

NAROČNIKI:

**Občine Dolenjske Toplice, Gorenja vas-Poljane, Loški Potok, Semič, Velike
Lašče, Vitanje in Železniki**

zanje:

Občina Vitanje

Grajski trg 1

3205 Vitanje

g. Srečko Fijavž

PRAVNO MNENJE:

**»Prenos pogodb o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega
omrežja elektronskih komunikacij«**

KRAJ: | Ljubljana

DATUM: | 17.10.2016

Spoštovani,

v nadaljevanju vam podajamo pravno mnenje v zvezi z vprašanjem ali je v skladu s slovenskim pravnim redom mogoče prenesti pogodbe o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij, ki so bile sklenjene med različnimi javnimi partnerji, občinami, ter zasebnim partnerjem na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno- zasebnega partnerstva, na tretji gospodarski subjekt, ki bi v pogodbeni odnos vstopil namesto dosedanjega zasebnega partnerja.

VSEBINA

1. SPLOŠNO	3
1.1. OPIS DEJANSKEGA STANJA IN PRAVNO VPRAŠANJE	3
1.2. UPORABLJENI PRAVNI PREDPISI	4
2. PRAVNO MNENJE	4
2.1. POJEM IN OBLIKE JZP	4
2.2. OBLIKA JZP in UPOŠTEVNI PREDPISI	5
2.3. ODDAJA PRAVNIH POSLOV TRETJIM OSEBAM	7
2.4. PRENOS POGODBE PO ZAKONU O JAVNEM NAROČANJU	7
2.4.1. Izvajalca, ki mu je naročnik prvotno oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec	8
2.5. ZAKONITE MOŽNOSTI PRENOSA POGODBE	9
2.5.1. Izčlenitev	9
2.5.2. Pogoji, ki morajo biti izpolnjeni za spremembo pogodbe	10
2.6. POSTOPEK IZVEDBE SPREMEMBE POGODBE	11

1. SPLOŠNO

1.1. OPIS DEJANSKEGA STANJA IN PRAVNO VPRAŠANJE

Republika Slovenija, Ministrstvo za gospodarstvo (v nadaljevanju: MG) je v letu 2008 objavilo javni razpis za pridobitev sredstev Evropskega sklada za regionalni razvoj – ESRR; 2. RAZVOJNA PRIORITETA: Gospodarsko-razvojna infrastruktura; Prednostna usmeritev: 2.2. Informacijska družba, za projekt gradnje, upravljanja in vzdrževanja odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij v lokalni skupnosti (v nadaljevanju: razpis). Realizacijo razpisa je kasneje prevzelo Ministrstvo za visoko šolstvo, znanost in tehnologijo. Namen javnega razpisa je bilo sofinanciranje gradnje odprtih širokopasovnih omrežij elektronskih komunikacij v lokalnih skupnostih na območjih belih lis, kjer je bil izkazan neobstoj komercialnega interesa za gradnjo omrežja. Na javni razpis so se lahko prijavile lokalne skupnosti (v nadaljevanju tudi: občine). Na podlagi tega razpisa so občine izvedle javne razpise za gradnjo odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij ter za upravljanje in vzdrževanje odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij, v katerih so izbrale zasebnega partnerja za sodelovanje na projektu. Občine so z izbranim zasebnim partnerjem nato pripravile projekt in vlogo na razpis ter jih oddale na MG, ki je od vseh prispelih vlog izbralo in potrdilo projekte z največjim številom pridobljenih točk. Cilj javnega razpisa izgradnje odprtega širokopasovnega omrežja v lokalni skupnosti je bila izgradnja odprtega širokopasovnega omrežja na tistih območjih lokalne skupnosti, kjer široko omrežje še ni bilo zgrajeno in kjer ni bilo tržnega interesa za gradnjo takega omrežja.

Sedem občin in sicer občine Dolenjske Toplice, Gorenja vas-Poljane, Loški Potok, Semič, Velike Lašče, Vitanje in Železniki je pogodbe o gradnji odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij ter pogodbe o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenilo z zasebnim partnerjem Tritel d.o.o. (v nadaljevanju: zasebni parter).

S pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij se je zasebni parter zavezal, da bo zgrajeno odprto širokopasovno omrežje upravljal in vzdrževal 30 let po podpisu pogodbe upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij.

Pred pretekom tega obdobja se zasebni parter s tretjim gospodarskim subjektom, družbo GVO d.o.o. (v nadaljevanju: GVO d.o.o.) dogovarja za nakup distribucijskih delov omrežij in zgrajenih priključkov ter pripadajočih koncesij v vseh sedmih zgoraj omenjenih občinah, kar bi *de facto* pomenilo spremembo zasebnega parterja pri upravljanju in vzdrževanju omrežja, saj bi to storitev namesto izbranega zasebnega parterja prevzela neka nova družba. Zasebni partner namerava z izčlenitvijo ustanoviti novo družbo in nanjo prenesti dejavnosti, ki so predmet pogodb z občinami, nato pa poslovni delež v tej novoustanovljeni družbi prodati GVO d.o.o.

Naročniki pravnega mnenja želijo odgovor na vprašanje ali je takšen prenos pogodbe o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij ter posledični prenos izvajanja upravljanja in vzdrževanja širokopasovnega omrežja skladen z veljavnimi predpisi.

1.2. UPORABLJENI PRAVNI PREDPISI

Pri sestavi tega mnenja so bili med drugim upoštevani naslednji predpisi in pravni viri:

- Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (ZJZP, Ur.l.RS, št. 127/06);
- Zakon o javnem naročanju (ZJN-3, Ur.l.RS, št. 91/15);
- Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1, Ur.l.RS, št. 65/09, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 82/13 in 55/15);
- Zakon o javnem naročanju (ZJN-2, Ur.l.RS, št. 128/06 in vse spremembe);
- Zakon o elektronskih komunikacijah (Ur.l.RS, št. 43/04, 129/06).

2. PRAVNO MNENJE

2.1. POJEM IN OBLIKE JZP

Javno-zasebno partnerstvo je posebna oblika sodelovanja med javnim in zasebnim sektorjem, ki se lahko izvaja kot zasebno vlaganje v javne projekte ali javno sofinanciranje zasebnih projektov, ki so v javnem interesu. Za izvedbo takšnega projekta mora obstajati obojestranski interes javnega in zasebnega partnerja, bodisi za vlaganje v izgradnjo, za vzdrževanje, upravljanje določene javne infrastrukture ali za druge projekte v javnem interesu. Projekti javno-zasebnega partnerstva so dolgoročni, porazdelitev tveganj pri izvedbi projekta pa oblikuje obliko javno-zasebnega partnerstva.

ZJZP loči med dvema oblikama izvedbe javno-zasebnega partnerstva in sicer med pogodbenim partnerstvom¹ ter statusnim partnerstvom². **Pogodbeno partnerstvo**, ki se izvaja na podlagi ZJZP, Zakonu o javnem naročanju (ZJN-2) ter v delu tudi po Zakonu o gospodarskih javnih službah (ZGJS) ima lahko **obliko koncesijskega razmerja**³ ali **javnopodjetniškega razmerja**⁴. Statusno partnerstvo, imenovano tudi institucionalno ali equity partnerstvo, ki se izvaja v skladu z ZGJS in Zakonom o javnih financah (ZJF) pa se izvaja bodisi z ustanovitvijo pravne osebe, s prodajo deleža javnega partnerja v javnem podjetju ali drugi osebi javnega ali zasebnega prava, z nakupom deleža v osebi javnega ali zasebnega prava, z dokapitalizacijo ali na drug, primeroma naštetim oblikam pravno in dejansko soroden in primerljiv način⁵.

Pogodbeno javno-zasebno partnerstvo je v praksi pogostejša oblika izvedbe javno-zasebnega partnerstva. Pomeni, da se izvaja brez statusnih vključitev enega partnerja v osebo drugega partnerja, na podlagi pogodbenega razmerja med javnim in zasebnim partnerjem. Pogodbeni stranki po izvedbi ustreznega postopka za izvedbo javno-zasebnega partnerstva skleneta pogodbo, v kateri uredita celoten predmet izvedbe projekta javno-zasebnega partnerstva, pravice in obveznosti javnega in zasebnega partnerja, razloge za prenehanje pogodbe ter način morebitnega prenosa lastninske pravice iz enega partnerja na drugega.

¹ 26. člen ZJZP.

² 96. člen ZJZP.

³ 26. člen ZJZP.

⁴ 26. člen ZJZP.

⁵ 96. člen ZJZP.

Razmejitev med koncesijskim in javnonaročniškim razmerjem je potrebno opredeliti v vsakem posameznem primeru oziroma projektu. Splošno pravilo je, da gre za javnonaročniško razmerje v vseh tistih primerih, ko nosi javni partner večje poslovno tveganje izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva. V takšnih primerih je zasebni partner izvajalec projekta, ki ga v celoti določi javni partner, ki nosi tudi večji poslovni riziko projekta. Zasebni partner lahko sicer financira določena lastna sredstva v takšen projekt javno-zasebnega partnerstva, vendar dobi v zameno enakovredno plačilo oziroma drugo ugodnost, ki finančno predstavlja enakovredno plačilo za vložena sredstva, zaradi česar gre za odplačno razmerje. V primerih izvedbe javnonaročniškega partnerstva se uporabljajo določbe Zakona o javnem naročanju. Razlika med javnonaročniškim javno-zasebnim partnerstvom, ki se izvaja na podlagi ZJZP in javno- naročniške zakonodaje ter med klasičnim javnonaročniškim razmerjem, ki se izvaja na podlagi javnonaročniške zakonodaje je predvsem v stopnji tveganja, ki ga nosi zasebni partner. Pri javnih naročilih ponudnik ne nosi nobenih tveganj, saj so vsa tveganja na naročniku, pri javnonaročniškem javno-zasebnem partnerstvu pa javni partner nosi večino, ne pa vseh tveganj. Nadalje pri javnih naročilih naročnik iz lastnih sredstev financira izvedbo celotnega naročila, pri javnonaročniškem javno-zasebnem partnerstvu pa lahko zasebni partner pridobi plačila tudi od drugih subjektov ali vlaga lastna sredstva.

Pri koncesijskem razmerju, ki je pravno razmerje med državo oziroma samoupravno lokalno skupnostjo, ki nastopa v vlogi koncedenta in pravno ali fizično osebo, ki nastopa v vlogi koncesionarja, pa koncedent podeli koncesionarju posebno ali izključno pravico izvajati gospodarsko javno službo oziroma drugo dejavnost v javnem interesu, kar lahko vključuje tudi zgraditev objektov in naprav, ki so deloma ali v celoti v javnem interesu. Pri takšni obliki javno-zasebnega partnerstva javni partner opredeli, katera tveganja namerava nositi sam, katera tveganja pa bo prenesel na zasebnega partnerja. Zasebni partner izračuna svoj interes in na podlagi tega odda vlogo, v kateri opredeli razmerje med javnimi in zasebnimi vlaganji.

Pri izvedbi postopka izbire zasebnega partnerja je mogoče izbrati samo eno obliko pogodbenega partnerstva, torej bodisi javno naročniško ali koncesijsko javno-zasebno partnerstvo, ne more pa biti eno partnerstvo izvedeno v obeh oblikah. To pomeni, da lahko javni partner podeli bodisi koncesijo gradenj in koncesijo upravljanja bodisi sklene pogodbo na podlagi javno naročniškega JZP, ne more pa pri istem pravnem poslu in istem razpisu narediti obojega.

2.2. OBLIKA JZP in UPOŠTEVNI PREDPISI

Iz pogodb, ki so nam bile predložene ter iz ostale razpoložljive dokumentacije izhaja sledeče:

- da je Občina Vitanje z zasebnim partnerjem pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenila na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno-zasebnega partnerstva;
- da je Občina Dolenjske toplice z zasebnim partnerjem pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenila na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno-zasebnega partnerstva;
- da je Občina Gorenja vas- Poljane z zasebnim partnerjem pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenila na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno-zasebnega partnerstva;

- da je Občina Loški Potok z zasebnim partnerjem pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenila na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno-zasebnega partnerstva;
- da je Občina Semič z zasebnim partnerjem pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenila na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno-zasebnega partnerstva;
- da je Občina Velike Lašče z zasebnim partnerjem pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenila na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno-zasebnega partnerstva;
- da je Občina Železniki z zasebnim partnerjem pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenila na podlagi javnega razpisa za sklenitev koncesijskega javno-zasebnega partnerstva.

Tako pogodbe o gradnji odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij, kakor tudi pogodbe o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij, ki so bile sklenjene z zasebnim partnerjem, **so bile sklenjene na podlagi pravil za javno naročniško javno- zasebno partnerstvo, zaradi česar v zvezi z njimi ne moremo uporabiti nobenih zakonskih določb, ki se nanašajo na koncesije gradenj ali koncesije storitev.** Določbo 24. člena ZJZP, ki določa, da se »pogodbeno partnerstvo izvaja skladno s tem zakonom in Zakonom o javnem naročanju ter/ali zakonom, ki ureja gospodarske javne službe« je treba razlagati na način, da se ustrezna pravna podlaga uporabi glede na izbrano pogodbeno partnerstvo in ne pomeni, da se pri katerikoli obliki izbranega pogodbenega partnerstva uporabita tako Zakon o javnem naročanju, kakor tudi zakon, ki ureja gospodarske javne službe. Uporabi se tisti zakon, ki ga ZJZP predpisuje za posamezno obliko pogodbenega partnerstva. 43. člen ZJZP v prvem odstavku določa, da se »v primerih javnonaročniškega partnerstva se za javni razpis oziroma neposredno sklenitev in izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva ter dodelitev del tretjim osebam uporablja, če ni s tem zakonom drugače določeno, Zakon o javnem naročanju«. Prvi odstavek 47. člena ZJZP pa dodatno razširja uporabo Zakona o javnem naročanju tudi na druge oblike JZP (koncesijsko, statusno) v zvezi z obvestili v zvezi s prehodnimi fazami postopka, javnim razpisom in izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva ter morebitnimi izjemami. Prav tako 62. člen ZJZP določa, da se pravno varstvo zagotavlja v skladu z Zakonom o javnem naročanju in z zakonom, ki ureja revizijo postopkov oddaje javnih naročil ne glede na to ali gre za sklenitev javnonaročniškega javno-zasebnega partnerstva ali pa za koncesije gradenj.

Model lastninske pravice BOT je sicer res določen v okviru 80. člena ZJZP, ki se uporablja za koncesijo gradenj, vendar pa zgolj dejstvo, da je bil uporabljen eden od treh zakonsko predvidenih modelov, ki definirajo model lastninske pravice pri koncesijah gradenj, še ne pomeni, da je šlo pri razpisih v sedmih občinah za koncesijo gradenj. Občine so namreč smiselno uporabile 80. člen ter model lastninske pravice uporabile tudi pri javno naročniškem javno-zasebnem partnerstvu.

2.3. ODDAJA PRAVNIH POSLOV TRETJIM OSEBAM

Ker so bile pogodbe o gradnji odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij in pogodbe o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij sklenjene na podlagi pravil za javno naročniško javno- zasebno partnerstvo, je v zvezi z vprašanjem oddaje pravnih poslov tretjim osebam treba upoštevati 74. člen ZJZP, ki določa:

»(1) *Izvajalec javno-zasebnega partnerstva dejavnosti, ki je predmet javno-zasebnega partnerstva, deloma ali v celoti ne sme prenesti na tretje osebe, **razen če za to predhodno pridobi pisno soglasje javnega partnerja** ali če je to s tem zakonom izrecno predpisano (projektno podjetje, vstop v razmerje).*

(2) *Pri oddaji pravnih poslov tretjim osebah (nakup blaga ...) in prenosu posebnih in izključnih pravic mora izvajalec javno-zasebnega partnerstva ravnati skladno z načelom transparentnosti in nediskriminatornosti na podlagi državljanstva. Izvajalec lahko posebne in izključne pravice prenese na druge izvajalce **le skladno z zakonom** in ob predhodnem soglasju javnega partnerja.*

(3) *Izvajalec javno-zasebnega partnerstva mora v primeru, če izpolnjuje pogoje za javnega naročnika po Zakonu o javnem naročanju, pri oddaji nabave blaga, oddaji storitev in gradenj ter drugih pravnih poslov, ki izpolnjujejo predpostavke javnih naročil, **ravnati v skladu z Zakonom o javnem naročanju.***

(4) *Izvajalec javno-zasebnega partnerstva mora, ne glede na pravni status, določen v prejšnjem odstavku, pri oddaji pravnih poslov tretjim osebam, ki izpolnjujejo predpostavke javnih naročil (na primer subvencionirana gradnja), in pri naročilih na vodnem, energetske, prometnem in poštnem področju (naročnik na področju oskrbe s pitno vodo, odvajanja in čiščenja komunalnih odpadnih in padavinskih voda ...) ravnati skladno z Zakonom o javnem naročanju oziroma Zakonom o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev«.*

Pri prenosu dejavnosti upravljanja in vzdrževanja širokopasovnega omrežja je na podlagi določbe 74. člena ZJZP treba upoštevati (zgolj in samo) pravila Zakona o javnem naročanju, ne pa tudi določb Zakona o gospodarskih javnih službah (ZGJS). Ta zakon se namreč za javno naročniško javno-zasebno partnerstvo ne uporablja.

2.4. PRENOS POGODBE PO ZAKONU O JAVNEM NAROČANJU

Ker je bilo v prejšnji točki pojasnjeno, da se za vprašanje dopustnosti prenosa dejavnosti uporablja določbe Zakona o javnem naročanju, je treba uvodoma odgovoriti na vprašanje, kateri zakon s področja javnega naročanja je treba uporabiti: ali ZJN-2, ki je veljal v času sklenitve pogodb o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij ali ZJN-3, ki velja od 1.4.2016. ZJN-2 vprašanja spremembe pogodbe po njeni sklenitvi ni urejal, ZJN-3 pa je to vprašanje na novo uredil v 95. členu.

95. člen ZJN-3 se uporablja za vse pogodbe, v kolikor do sprememb v zvezi z njimi prihaja v času veljavnosti ZJN-3 in ne zgolj za pogodbe, ki so bile sklenjene na podlagi ZJN-3. 95. člen ZJN-3 je torej mogoče uporabiti tudi za vse pogodbe, ki so bile sklenjene pred pričetkom veljavnosti ZJN-3, v kolikor pride do spremembe v času veljavnosti ZJN-3.

95. člen ZJN-3 ureja pet primerov dovoljenih sprememb pogodbe o izvedbi javnega naročila in sicer:

1. Vnaprej, v pogodbi, določena sprememba;
2. Dodatne gradnje, storitve ali dobave blaga;

3. Nepredvidene okoliščine;
4. **Izvajalca, ki mu je naročnik prvotno oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec;**
5. Nebistvene spremembe.

2.4.1. Izvajalca, ki mu je naročnik prvotno oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec

Za predmetno dejansko stanje pride najbolj v poštevi četrti razlog za dopustno spremembo pogodbe, ki je, da izvajalca, ki mu je naročnik prvotno oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec.

V skladu s četrto točko prvega odstavka 95. člena ZJN-3 lahko naročnik spremeni pogodbo o izvedbi javnega naročila brez izvedbe postopka, če izvajalca, ki mu je naročnik oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec, in sicer **če je zamenjava izvajalca posledica nedvoumne določbe o reviziji ali opcije ali če drug gospodarski subjekt**, ki izpolnjuje prvotno določene pogoje za sodelovanje, standarde za zagotavljanje kakovosti in standarde za okoljsko ravnanje ter zanj ne obstajajo prvotno določeni razlogi za izključitev, **v celoti ali delno nasledi prvotnega izvajalca po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemom, združitvijo, pripojitvijo ali insolventnostjo**, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb javnega naročila in ni namenjeno obidu določb ZJN-3.

Iz sklepnih predlogov generalne pravobranilke v zadevi *presstext Nachrichtenagentur*⁶, ki ji sodba tudi sledi, izhaja, da sprememba izvajalca storitve med trajanjem javnega naročila a priori predpostavlja **bistveno spremembo pogodbe**, saj se izvedba javnega naročila v celoti ali delno zaupa podjetju, ki se mu ni bilo treba izpostaviti konkurenci z drugimi ponudniki in katerega izbira tudi ne temelji na primerjavi z morebitnimi drugimi ponudniki. Takšno ravnanje je nevarno, ker se lahko s tem obide pravo javnih naročil in ker lahko izkrivlja konkurenco na trgu ter daje prednost novemu izvajalcu storitev v primerjavi z drugimi možnimi izvajalci. Iz posebnih okoliščin posameznega primera pa lahko izjemoma izhaja, da spremembe na strani izvajalca storitev ne pomenijo bistvene spremembe pogodbe. Za ponazoritev tega sta še posebej primerni dve skupini primerov: **prva skupina zajema vključitev podizvajalcev s strani pogodbene stranke javnega naročnika**. Da krog možnih izvajalcev storitev ne bi bil preveč zaprt, direktiva 92/50 za javnega naročnika predvideva izrecno možnost, da dopusti oddajo posameznih podnaročil tretjim osebam. Za to skupino primerov je značilno, da glavni izvajalec tudi po oddaji podnaročila v celoti nosi popolno pogodbeno odgovornost za izvedbo naročila storitve ali je zanj soodgovoren. Druga skupina primerov zajema **organizacijske spremembe izključno interne narave na strani pogodbene stranke javnega naročnika**. K temu lahko sodi tudi vključitev ene od njenih hčerinskih družb v izvedbo pogodbe. Kako tesna mora biti pri tem povezava izvajalca storitve z njegovo hčerinsko družbo, v obravnavanem primeru ni treba podrobneje pojasniti. V vsakem primeru so namreč zajete hčerinske družbe, ki jih izvajalec storitve obvladuje podobno kot lastne poslovne enote. Vključitev hčerinske družbe v izvedbo pogodbe je v tem primeru podobna poslu *in-house* na strani izvajalca storitve, s čimer se pogoji za izvedbo javnega naročila, vsaj z gospodarskega stališča, bistveno ne spremenijo. Za obe navedeni skupini primerov je gotovo, da sprememba na strani izvajalca storitve ne pomeni izkrivljanja konkurence in bistvene spremembe pogodbe⁷.

Kot možen primer zamenjave izvajalca je lahko tudi situacija, ko v okviru skupine gospodarskih subjektov en partner postane insolventen (gre na primer v stečaj). Prav tako se zdi, da iz te določbe

⁶ C-454/06.

⁷ ZJN-3 s komentarjem, Uradni list RS, Ljubljana, 2016.

izhaja tudi možnost, da lahko konzorcij oziroma skupina ponudnikov nadaljuje posel, tudi če en član konzorcija izstopi iz drugega razloga, kot na primer stečaja. Pri tem mora seveda preostali del konzorcija še vedno izpolnjevati vse pogoje za sodelovanje, to pa bo v praksi verjetno večkrat težko izvedljivo.⁸

2.5. ZAKONITE MOŽNOSTI PRENOSA POGODBE

Na podlagi zgoraj omenjene zakonske dikcije četrte točke prvega odstavka 95. člena ZJN-3 se pogodba lahko prenese na novega izvajalca naročila brez izvedbe postopka, če izvajalca, ki mu je naročnik oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec **v celoti ali delno nasledil prvotnega izvajalca** po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemom, združitvijo, pripojitvijo ali insolventnostjo, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb javnega naročila in ni namenjeno obidu določb ZJN-3.

Gre za možnosti statusnega prestrukturiranja, pri čemer ZJN-3 eksplicitno omenja možnost delnega nasledstva in ne zahteva, da gre za celotno nasledstvo. ZJN-3 zahteva zgolj to, da gre za statusno prestrukturiranje, kar pomeni, da je nov subjekt univerzalni pravni naslednik starega subjekta. Če se to univerzalno pravno nasledstvo nanaša zgolj na del dejavnosti, gre za delno nasledstvo, če pa se nanaša na celotno dejavnost, gre za univerzalno pravno nasledstvo v celoti.

2.5.1. Izčlenitev

623. člen ZGD-1 določa, da se kapitalske družbe, med katere sodijo tudi d.o.o.-ji lahko delijo »z razdelitvijo, oddelitvijo ali *izčlenitvijo*. *Izčlenitev se opravi s prenosom vseh ali posameznih delov premoženja prenosne družbe, ki z izčlenitvijo ne preneha, na:*

- *nove družbe, ki se ustanovijo zaradi izčlenitve (izčlenitev z ustanovitvijo novih družb), ali*
- *prevzemne družbe (izčlenitev s prevzemom). Z delitvijo preide na novo ali prevzemno družbo del premoženja prenosne družbe, določen z delitvenim načrtom, ter pravice in obveznosti prenosne družbe v zvezi s tem premoženjem. Nova ali prevzemna družba kot univerzalni pravni naslednik vstopi v vsa pravna razmerja v zvezi s tem premoženjem, katerih subjekt je bila prenosna družba.*

Novela ZGD-1B⁹ je razširila pravne možnosti delitev gospodarskih družb. Vsem trem vrstam delitev je skupen prenos premoženja s prenosne družbe na novo ali prevzemno družbo, ki kot **univerzalni pravni naslednik** vstopa v vsa pravna razmerja v zvezi s prejetim premoženjem. V nasprotju z razdelitvijo in oddelitvijo, kjer nova/prevzemna družba zagotavlja deleže družbenikom prenosne/prevzete družbe, pa se ob izčlenitvi deleži nove ali prevzemne družbe zagotavljajo prenosni družbi, in ne njenim družbenikom. Izčlenitev ima tako naravo dvostranskega razmerja med prenosno družbo in novo/ prevzemno družbo, ki prejme premoženje v zameno za zagotovitev deležev. Izčlenitev v ničemer ne vpliva na kapitalska razmerja družbenikov prenosne družbe, ki ostajajo enaka.

⁸ Treumer: Contract Changes and the Duty to retender Under the New EU Public Procurement Directive, v: Public Procurement Law Review (2014), str. 154.

⁹ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1B, UL št. 68/2008).

Za prenosno družbo je torej predvsem značilna sprememba njene aktive, saj preneseno premoženje zamenjajo deleži nove ali prevzemne družbe. **Izčlenitev tako pomeni pravno možnost dokapitalizacije ali ustanavljanja hčerinskih družb z univerzalnim pravnim nasledstvom.**

V zvezi s prenesenim premoženjem je treba poudariti, da lahko prenosna družba v primeru izčlenitve prenese le del (kateregakoli) svojega premoženja v smislu sredstev in obveznosti. ZGD-1 sicer navaja, da lahko prenosna družba prenese tudi svoje celotno premoženje, vendar pa takšen prenos *de facto* ni mogoč, saj bi v takšnem primeru prenosna družba prenehala obstajati kot pravna oseba.

Izčlenitev tako predstavlja enega od razlogov za spremembo sklenjen pogodbe iz četrte točke prvega odstavka 95. člena ZJN-3, po katerem lahko prvotnega izvajalca zamenja nov izvajalec kot posledica nasledstva prvotnega izvajalca po prestrukturiranju podjetja.

2.5.2. Pogoji, ki morajo biti izpolnjeni za spremembo pogodbe

Zgoraj omenjeni 95. člen ZJN-3 ureja spremembo pogodb o izvedbi javnih naročil med njihovo veljavnostjo in predvideva vnaprej določene primere, v katerih se lahko pogodba spremeni brez novega postopka javnega naročanja.

Vendar pa četrta točka prvega odstavka 95. člena ZJN-3, po katerem lahko prvotnega izvajalca zamenja nov izvajalec kot posledica nasledstva prvotnega izvajalca po prestrukturiranju podjetja določa določene dodatne pogoje, ki morajo biti izpolnjeni pri novem pogodbenem partnerju, s katerim se sklepa pogodba. Drug gospodarski subjekt mora tako izpolnjevati prvotno določene pogoje za sodelovanje, standarde za zagotavljanje kakovosti in standarde za okoljsko ravnanje ter zanj ne obstajajo prvotno določeni razlogi za izključitev.

V fazi izvedbe prvotnih postopkov javno-zasebnega partnerstva takrat veljavni ZJN-2 še ni določal pojma »razlogi za izključitev«, temveč je poznal zgolj pogoje za priznanje sposobnosti. Navedeno zakonsko določbo je zato treba razumeti v smislu, da se pri novem subjektu preveri vse obvezne pogoje za priznanje sposobnosti in sicer plačilo davkov, nekaznovanost ter ne uvrstitev v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami.

Vsem občinam zato svetujemo, da od novega gospodarskega subjekta pred sklenitvijo pogodbo zahtevajo:

- dokazilo o plačanih davkih na dan vpisa izčlenitve v sodni register;
- dokazilo o nekaznovanosti novega gospodarskega subjekta in njegovih zakonitih zastopnikov na dan vpisa izčlenitve v sodni register;
- izjavo, da nov gospodarski subjekt na dan vpisa izčlenitve v sodni register ni uvrščen v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami;
- izjavo novega gospodarskega subjekta, da na dan vpisa izčlenitve v sodni register izpolnjuje vse ostale pogoje, ki so bili določeni v razpisnih dokumentacijah posamezne občine (v zvezi s tem je v času izvedbe razpisa veljal tudi tretji odstavek 44. in 45. člena ZJN-2, na podlagi katerega se je lahko ponudnik skliceval tudi na kapacitete drugih gospodarskih subjektov).

Navedenega izjave in dokazila morajo občine pridobiti pred sklenitvijo spremembe pogodbe.

Čeprav bo na podlagi izčlenitve ustanovljena nova družba, ki že zaradi časovnih okvirov na primer ne more biti kaznovana za kazniva dejanja in ne more biti uvrščena v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami, saj oba takšna postopka do pravnomočnosti trajata več let, ZJN-3 ne ločuje med novoustanovljenimi in ostalimi subjekti, zaradi česar morajo občine formalnosti zadostiti. Podatke o plačanih davkih lahko naročniki prejmejo na podlagi vloge naročnika za pridobitev podatkov o izpolnjevanju davčnih obveznosti kandidata ali ponudnika v postopku javnega naročanja, ki je dostopna na spletni strani <http://www.djn.mju.gov.si/index.php?t=news&id=59&l=sj>, podatke o nekaznovanosti se pridobi pri Ministrstvu za pravosodje, Direktorat za pravosodno upravo, Sektor za izvrševanje kazenskih sankcij, Župančičeva 3, 1000 Ljubljana, neuvrščena v evidenco gospodarskih subjektov z negativnimi referencami pa se preveri na spletni strani <http://www.djn.mju.gov.si/narocniki/seznam-ponudnikov-z-negativnimi-referencami>.

Občinam pa ni treba objavljati obvestila o spremembi pogodbe o izvedbi javnega naročila, saj tretji odstavek 95. člena ZJN-3 določa, da se to obvestilo objavi samo s strani naročnika, ki spremeni pogodbo o izvedbi javnega naročila v primeru iz 2. ali 3. točke prvega odstavka 95. člena.

2.6. POSTOPEK IZVEDBE SPREMEMBE POGODBE

Na podlagi vseh zapisanih dejstev, vam v nadaljevanju podajamo okvirni potek aktivnosti, ki jih morajo izvesti občine, če želijo zamenjati pogodbenega partnerja na podlagi izčlenitve:

- sklenitev pisma o nameri med obstoječim zasebnim partnerjem, novoustanovljeno družbo ter vsako posamezno občino (vsaka občina naj sklene svoje pismo o nameri), iz katere bo razvidno, da se občina strinja s spremembo pogodbe, v kolikor bodo izpolnjeni pogoji, navedeni v tč. 2.5. tega pravnega mnenja;
- preverjanje izpolnjevanja pogojev, navedenih v tč. 2.5. tega pravnega mnenja (ni potrebe, da vsaka občina posebej naredi preverbo, to lahko naredi ena občina in z rezultati preverbe seznanijo vse ostale občine. Mora pa vsaka občina posebej dobiti potrdila o izpolnjevanju pogojev in lastne izjave novega gospodarskega subjekta);
- sklenitev nove pogodbe o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij, ki jo vsaka občina posebej sklene z novim gospodarskim subjektom, na katerega je bila dejavnost prenesena z izčlenitvijo;

Nova pogodba je lahko tripartitna, sklenjena med obstoječim zasebnim partnerjem, novim gospodarskim subjektom in posamezno občino ali pa dvopartitna, sklenjena med novim gospodarskim subjektom in posamezno občino.

Svetujemo vam, da sklenete novo pogodbo in ne aneksa k obstoječi pogodbi in sicer zato, ker se aneks sklepa med istimi pogodbenimi strankami, v konkretnem primeru pa bo prišlo do menjave pogodbene stranke, zaradi česar je nomotehnično bolj pravilno, da se sklene nova pogodba, v kateri se v uvodnih določbah ugotovi, da zamenjuje staro pogodbo o upravljanju in vzdrževanju odprtega širokopasovnega omrežja elektronskih komunikacij ter se navede razloge za to spremembo.

Novi bodoči družbenih novega gospodarskega subjekta, GVO d.o.o. ne bo udeležen niti pri pismu o nameri niti pri novi pogodbi, saj se prenos poslovnega deleža odvija izključno med obstoječim in novim družbenikom, javni partnerji- občine, pa na ta prenos poslovnega deleža nimajo nikakršnega vpliva in tudi ne morejo vplivati na to ali se bo zares zgodil in kdaj.

Odvetniška družba Potočnik in Prebil o.p., d.o.o.
odvetnica mag. Maja Koršič Potočnik

