moremo šteti tujih ponudnikov, brez podružnic v Sloveniji, kot resnih potencialnih ponudnikov.

praktično blokirajo leto in pol.³⁶¹ Ali bi v tem primeru, ko se je naročnik odločil za izvedbo celovitega naročila, pri čemer bi vsekakor lahko, ob upoštevanju dolgoletne praske v zvezi z zahtevnimi in vrednostno visokimi naročili, ocenil, da bi bilo z vidika tako gospodarnosti in uspešnosti, predvsem pa z vidika učinkovitosti, smiselno javno naročilo razdeliti na več sklopov, trdili, da je naročnik ravnal v nasprotju z načelom gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti? In ali bi bil to lahko uspešen revizijski razlog, vložen s strani enega od ponudnikov? V tem primeru se najprej nakaže problematika aktivne legitimacije ponudnika/vlagatelja, in sicer v delu izkazane škode v primeru tovrstnega naročnikovega ravnanja. Da bi se aktivna legitimacija za vložitev revizijskega zahtevka priznala npr. Državnemu pravobranilstvu, Ministrstvu za finance ali Uradu Republike Slovenije za varstvo konkurence,³⁶² bi moral biti ogrožen javni interes, v čigar ogroženost sicer ne dvomim, a bi bilo težje izkazati zadostno stopnjo le-tega za tovrstno, v praksi še nerealizirano dejanje omenjenih organov. Če predpostavimo, da je ponudnik/vlagatelj uspel izkazati aktivno legitimacijo (tudi v delu, ki se nanaša na verjetnost povzročene škode)³⁶³, ostaja dilema, ali bi se Državna revizijska komisija štela za pristojno v konkretnem primeru ali bi nasprotno zavzela stališče, da so za pristojnost nadzora nad racionalno porabo sredstev v Republiki Sloveniji pristojni drugi organi. Namesto odgovora velja zgolj opozoriti obstoj in obligatornost 3. odstavka ZRPJN, ki določa, da Državna revizijska komisija:

»V primeru kršitev temeljnih načel javnega naročanja izvede vse dokaze, za katere meni, da bodo prispevali k razjasnitvi zadeve in k zakoniti in pravilni odločitvi.«

Vsekakor velja poudariti, da Državna revizijska komisija s svojimi odločitvami pomembno sooblikuje področje javnih naročil in postavlja okvire dobre prakse. S tem je v nekaterih primerih zapolnila zakonske praznine in oblikovala standarde ravnanj v primerih nedorečenosti posameznih pravnih norm. Aktivno delovanje je razvidno tudi iz števila vloženih revizijskih zahtevkov v letih 2000–2007, pri čemer je leto 2007 zaznamoval opazen upad vloženih revizijskih zahtevkov, ki ga gre pripisati spremembam zakonodaje³⁶⁴ na področju taks za vložitev revizijskih zahtevkov.³⁶⁵

Grafikon št. 1: Število vloženih revizijskih zahtevkov v letih 2000–2007:

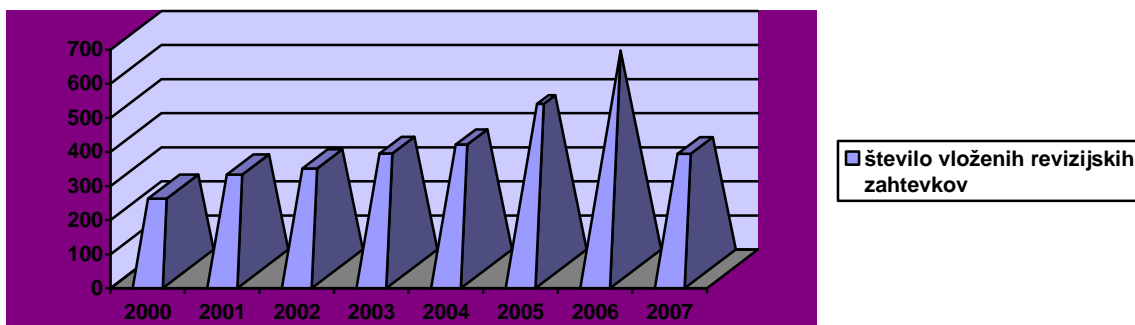
³⁶¹ Ob strani lahko pustimo nestrokovnost, netaktnost, nerodnost, včasih celo oholo vzvišenost naročnika, ki s tem, tudi po lastni krivdi prispeva k tovrstnemu razpletu.

³⁶² Glej 2. odstavek 9. člena ZRPJN.

³⁶³ Glej 1. odstavek 9. člena ZRPJN.

³⁶⁴ Mišljena sta ZJN-2A in ZJNVETPS-A ter ZRPJN-UPB5, ki je bistveno vplival na upad revizijskih zahtevkov z zvišanjem taks.

³⁶⁵ Takse so se povišale za skoraj 6-krat.



Ne glede na to, da se je pripad zahtevkov za revizijo v letu 2007 bistveno zmanjšal, pa so ostala razmerja med zahtevki, ki se nanašajo na področja blaga, storitev in gradenj, podobna. Po pregledu števila prejetih zahtevkov za revizijo v letih 2005, 2006 in 2007 je mogoče ugotoviti, da v vseh treh letih beleži največje število zahtevkov za revizijo, ki se nanašajo na področje blaga (med 43 % in 47,5 %). Manjši je bil pripad zadev, ki so se nanašale na področje storitev (od 34,8 % do 38,2 %). V vseh treh letih je bilo najmanjše število zahtevkov za revizijo, ki so se nanašali na področje gradenj (od 16,5 % do 18,5 %).

5.4. Praksa Računskega sodišča RS

Spoštovanja temeljnih načel javnega naročanja s strani naročnikov po vsebini ugotavlja predvsem Računsko sodišče RS kot oblika zunanjega nadzora pri revidiranju pravilnosti in smotrnosti poslovanja revidirancev. Računsko sodišče torej presoja, ali so bila v postopkih javnih naročil spoštovane zakonske določbe in ali so bila pri tem morda kršena temeljna načela.

Kot navaja predsednik Računskega sodišča RS dr. Igor Šoltes, področje javnih naročil še vedno spada v t. i. kritična področja, saj je iz revizijskih poročil zaslediti kršitve določil zakonodaje javnih naročil v številnih primerih. Če izpostavimo kršitve temeljnih načel javnega naročanja, so le-te najpogosteje v povezavi z nespoštovanjem načela enakopravnega obravnavanja ponudnikov, načela transparentnosti in načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti.

Računsko sodišče RS za razliko od Državne revizijske komisije ni vezano na vložitev zahtevka za revizijo, ampak ima možnost vpogleda v pravilnost in smotrnost izvrševanja pogodb tudi na podlagi lastne iniciative.³⁶⁶ Vpogled v izvajanje pogodbe ima dodatne

³⁶⁶ Računsko Sodišče izvaja svoje pristojnosti povsem samostojno – samo sprejema program dela in noben organ, institucija ali drugi subjekti mu ne morejo nalagati dela ali mu dajati navodil za njegovo izvajanje, niti kakšno revizijo naj izvede, niti kaj naj revidira. Glej Zakon o računskem Sodišču (Uradni list RS, št. 11/2001, Uradni list RS, št. 20/2006-ZNOJF-1) in Poslovnik Računskega Sodišča RS (Uradni list RS, št. 91/01)

prednosti nadzora, saj se, kot navaja Šoltes (2008:284), v tej fazi posamezna temeljna načela javnega naročanja šele začnejo udeleževati. Posebej se izpostavlja problematika neenakosti pogodbene vrednosti na začetku izvajanja pogodbe in njen dvig v obliki aneksov, ki ob koncu izvedbe krepko preraste začetno ceno, kjer je upravičen očitek formalne kršitve v obliki prekoračitve pogodbene vrednosti (npr. pogodbena vrednost naraste za več kot 30 %) in neustreznega izvajanja postopkov v primeru dviga pogodbene vrednosti (npr. sklepanje aneksov brez izvedenega postopka s pogajanjem brez predhodne objave). Pogosto je zatrjevana kršitev načela gospodarnosti, čeprav se je na tem mestu smiselno ustaviti in narediti jasno ločnico med tem, v kateri fazi postopka se kršitev gospodarnosti zatrjuje in katero pravno podlago se za zatrjevano kršitev uporabi. Če je predmet revidiranja postopek javnega naročanja (od začetne faze do oddaje javnega naročila), je zatrjevanje kršitve načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti po ZJN-2A ali ZJNVETPS-A mogoče. V primeru, če je predmet revidiranja faza izvajanja pogodbe, lahko za pravno podlago za zatrjevano kršitev načela gospodarnosti uporabimo zgolj Zakon o javnih financah, ki določa, da je pri pripravi in izvrševanju proračuna treba spoštovati načeli učinkovitosti in gospodarnosti. Sicer drži, da se z vidika smotrnosti javnega naročanja javno naročilo ne konča s podpisom pogodbe, a če se osredotočimo na obseg urejanja javno naročniških razmerij, ki po ZJN-2A in ZJNVETPS-A določajo obvezna ravnanja naročnikov in ponudnikov pri javnem naročanju blaga, storitev in gradenj, se zakonsko urejanje razmerij med naročnikom in ponudnikom zaključuje s pravnomočnostjo izdane odločitve o oddaji naročila oziroma s prekinitvijo postopka. Razmerja po oddaji naročila so stvar pogodbenega razmerja med izvajalcem in naročnikom, ki jih ZJN-2A ali ZJNVETPS-A ne ureja, torej se tudi ob revidiranju izvajanja pogodbe ni moč sklicevati na kršitve temeljnih načel ZJN-2A in ZJNVETPS-A,³⁶⁷ temveč na kršitve temeljnega načela gospodarnosti po Zakonu o javnih financah.

Kot najpogostejše kršitve javnih naročil je Računsko sodišče navedlo:³⁶⁸

- kršitev načela konkurence med ponudniki v primeru, ko pripravljavec razpisne dokumentacije nastopa tudi v vlogi ponudnika;
- kršitev pogojev za začetek postopka v primeru, ko javno naročilo v proračunu ni bilo načrtovano;

³⁶⁷ Izjema je primer, ko v fazi izvajanja pogodbe pride do npr. stečaja enega od članov konzorcija in mora naročnik v primeru predlaganega novega člana tega presojeti na podlagi enakih pogojev, kot jih je moral izpolnjevati dosedanji član, saj bi v nasprotnem primeru kršil načelo enakopravne obravnave ponudnikov, več o tem Kranjc, 2007, Spmembe v konzorciju po oddaji ponudbe v postopku javnega naročanja.

³⁶⁸ Podatki so iz analize glede kršitev zakona o javnih naročilih za obdobje 2001–2004, ki jo je pripravilo Računsko Sodišče na podlagi 103 dokončnih poročil. Več glej v Šoltes, 2008, str. 285–289.

- neupravičena delitev (drobljenje) javnega naročila z namenom izognitve postopku;
- neupoštevanje določb o merilih v primeru, ko meril naročnik sploh ni predvidel, jih ni pravilno uporabil, jih je navedel v drugačni različici v objavi in v sami razpisni dokumentaciji;
- oddaja naročila brez izvedbe postopka;
- neupoštevanje pojmov pravilna, sprejemljiva in primerna ponudba;
- nespoštovanje rokov glede izdaje odločitve o oddaji javnega naročila;
- nespoštovanje pogodbenih določil;
- neupravičeno sklepanje aneksov k pogodbam;
- neupoštevanje sklepa Državne revizijske komisije;
- kršenje notranjih pravil o javnem naročanju za naročila male vrednosti.³⁶⁹

³⁶⁹ Povzeto po Šoltes, 2008, str. 285–289.

6. ZAKLJUČEK

6.1. Preverjanje hipoteze

Na podlagi celovite analize zakonodajnega in praktičnega okvira sistema javnega naročanja in javno-zasebnega partnerstva, v katera so vpeta temeljna načela, lahko sledi preverjanje hipoteze, ki je bila izpostavljena ob začetku magistrskega dela:

1. Spoštovanje temeljnih načel javnega naročanja pomembno vpliva na delovanje celotnega sistema javnega naročanja in na učinkovito delovanje skupnega evropskega trga.

Skozi celotno delo je potekala razprava, osredotočena na preverjanje izpostavljene hipoteze, ki je skušala osvetliti zakonodajni okvir sistema javnega naročanja in vanj pozicionirati temeljna načela javnega naročanja. Pomembnost upoštevanja temeljnih načel javnega naročanja izvira že iz njihove zgodovinske umeščenosti v čas začetkov Evropske skupnosti, ki so jo tlakovale Ustanovitvene pogodbe. Ravno te so na piedestal načel postavile prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva, prost pretok blaga in storitev, pravico do ustanavljanja in enakopravno obravnavanje družb iz drugih držav članic. Cilj poenotenja javno-naročniške zakonodaje na ravni EU je temeljil na vzpostavitvi in učinkovitem delovanju skupnega evropskega trga, ki je osnovan prav na okvirih, ki jih podajajo Ustanovitvene pogodbe, katerih smiselnost povzema tako sekundarna zakonodaja EU kot nacionalne zakonodaje na področju javnih naročil in javno-zasebnega partnerstva. Pomembnost spoštovanja temeljnih načel javnega naročanja je nakazalo v svojih odločbah tako Sodišče ES, Komisija ES v Razlagalnih sporočilih, kot tudi nacionalni organi nadzora nad zakonitostjo in smotrnostjo poslovanja naročnikov. Med sicer ekonomsko postavko skupnega evropskega trga in pravnim vidikom upoštevanjem temeljnih načel je vidna vzročna zveza. Upoštevanje oziroma neupoštevanje temeljnih načel javnega naročanja se vsekakor v obliki posledice izrazi na delovanju skupnega evropskega trga, ki v konkretnem primeru predstavlja odvisno spremenljivko. Glede na dejstvo, da so bila temeljna načela javnega naročanja primarno vzpostavljena za namen učinkovitega delovanja skupnega evropskega trga, je njihovo upoštevanje ključnega pomena za zadostitev ciljev njihove vzpostavitve. Kljub temu pa velja poudariti, da sledenje temeljnemu načelu v okviru sistema javnega naročanja predstavlja le enega in ne edinega od indikatorjev delovanja skupnega trga. Vsekakor pa upoštevanje temeljnih načel v določenem segmentu pogojuje vzpostavitev in uspešno

delovanje skupnega evropskega trga, seveda v dometu, ki normativna ureditev skupnega trga obvladuje. Ob vpogledu v prakso upoštevanja temeljnih načel javnega naročanja v Sloveniji je zaznati, da prihaja do največ deviacij pri izvajanju postopkov, kjer je veljavnost javno-naročniške zakonodaje delno omejena; torej v postopkih storitev iz seznama B in »in house« naročil, kjer naročniki zanemarijo tako upoštevanje temeljev javno-naročniške zakonodaje kot načel PES, ki nedvoumno tudi v teh primerih terjajo njihovo upoštevanje, kar pogojujejo cilji uspešnega delovanja skupnega evropskega trga.

Postavljena hipoteza je z navedeno argumentacijo in celovitim vpogledom skozi magistrsko delo potrjena.

6.2. Sklep

Ureditev javno-naročniških razmerij med naročniki in ponudniki je terjala tako ideja po vzpostavitvi in delovanju skupnega evropskega trga, kot tudi potreba po ustreznih pravnih okvirih zadovoljevanja državnih potreb v obliki javno-naročniških nabav. Pospešeno in aktivno delovanje, z namenom vzpostavitve enotnega pravnega okvira na področju javnih naročil, se je na ravni EU pričelo leta 1985 ob ugotovitvi Komisije ES, da uspešnost projekta skupnega trga najbolj ogroža prav segment javnih naročil, z ohranjanjem vzorcev favoriziranja nacionalnih ponudnikov, namesto upoštevanja načel skupnega trga, ki ga pogojujejo štiri ekonomske svoboščine: prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva, prost pretok blaga in storitev, pravica do ustanavljanja v drugi državi članici in enako obravnavanje družb iz drugih držav članic.

Na podlagi izvedenih raziskav³⁷⁰ po vzpostavitvi ureditve javnega naročanja na ravni EU, so bili izkazani pozitivni rezultati glede uresničevanja ciljev skupnega trga:

- izkazana je bila povečana transparentnost delovanja trga, saj se je na podlagi uveljavitve javnonaročniških direktiv povečala stopnja objavljanja javnih naročil od leta 1997 do 2002 za dvakratnik. Kljub temu pa je odstotek objavljenih javnih naročil še vedno izredno majhen ;
- vse več je oblik čezmejnega konkuriranja ponudnikov. Izkazano je bilo, da je 46% podjetij, zajetih v vzorec raziskave, že konkuriralo izven nacionalnih meja. Še vedno pa sodelovanje na tujih trgih v okviru javnih naročil za ponudnike ne presega 3% vseh oddaj ponudb. Opazen je vzorec ravnanja, da tudi ponudniki sodelujejo z »domačimi« podizvajalci;
- opazni so prihranki pri oddaji javnih naročil v primeru uporabe določb direktiv, kljub temu pa je prostora za dodatne prihranke še dovolj.

³⁷⁰ European Commission, A report on the functioning of the public procurement markets in the EU: benefits from application of the EU directives and challenges for the future, z dne 3.2.2004

Z oblikovanjem javno-naročniške zakonodaje v okviru Direktiv³⁷¹ in na nacionalni ravni se je pokazala povezljivost med štirimi ekonomskimi svoboščinami in temeljnimi načeli javnega naročanja. Paralele gre iskati med prepovedjo diskriminacije na podlagi državljanstva in načelom enakopravne obravnave ponudnikov, ki prepoveduje poleg krajevne in osebne diskriminacije tudi širšo prepoved ostalih oblik diskriminacijskih ravnanj. Naslednja paralela je vidna med svoboščino prostega pretoka blaga in storitev ter pravico do ustanavljanja v povezavi z načelom zagotavljanja konkurence med ponudniki, ki prepoveduje ravnanja naročnika, ki so v nasprotju z normami o preprečevanju omejevanja konkurence. Tudi svoboščina enake obravnave družb iz drugih držav članic se smiselno udejanja v načelu enakopravne obravnave ponudnikov in načelu transparentnosti javnega naročanja, ki zagotavlja svoboden dostop do relevantnih informacij in omogoča enakopravno udeležbo v postopkih oddaje naročil in načelu sorazmernosti, ki terja oblikovanje sorazmernih zahtev naročnika, ki ne presegajo smiselnega okvira same nabave.

Spoštovanje temeljnih načel javnega naročanja poudarja tako nacionalna zakonodaja kot tudi primarna in sekundarna zakonodaja EU, kar je razvidno iz sodne prakse Sodišča ES. Ravno nadzor nad doslednim in transparentnim delovanjem države v okviru javno-naročniških nabav pomeni tako demokratični dobrobit kot tudi doprinos k racionalnejšemu trošenju javnih financ, ki je prav tako izraženo v vse bolj upoštevanem načelu gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti postopkov javnega naročanja. Slednje načelo je na nacionalni ravni izraziteje izpostavila sprememba zakonodaje leta 2006, s čimer je skušala odpraviti administrativne ovire z namenom poenostavitve togih pravil v okviru naročanja.

Vse večje zavedanje nujnosti gospodarnega ravnanja države in omejenost finančnih resursov države se je posledično izrazilo v kreiranju bolj inovativnih oblik financiranja in upravljanja državnih investicij in zagotavljanju javnih storitev, predvsem z oblikovanjem povezav med javnim in zasebnim sektorjem v okviru javno-zasebnega partnerstva. V primerjavi z javnimi naročili je tu ključnega pomena delitev finančnega bremena in delitev tveganj. Kljub različnosti pa se s sistemom javnih naročil vlečejo močne paralele z vidika temeljnih načel, ki so osnovana na principu zagotavljanja in uspešnega delovanja skupnega evropskega trga.

³⁷¹ Glej poglavje Pregled kodifikacij področja javnih naročil od prve kodifikacije do danes

7. LITERATURA

7.1. Zakonodaja

1. Commission interpretative communication on concessions under Community law, 2000/C 121/02.
2. Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP, 2008/C 91/02.
3. Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts.
4. Council Directive 80/767/EEC of 22 July 1980 adapting and supplementing in respect of certain contracting authorities Directive 77/62/EEC coordinating procedures for the award of public supply contracts.
5. Council Directive 88/295/EEC of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC.
6. Council Resolution of 21 December 1976 concerning access to Community public supply contracts for products originating in non-member countries.
7. Council Resolution of 21 December 1976 concerning the review of Directive 77/62/EEC coordinating procedures for the award of public supply contracts.
8. Council Resolution of 22 July 1980 concerning access to Community public supply contracts for products originating in third countries.
9. Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev.
10. Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2000/35/EC z dne 8.8.2000.
11. Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/75/ES z dne 16. novembra 2005 o popravku Direktive 2004/18/ES o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev.
12. Direktiva Komisije 2005/51/ES z dne 7. septembra 2005 o spremembi Priloge XX k Direktivi 2004/17/ES in Priloge VII k Direktivi 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta o javnih naročilih.
13. Direktiva Komisije 2005/51/ES z dne 7. septembra 2005 o spremembi Priloge XX k Direktivi 2004/17/ES in Priloge VIII k Direktivi 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta o javnih naročilih.

14. Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje 89/665/EGS.
15. EUROPEAN Commission, Green paper on Public private partnerships and Community Law on public contracts and Concessions, 2004, Bruxelles.
16. Evropska komisija, Delovno gradivo poročila o javni obravnavi Zelene knjige o javno-zasebnem partnerstvu (SEC (2005) 629).
17. Evropska komisija, DG Regionalni razvoj, Vodič za uspešno partnerstvo med javnim in zasebnim (Guidelines for Successful Public – Private Partnership), marec 2003.
18. Evropska komisija, Interpretativno sporočilo o koncesijah po Evropskem pravu (Commission interpretative communication on concessions under Community law, Brussels), z dne 12.4.2000.
19. Obligacijski zakonik, Uradni list RS, št. 83/2001, Uradni list RS, št. 32/2004, 28/2006 Odl.US: U-I-300/04- 25, 29/2007 Odl.US: U-I-267/06-41, 40/2007, 97/2007-UPB1.
20. Odlok o Svetu Vlade Republike Slovenije za javno-zasebno partnerstvo, Uradni list RS, št. 61/2007.
21. Pogodba o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti, dostopno na: http://www.uradni-list.si/priloge/RS_-2004-027-00024-MP~P001-0000.PDF z dne 14.2.2008.
22. Pravilnik o postopkih za izvrševanje proračuna Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 50/07.
23. Pravilnik o vsebini in načinu vodenja evidenc projektov javno-zasebnega partnerstva in sklenjenih pogodb v okviru javno-zasebnega partnerstva, Uradni list RS, št. 56/2007.
24. Pravilnik o vsebini upravičenosti izvedbe projekta po modelu javno zasebnega partnerstva, Uradni list RS, št. 32/2007.
25. Resolucija Evropskega parlamenta o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij z dne 26.10.2006.
26. Sklep o objavi višin mejnih vrednosti za postopke javnega naročanja, Uradni list RS, št. 34/2008.
27. Sporočilo Komisije Evropskemu Parlamentu, Svetu, Evropskemu Ekonomsko-Socialnemu odboru in Odboru regij, KOM/2007/0725 končno, z dne 20.11.2007.
28. Uredba (ES) št. 2195/2002 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. novembra 2002 o enotnem besednjaku javnih naročil (CPV).
29. Uredba Komisije (ES) št. 1422/2007 z dne 4. december 2007 o spremembah direktiv 2004/17/EC in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta.

30. Uredba Komisije (ES) št. 1564/2005 z dne 7. septembra 2005 o določitvi standardnih obrazcev za objavo obvestil v okviru postopkov javnih naročil v skladu z direktivama 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta.
31. Uredba Komisije (ES) št. 2083/2005 z dne 19. decembra 2005 o spremembah direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede njihovih pragov uporabe za postopke za oddajo naročil.
32. Uredba Komisije (ES) št. 2151/2003 z dne 16. decembra 2003 o spremembi Uredbe (ES) št. 2195/2002 Evropskega Parlamenta in Sveta o enotnem besednjaku javnih naročil (CPV).
33. Uredba o neposrednih plačilih podizvajalcu pri nastopanju ponudnika s podizvajalcem pri javnem naročanju, Uradni list RS, št. 66/2007.
34. Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/1991 z vsemi ustavnimi zakoni o spremembah ustave.
35. Zakon o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2008 in 2009 /ZIPRS0809/ Uradni list RS, št. 114/2007.
36. Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev, Uradni list RS, št. 128/2006 in 16/2008.
37. Zakon o javnem naročanju, Uradni list RS, št. 128/2006 in 16/2008.
38. Zakon o javnih finančah /ZJF/ Uradni list RS, št. 79/1999, Uradni list RS, št. 124/2000, 79/2001, 30/2002, 56/2002-ZJU, 127/2006-ZJZP, 14/2007-ZSPDPO.
39. Zakon o javnih naročilih (uradno prečiščeno besedilo), Uradni list RS, št. 36/2004. Ne velja od: 23.12.2006.
40. Zakon o javno-zasebnem partnerstvu, Uradni list RS, št. 127/2006.
41. Zakon o pravnem postopku, Uradni list RS, št. 73/2007 (uradno prečiščeno besedilo) /ZPP-UPB3/.
42. Zakon o preglednosti finančnih odnosov in ločenem evidentiranju različnih dejavnosti, Uradni list RS, št. 53/2007, 65/2008.
43. Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence, Uradni list RS, št. 64/2007 (uradno prečiščeno besedilo) /ZPOMK-UPB2/.
44. Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence, Uradni list RS, št. 36/2008
45. Zakon o računskem sodišču, Uradni list RS, št. 11/2001, 20/2006.
46. Zakon o reviziji postopkov javnega naročanja (uradno prečiščeno besedilo), Uradni list RS, št. 94/2007, ZRPJN-UPB5.
47. Zakon o splošnem upravnem postopku, Uradni list RS, št. 22/2005.

7.2. Seznam literature

48. Andoljšek, Žiga, Setnikar-Cankar, Stanka, Ugotavljanje učinkovitosti in uspešnosti v javnem sektorju, Zbornik referatov / X. dnevi slovenske uprave, Portorož, 25., 26., 27. september 2003. - Ljubljana : Fakulteta za upravo, 2003. - ISBN 961-6139-44-4. - Str. 351-364.
49. Aristoteles, Nikomahova etika, Slovenska matica 1994, Ljubljana.
50. Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement, London : Sweet & Maxwell, 2007, cop. 2005
51. Brezovšek, Marjan, Različni pristopi k proučevanju upravne kulture in vrednost v javni upravi, v Upravna kultura, Fakulteta za družbene vede, 2004, Ljubljana.
52. Brezovšek, Marjan, Upravna kultura med preteklostjo in prihodnostjo, v Upravna kultura, Ljubljana, Fakulteta za družbene vede, 2004, Ljubljana.
53. Broun, Peter, The Practical Impact of E.U. Public Procurement Law on PFI Procurement Practice in the United Kindom, University of Nottingham, 2002, Nottingham.
54. Bugarič, Bojan, Od hierarhične k participativni (odprti) javni upravi, Inštitut za javno upravo, 2002, Ljubljana.
55. Bugarič, Bojan, Pravica dostopa do informacij javnega značaja: prvi steber odprte javne uprave, Inštitut za javno upravo, 2003, Ljubljana.
56. Burnett, Michael, Public - Privat Partnerships (PPP) A Decision Maker's Guide, European Institute of Public Administration, 2007, Maastricht.
57. Cerar, Miro, Novak, Aleš, Pavčnik, Marjan, Perenič, Anton, Praktikum za uvod v pravoznanstvo, Založba ČZ Uradni list Republike Slovenije, 1998, Ljubljana.
58. Cigoj, Stojan, teorija obligacij, ČN Uradni list, 1998, Ljubljana.
59. Craig, Paul, De Burca, Grainne, EU Law Texts, Cases Materials, Third edition, Qxford University Press, 2003.
60. Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, Zakon o javnem naročanju s komentarjem, Založba Uradni list RS, 2007, Ljubljana.
61. Čampa, Margit, Kodela, Franci, Matas, Sašo, Šoltes, Igor, Štular, Tadej, Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštne storitve s komentarjem, Založba Uradni list RS, 2007, Ljubljana.
62. Črnec, Damir, Brezovšek, Marjan, Odprtost (slovenske) javne uprave. Demokracija v globalizaciji – globalizacija v demokraciji, FDV, 2006, Ljubljana.
63. Dobovšek, Bojan, Korupcija v slovenski javni upravi, v Upravna kultura, Fakulteta za družbene vede, 2004, Ljubljana.

64. Duračak, Renata, Javno zasebno partnerstvo Primer vzpostavitve nacionalnega centra za upravljanje in informiranje v prometu, magistrska naloga, 2008, Ljubljana.
65. Eržen, Tina, Dejanja dogovornega omejevanja konkurence med ponudniki pri oddaji javnih naročil, magistrska naloga, 1998, Ljubljana.
66. Eržen, Tina, Dolgoročne oblike sodelovanja med ponudniki in naročniki v postopkih oddaje javnih naročil v pravu ES, doktorska disertacija, 2004, Ljubljana.
67. Ferčič Aleš: Izhodišča za definicijo. Pravna praksa, številka 29, 2005, Ljubljana.
68. Ferčič Aleš: Javno-zasebno partnerstvo: Delitev tveganj med partnerjema. Pravna praksa, številka 39, 2005, Ljubljana.
69. Ferfila Bogomil, Kovač Polonca: Javne politike in javna ekonomika, Fakulteta za družbene vede, 2000, Ljubljana.
70. Grilc, Peter, Pravo Evropske unije, 1. in 2. knjiga, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, 2002, Ljubljana.
71. Groff Ferjančič Miranda: Prednosti in slabosti sodelovanja javnega in zasebnega kapitala pri investicijah v javno infrastrukturo, 2004, Ljubljana.
72. Habjan Piletič, Jana, International Journal of Public Administration in Central and Eastern Europe, No. 2008/1, str. 102 – 108.
73. Habjan Piletič, Jana, Ključni elementi javnega naročanja z vidika ponudnikov, Lex localis, javna naročila in finance, Letnik III, maj 2008, str. 17 -20.
74. Habjan Piletič, Jana, Praktični primer objave javnega naročila na portalu javnih naročil, 10. posvet Dnevi javnih naročil med teorijo in prakso, Portorož, 4. in 5. oktober 2007, Agencija za management.
75. Habjan, Jana, Vpliv politike na upravo, diplomsko delo, Pravna fakulteta, 2005, Ljubljana.
76. Haček, Miro, Politizacija javnih uslužbencev kot dejavnik upravne kulture, v Upravna kultura, Fakulteta za družbene vede, 2004, Ljubljana.
77. Hillinger, Jens, The Award of a public contract as State aid with the meaning of Article 87(1)EC, Public procurement Law Review, Sweet&Maxwell, 2003, London.
http://nano-expo.co.uk/shared/shared_procurement/theses/PhD_Peter_Braun_.pdf
78. Jus Miran: Javno in zasebno partnerstvo ter EU. Mednarodno poslovno pravo, letnik 17, številka 191, 2005, Ljubljana.
79. Jus, Miran: JZP in projektno financiranje infrastrukture, Podjetje in delo, letnik 2005, številka 3, GV Založba, d.o.o., 2005, Ljubljana.
80. Kek, Matjaž, Slovenija v Evropski uniji, Urad vlade za informiranje, 2000, Ljubljana.

81. Kohont, Andrej, Strategija, politika upravljanja človeških virov in praksa kadrovanja v državni upravi v okviru reform sistemov javnih uslužbencev. Javna uprava, let. 39, št. 3, Inštitut za javno upravo, 2003, Ljubljana.
82. Kranjc, Vesna, Spremembe v konzorciju po oddaji ponudbe v postopku javnega naročanja, Podjetje in delo 5/2007/XXXIII, 2007, Ljubljana.
83. Mrak Mojmir: Partnerstvo med javnim in zasebnim sektorjem: Primer BOT-oblike projektnega financiranja. Študijsko gradivo. Ekonomska fakulteta, 2004, Ljubljana.
84. Mužina, Aleksij, Vesel, Tomaž, Zakon o javnem naročanju (ZJN-2) in zakon o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštne storitev (ZJNVETPS) s pojasnilom členov, pravnim redom EU ter pravno prakso, Nebra, 2007, Ljubljana.
85. Pahor Žvanut, Alenka, Javno-zasebna partnerstva in njihov vpliv na javne finance, magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Ekonomska fakulteta, 2006, Ljubljana.
86. Pavčnik, Marijan, Načelo sorazmernosti, PP. - ISSN 0352-0730. - Leto 23, št. 38/39 (18. nov. 2004), str. 44-45, Ljubljana.
87. Pavčnik, Marjan, Argumentacija v pravu, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1991, Ljubljana.
88. Pavčnik, Marjan, Teorija Prava, Cankarjeva založba 1999, Ljubljana.
89. Pitamic, Leonid, Država, Cankarjeva založba, 1996, Ljubljana.
90. Pličanič, Senko, Obveznosti državnih organov in drugih zavezancev po Zakonu o dostopu do informacij javnega značaja, Inštitut za javno upravo, 2003, Ljubljana.
91. Pličanič, Senko, Pravica do informacij javnega značaja. VIII. Dnevi javnega prava, Portorož, 10.- 12. junij 2002, Inštitut za javno upravo, 2002, Ljubljana.
92. Ratajc, Lojze, Postopki javnih naročil in koncesij, magistrska naloga, 2003, Ljubljana.
93. Selan, Martina, Javno naročanje v Republiki Sloveniji, magistrska naloga, 2002, Ljubljana.
94. Šinkovec, Janez, Tratar, Boštjan, Obligacijski zakonik : s komentarjem in sodno prakso, Lesce : Oziris, 2001, str 74-77.
95. Šoltes, Igor, Kritični pogled na ureditev in revidiranje javnih naročil, v Ivan Turk, Zbornik referatov: 39. simpozij o sodobnih metodah v računovodstvu, financah in reviziji, Portorož, 18. – 20. april 2007; 89 – 105, Zveza ekonomistov Slovenije in Zveza računovodij, finančnikov in revizorjev Slovenije, 2007, Ljubljana.
96. Šoltes, Igor, Pomen in vloga sistema javnih naročil pri delovanju države, doktorska disertacija, Fakulteta za družbene vede, 2008, Ljubljana.

97. Šoltes, Igor, Sistem javnih naročil kot del horizontalne odgovornosti, v Haček Miro in Zajc Drago: Slovenija v EU: zmožnosti in priložnosti, str. 265 – 285, Fakulteta za družbene vede, 2005, Ljubljana.
98. Šturm, Lovro, Pomen načela sorazmernosti za javno upravo, 1. strokovno srečanje pravnikov s področja javnega prava, Brdo pri Kranju, 28. in 29. november 1995. - Inštitut za javno upravo - Izobraževanje in usposabljanje v javni upravi, ISSN 1408-0427 ; 1995, 1). - Št.1 (1995) str. 207-246.
99. Teršek, Andraž, Načelo sorazmernosti kot splošno pravno načelo - v teoriji prava in v primerjalnem javnem pravu, PP. - ISSN 0352-0730. - Leto 19, 35 (14. dec. 2000), str. 36-37.
100. Trpin, Gorazd, Gospodarske javne službe, Podjetje in delo, številka 7, 2004, str. 1376.
101. Trpin, Gorazd, Javna uprava in Evropska unija, Primath, 2004. - ISBN 961-6431-10-2. - Str. 599-610.
102. Trpin, Gorazd, Javni zavodi in javno zasebno partnerstvo, Nebra, 2007. - Str. 1-13.
103. Trpin, Gorazd, Načelo odprtosti javne uprave, Javna uprava. - ISSN 1318-2277. - Letnik 36, št. 4, 2000, str. 409-417.
104. Trpin, Gorazd, Smeri razvoja sodobnih upravnih sistemov, Vestnik Inštituta za javno upravo. Letnik 25, št. 1/2 1989, str. 5-27.
105. Zabel, Bojan, Tržno pravno, Teorija in praksa pravnega urejanja trga, Gospodarski vestnik, 1999, Ljubljana.
106. Zabel, Bojan, Zakon o javnih naročilih s komentarjem, Gospodarski vestnik, 1997, Ljubljana.
107. Zupanc, Marko, Doktrina in-house na področju javnega naročanja, Pravna praksa, ISSN 0352-0730. - Letn. 27, št. 2, (17. jan. 2008), pril. str. II-VII.

7.3. Dokumentacija

108. <http://www.gov.si/dkom/util/bin.php?id=2007021507523061>. Z dne 25.4.2007 (Letno poročilo Državne revizijske komisije za leto 2006).
109. <http://www.ujp.gov.si/dokumenti/dokument.asp?id=12>, Seznam neposrednih in posrednih proračunskih uporabnikov. Z dne 29.2.2008.
110. <http://www.hm-treasury.gov.uk/mediastore/otherfiles/PPP2000.pdf> . Z dne 17.6.2008

111. <http://www2.ihis.aau.dk/~pmadsen/purchase.htm> Is Culture a Major Barrier to a Single European Market? The Case of Public Purchasing, Poul Thøis Madsen. Z dne 17.6.2008.
112. http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/INF.2.pdf , United Nations Convention against Corruption: implementing procurement-related aspects. Z dne 17.6.2008.
113. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTPUBLICSECTOR/ANDGOVERNANCE/EXTANTICORRUPTION/0,,contentMDK:21540659~menuPK:384461~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:384455,00.html>, poročilo Svetovne banke o korupciji. Z dne 17.6.2008.
114. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html. , Model zakona o javnih naročilih z vključenimi protikorupcijskimi normami. Z dne 17.6.2008.
115. <http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp> , Good Governance. Z dne 17.6.2008.
116. http://www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Zunanja_politika/Mednarodnepak_t_drzavljskih_politicnih_pravicah.pdf , Mednarodni pakt o državljskih pravicah OZN. Z dne 17.6.2008.
117. <http://www.varuh-rs.si/index.php?id=108> , Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Z dne 17.6.2008.
118. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005D0370:SL:HTML> , Sklep sveta z dne 17. februarja 2005 o sklenitvi Konvencije o dostopu do informacij, udeležbi javnosti pri odločanju in dostopu do pravnega varstva v okoljskih zadevah, v imenu Evropske skupnosti. Z dne 17.6.2008.
119. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf , A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future. Z dne 17.6.2008.
120. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sl/oj/2006/ce321/ce32120061229sl00010331.pdf>, Prečiščeni različici pogodbe o evropski uniji in pogodbe o ustanovitvi evropske skupnosti. Z dne 17.6.2008.
121. http://www.dz-rs.si/fileadmin/dz.gov.si/pageuploads/DZ/PDF_datoteke/ProtokolIOporabiNacelSubIn

- [Soraz.pdf](#) , Protokol o uporabi načel subsidiarnosti in sorazmernosti. Z dne 17.6.2008.
122. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:SL:PDF> , RAZLAGALNO SPOROČILO KOMISIJE o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih. Z dne 17.6.2008.
123. http://secretariat.efta.int/Web/EuropeanEconomicArea/eeacomment/EEA_EFTA_Comments_on_Green_Paper_on_Public-Private_Partnerships.pdf , EEA EFTA Comments on the Green paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (com(2004) 327 final). Z dne 17.6.2008.
124. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/ppp-report_en.pdf , Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions. Z dne 17.6.2008.
125. <http://www.epsu.org/IMG/pdf/PSIRUonECPPPGP2.pdf> , PPPs: a critique of the Green Paper. Z dne 17.6.2008.
126. http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/update/strategy/index.htm , Internal Market Strategy Priorities 2003 – 2006. Communication From The Commission May 2003. Z dne 17.6.2008.
127. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/pppguide.htm , Guide to Successful Public-Private Partnerships . DG Regio March 2003. Z dne 17.6.2008.
128. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/pppguide.htm , Resource Book On PPP Case Studies. DG Regio June 2004. Z dne 17.6.2008.
129. <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=STAT/04/18&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> , New decision of Eurostat on deficit and debt Treatment of public-private partnerships 11/02/2004. Z dne 17.6.2008.
130. http://europa.eu.int/comm/transport/themes/network/doc/com_2003_0132_en.pdf , Developing the trans-European transport network: Innovative funding solutions; Interoperability of electronic toll collection systems: Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the widespread introduction and interoperability of electronic road toll systems in the Community. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Brussels, 23.4.2003. COM(2003) 132 final 2003/0081 (COD). Z dne 17.6.2008.

131. http://www.pwcglobal.com/ie/eng/about/svcs/corp_finance/pwc_ppp04.pdf ;
an executive summary is at
[http://www.pwcglobal.com/Extweb/service.nsf/docid/6FDD654BE69A4B3385256BDC00527C30/\\$file/pwc_PPP_Exec_Summ.pdf](http://www.pwcglobal.com/Extweb/service.nsf/docid/6FDD654BE69A4B3385256BDC00527C30/$file/pwc_PPP_Exec_Summ.pdf) , Developing Public Private Partnerships in New Europe. PriceWaterhouseCoopers. May 2004 . Z dne 17.6.2008.
132. <http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.htm>, International Monetary Fund Public-Private Partnerships March 12, 2004 p.14, 36 and 38. Z dne 17.6.2008.
133. http://europa.eu.int/comm/economy_finance/publications/european_economy/2003/ee303en.pdf , European Economy No 3 / 2003 Issn 0379-0991 European Commission Directorate-General For Economic And Financial Affairs. Public finances in EMU 2003. Z dne 17.6.2008.
134. <http://www.catalystforum.org.uk/pdf/ppp.pdf> , Paying the cost? Public Private Partnerships and the public service workforce. By Sanjiv Sachdev. June 2004. Catalyst. Z dne 17.6.2008.
135. http://www.sciencedirect.com/science?_ob=JournalURL&_cdi=12893&_auth=y&_acct=C000027518&_version=1&_urlVersion=0&_userid=634187&md5=c5218be5e9f78f1fd27ddb01b951c843T ,Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence David Parker and Keith Hartley Journal of Purchasing and Supply Management Volume 9, Issue 3 , May 2003, Pages 97-108. Z dne 17.6.2008.
136. http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/pppresourcebook.pdf , Resource Book on PPP Case Studies. Z dne 17.6.2008.
137. http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_links.cfm .
138. http://www.mf.gov.si/slov/javnar/ANALIZA_JZP_VladaMAJ08.pdf , Poročilo o sklenjenih oblikah javno-zasebnega partnerstva v Republiki Sloveniji do 30.4.2007. Z dne 17.6.2008.
139. http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/7/PFI_604a.pdf , PFI: meeting the investment challenge, July 2003. Z dne 17.6.2008.
140. http://www.hm-treasury.gov.uk/media/7/F/bud06_pfi_618.pdf , PFI: Strengthening long-term partnerships. Z dne 17.6.2008.
141. http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/n264-02.pdf , London Underground Public Private Partnership. Z dne 17.6.2008.

142. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/698&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> , Public-Private Partnerships – Options to ensure effective competition, Charlie McCREEVY. Z dne 17.6.2008.
143. http://www.epsu.org/IMG/pdf/EPsu_initial_response.pdf , Initial response to the Green Paper on PPPs and Community law on public contracts and concessions. Z dne 17.6.2008.
144. http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_2004_0326_en01.pdf , Report on the Public Consultation on the Green Paper on Services of General Interest. Z dne 17.6.2008.
145. http://ec.europa.eu/services_general_interest/white_en.htm , Z dne 17.6.2008.
146. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sl/com/2004/com2004_0374sl01.pdf , SPOROČILO KOMISIJE EVROPSKEMU PARLAMENTU, SVETU, EVROPSKEMU EKONOMSKO-SOCIALNEMU ODBORU IN ODBORU REGIJ, Bela knjiga o storitvah splošnega pomena. Z dne 17.6.2008.
147. http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0609_ppp_localfield_en.pdf , Special Regime For Public-Private Partnerships with Limited Local Field of Activity. Z dne 17.6.2008.
148. <http://www.dz-rs.si/index.php?id=374&o=220&unid=PUB|3A62BD102BFC3FD7C12572220036F904> , POROČILO k predlogu zakona o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev (ZJNVETPS) - druga obravnava. Z dne 17.6.2008.
149. <http://www.dz-rs.si/index.php?id=374&o=220&unid=PUB|4516E20C0EC141CBC1257222004E3764> , POROČILO k predlogu zakona o javnem naročanju (ZJN-2) (druga obravnava). Z dne 17.6.2008.
150. http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/615/615309/615309sl.pdf , Delovni dokument o Zeleni knjigi Komisije o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij Odbor za notranji trg in varstvo potrošnikov. Z dne 17.6.2008.
151. http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pa/568/568819/568819sl.pdf , OSNUTEK MNENJA Odbora za promet in turizem za Odbor za ekonomske in monetarne zadeve glede Zelene knjige Komisije o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaje Skupnosti o javnih naročilih in koncesijah (KOM(2004)0327 – 2005/2018(INI)). Z dne 17.6.2008.

152. http://www.hm-treasury.gov.uk/media/4EA/89/government_procurement_pu147.pdf , Transforming Government Procurement. Z dne 17.6.2008.
153. http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_index.cfm, VfM, standardised PFI contracts, project list (all financial data). Z dne 17.6.2008.
154. <http://www.merseygateway.co.uk/> , Mersey Gateway Bridge. Z dne 17.6.2008.
155. <http://www.persona.uk.com/thamesgateway/> , TGB Public Enquiry. Z dne 17.6.2008.
156. <http://www.tfl.gov.uk/corporate/projectsandschemes/networkandservices/thamesgateway/2203.aspx> , Thames Gateway Bridge. Z dne 17.6.2008.
157. <http://www.partnershipsuk.org.uk/index.asp> , Partnerships UK. Z dne 17.6.2008.
158. <http://www.skupnostobcin.si/Aktualno/pdf/zakon-javno-narocanje.pdf> , Predlog Zakona o javnem naročanju ZJN-2. Z dne 17.6.2008.
159. http://aei.pitt.edu/1113/01/internal_market_wp_COM_85_310.pdf, Completing the internal market, White Paper from the Commission, to the European Council (Milan , 28-29 June 1985), Z dne 17.6.2008.
160. <http://ted.europa.eu/> z dne 05.03.2008. Tender Electronic Daily. Z dne 17.6.2008
161. <http://www.dkom.si/#> z dne 05.03.2008. Odločitve državne revizijske komisije RS. Z dne 17.6.2008
162. <http://www.enarocanje.si/?podrocje=portal> z dne 05.03.2008. Portal javnih naročil v RS. Z dne 17.6.2008
163. http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/03-04/0304644.pdf , Are the Public Private Partnerships likely to work successfully? REPORT BY THE COMPTROLLER AND AUDITOR GENERAL HC 644 Session 2003-2004: 17 June 2004. Z dne 17.6.2008.
164. http://www.gov.si/mf/slov/javnar/letna_porocila.htm#1 z dne 25.04.2007 (Skupna poročila o oddanih javnih naročilih in Letna poročila Urada za javna naročila)
165. <http://www.4ps.gov.uk/> , 4ps. Z dne 17.6.2008.
166. <http://www.nao.org.uk/> , National Audit Office. Z dne 17.6.2008.
167. <http://www.gov.si/dkom/?lng=slo&vie=cnt&gr1=letPor> z dne 25.04.2007