

ALI LAHKO NAROČNIK SPREMENI POGODBO MED TEKOM IZVEDBE JAVNEGA NAROČILA?

Namen pravil o javnem naročanju je zagotovitev enakega obravnavanja in odprte konkurence v Evropski uniji, kar pomeni, da naročnik nima nujno proste diskrecije za spremembo veljavnih pogodb, čeprav sta tako možnost z izbranim ponudnikom vključila v pogodbo. Pogosto zanemarjena posledica, ki lahko nastane s tem, ko bi stranki spremenili pogodbo, sklenjeno na podlagi izvedenega postopka javnega naročanja, je dejstvo, da lahko take spremembe pomenijo tudi nezakonito državno pomoč.

Direktive o javnih naročilih ne vsebujejo določb, ki bi neposredno posegale v pogodbe, sklenjene na podlagi postopkov o izvedbi javnih naročil, kar bi lahko dajalo vtis, da pravila javnega naročanja v pogodbeno fazo ne posegajo. Členi 31 (2) (b) in 31 (4) (a), 6 direktive 2004/18/EC dovoljuje, v kolikor so izpolnjeni določeni pogoji, izvedbo postopka s pogajanjem brez predhodne objave, v povezavi z nakupom dodatnih izdelkov, storitev ali gradenj, ki niso bile zajete v obstoječi pogodbi. To pomeni, da sprememba obstoječe pogodbe lahko zahteva nov postopek oddaje javnega naročila. V nasprotnem primeru namreč določbe členov 31 (2) (b) in 31 (4) (a), ne bi bile potrebne. Glede na sodno prakso Sodišča EU so bila pred uveljavitvijo Zakona o javnem naročanju (v nadaljevanju ZJN-3) sprejeta različna pravna stališča glede zadevne problematike¹. Eno od stališč je bilo, da se sprememba pogodbe v času njene veljavnosti lahko šteje za bistveno, če ta uvaja pogoje, ki bi, če bi bili prisotni v postopku prvotne oddaje, omogočali vstop drugim ponudnikom kot tistim, ki so bili prvotno sprejeti, ali bi omogočali izbiro druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno sprejeta². Drugo stališče je določalo, da so spremembe določb pogodbe o izvedbi javnega naročila novo javno naročilo, če so bistveno drugačne od določb prvotnega naročila in zato izkazujejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih pogojev tega naročila³. Sprememba prvotnega naročila se lahko prav tako šteje za bistveno in zato za novo oddajo naročila, če močno razširi naročilo na storitve, ki v prvotnem naročilu niso bile predvidene⁴.

¹ Mužina A., Spremembe pogodb o izvedbi javnih naročil med njihovo veljavnostjo, 17. konferenca Dnevi javnih naročil, ZJN-3 je v veljavi!, Portorož 7. in 8. april 2016, Agencija za management Ljubljana, str. 153-157.

² C-91/08, Wall AG proti Mestu Frankfurt na Majni.

³ C-454/06, Priesstext Nachrichtenagentur GmbH proti Republiki Avstriji.

⁴ C-337/98 Komisija proti Franciji.

Spremembe pogodbenega razmerja brez novega javnega naročila

Sprememba pogodbenega razmerja v skladu z 95.členom ZJN-3 je mogoča brez novega postopka javnega naročanja samo v petih primerih⁵. Prvi razlog, v primeru katerega ZJN-3 dopušča spremembo pogodbe je primer, ko je sprememba, ne glede na njeno denarno vrednost, predvidena v prvotni dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila v jasnih, natančnih in nedvoumnih določbah o reviziji, ki lahko vključujejo določbe o reviziji cen, ali opcijah⁶. V takih določbah morajo biti navedeni obseg in vrsta možnih sprememb ali opcij ter pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo, ne smejo pa biti predvidene spremembe ali opcije, ki bi spremenile splošno naravo pogodbe o izvedbi javnega naročila ali okvirnega sporazuma⁷. Primeri vnaprej dogovorjenih sprememb so lahko:

- zamuda pri uvedbi v delo,
- višja sila,
- prekinitvev izvajanja del na zahtevo naročnika,
- prekinitvev izvajanja po volji izvajalca iz razlogov naročnika,
- vremenske razmere,
- naročnik ne izpolnjuje pogojev,
- naročnik naroči dodatna dela ali spremembo izvedbe,
- nepričakovane fizične razmere na gradbišču,
- arheološke najdbe,
- zaustavitve del zaradi neplačila naročnika,
- drugi razlogi, ki niso v sferi izvajalca.

Drugi razlog dovoljuje spremembo pogodbe za dodatne gradnje, storitve ali dobave blaga, ki jih je izvedel prvotni izvajalec, če so potrebne, čeprav niso bile vključene v prvotno naročilo, in sicer če sta hkrati kumulativno izpolnjena dva pogoja⁸: da zamenjava izvajalca ni mogoča iz ekonomskih ali tehničnih razlogov, kot so zahteve glede zamenljivosti ali interoperabilnosti z obstoječo opremo, storitvami ali inštalacijami, naročenimi v okviru prvotnega javnega naročila, ter da bi zamenjava izvajalca naročniku povzročila velike nevšečnosti ali znatno podvajanje stroškov⁹.

⁵ Prebil M., Institut spremembe pogodbe po ZJN-3, 2. dnevi gradbenega prava, 16. in 17. november 2016, kongresni center Thermalna park, Laško, 2016, str. 99-114.

⁶ Kranjc V., Zakon o javnem naročanju ZJN-3 s komentarjem, IUS Software GV založba d.o.o., Ljubljana, 2016, str. 378-380.

⁷ Potočnik Koršič M., Prebil M., Skok Klima U., Priročnik za uporabo javnega naročanja v praksi, Uradni list RS, Ljubljana, 2017, str. 440-442.

⁸ Kranjc V., že navedeno delo, 2016, str. 380-381.

⁹ Potočnik Koršič M., Prebil M., Skok Klima U., že navedeno delo, 2017, str. 443-446.

Tretji razlog dovoljuje spremembo pogodbe v primeru, ko je sprememba potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben naročnik ni mogel predvideti, in sprememba ne spreminja splošne narave javnega naročila¹⁰. Glede na drugi in tretji razlog zvišanje cene ne sme presegati 30 odstotkov vrednosti prvotne pogodbe, kar pomeni, da ta omejitev vrednosti velja za vrednost vseh sprememb skupaj v primeru več sprememb¹¹.

Četrty razlog¹² dovoljuje spremembo pogodbe, 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 v skladu s 1. točko prvega odstavka 95 člena ZJN-3, 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-3¹³.

Peti razlog dovoljuje spremembo pogodbe, če je sprememba nebistvena, in sicer ne glede na njeno vrednost¹⁴. Sprememba pogodbenega razmerja v skladu z ZJN-3 je bistvena¹⁵, če se zaradi te spremembe pogodbeno razmerje znatno razlikuje od prvotno oddanega javnega naročila ali prvotno sklenjenega sporazuma¹⁶. Sprememba pa je vsekakor bistvena, če¹⁷:

- sprememba uvaja pogoje, ki bi, če bi bili del prvotnega postopka javnega naročanja, omogočili udeležbo drugih kandidatov kot tistih, ki so bili prvotno izbrani, ali sprejem druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno izbrana, ali pa bi k sodelovanju v postopku javnega naročanja pritegnili še druge udeležence;
- sprememba spreminja ekonomsko ravnotežje pogodbe o izvedbi javnega naročila ali okvirnega sporazuma v korist izvajalca na način, ki ni bil predviden v prvotni pogodbi ali okvirnem sporazumu;
- zaradi spremembe je znatno razširjen obseg pogodbe o izvedbi javnega naročila ali okvirnega sporazuma;

¹⁰ Kranjc V., že navedeno delo, 2016, str. 381-382.

¹¹ Potočnik Koršič M., Prebil M., Skok Klima U., že navedeno delo, 2017, str. 447-448.

¹² Kranjc V., že navedeno delo, 2016, str. 382-383.

¹³ Potočnik Koršič M., Prebil M., Skok Klima U., že navedeno delo, 2017, str. 448-449.

¹⁴ Mežnar Š., Spremembe pogodb o izvedbi javnega naročila, Kongres javnega naročanja, 5. strokovno srečanje naročnikov in ponudnikov v postopkih javnega naročanja, Portorož 13. in 14. september 2016, Uradni list RS Ljubljana, str. 39-44.

¹⁵ Potočnik Koršič M., Prebil M., Skok Klima U., že navedeno delo, 2017, 450-451.

¹⁶ Kranjc V., že navedeno delo, 2016, str. 383-385.

¹⁷ Bukovec Marovt M, Spremembe gradbene pogodbe po 95. členu ZJN-3 in dodatne nabave, storitve in gradnje brez javnega naročanja, 18. konferenca Dnevi javnih naročil, Ali je ZJN-3 izpolnil naša pričakovanja, Portorož 6. in 7. april 2017, Agencija za management Ljubljana, str. 21-32.

- drug gospodarski subjekt zamenja prvotnega izvajalca v primeru, ki ni naveden v 4. točki prvega odstavka 95. člena ZJN-3.

Spremembe gradbene pogodbe v javnem naročanju

Glede dovoljenega spreminjana pogodbe o izvedbi javnega naročila brez novega postopka javnega naročanja je smiselno izpostaviti posebnosti pogodbe o izvedbi javnega naročila gradnje. Pri gradbeni pogodbi se izvajalec zaveže opraviti določen posel, zgraditi določen objekt oziroma opraviti druga gradbena dela¹⁸. Izvajalčevo izpolnitveno ravnanje značilnosti storitve, to je obligacije rezultata (uspeha). Izvajalec tako dobi pravico do plačila za svoje delo samo, če opravi posel oziroma uresniči naročnikov končni interes, zaradi katerega je bila sklenjena gradbena pogodba. Obligacijski zakonik pri gradbeni pogodbi zaradi kompleksnosti predmeta naročila oziroma gradnje tudi omogoča, da se cena, ki jo sicer dogovorita pogodbeni stranki ob sklenitvi, po dokončanju del lahko spremeni.

Ker pa od sklenitve gradbene pogodbe do njene izpolnitve običajno preteče več časa, v katerem lahko nastanejo različna poslovna tveganja, je treba vnaprej določiti pravila o tem, katera stranka nosi posledice posameznih tveganj, ki se morebiti uresničijo, da se zagotovi nemoteno in normalno napredovanje del¹⁹. Tveganja v zvezi z obsegom del, ki jih je izvajalec dolžan opraviti za dogovorjeno pogodbeno ceno, opredeljujejo pravila o oblikovanju cene, imenovana klavzule o določitvi cene²⁰. Klavzule se razlikujejo predvsem v tem, ali in kdo nosi tveganje v primeru nepredvidenih del oziroma odstopanj dejanskih količin izvedenih del od pogodbeno predvidenih. V obeh primerih pravna teorija pravi, da gre za pogodbeno dela, zaradi česar nov postopek javnega naročila ni potreben. Ker izvajalec del običajno ta dela izvaja na podlagi projektne dokumentacije, je smiselno tudi pojasniti, da je namen slednje v tem, da naročnik pove, kakšen končni rezultat pričakuje. Končni rezultat pa predstavlja predmet pogodbe, za dosego tega rezultata pa so predvidene vrste del in količine, ki predstavljajo podlago za sestavo ponudbene oz. pogodbene cene. Izvedba nepredvidenih del ter več in manj del ne pomeni spreminjanja pogodbene vsebine, lahko pa pomeni spremembo dogovorjene pogodbene cene.

Ceno v gradbeni pogodbi se lahko določi s tremi različnimi klavzulami, in sicer s »ceno na enoto mere«, s »skupaj dogovorjeno ceno« in s klavzulo »ključ v roke«. S klavzulo »cena na enoto mere« stranki določita posamezno mersko enoto, po kateri

¹⁸ Koršič Potočnik M., Furlan M., Sodja V., Veliki gradbenopravni priročnik, Pravna teorija in praksa za investitorje, izvajalce, projektante in nadzornike z dodatkom Posebnih gradbenih uzanc, Uradni list RS d.o.o., Ljubljana, 2018, str.37-39.

¹⁹ Koršič Potočnik M., Priprava kvalitetne gradbene pogodbe, Zbornik 2.dnevi gradbenega prava, Uradni list RS d.o.o., Ljubljana, 2016.

²⁰ Koršič Potočnik M. et al., že navedeno delo, 2018, str. 165-166.

se izračunava ceno²¹. Merska enota je lahko vrsta dela ali pa količina materiala²². Klavzula »skupaj dogovorjena cena« prav tako določa ceno na enoto mere, le da je v tem primeru kot enota, po kateri se izračunava cena, določena neka obsežnejša celota (na primer celoten objekt je enota – če je več objektov, se število objektov pomnoži s ceno enote)²³. Pogodba na ključ je gradbena pogodba, kjer je cena določena s klavzulo »ključ v roke«²⁴. V tem primeru se stranki dogovorita za neki fiksen znesek. V pogodbi določita predmet izpolnitve (gradnjo oziroma gradbeno delo) in ceno, pri čemer dogovorjena cena vključuje stroške za vsa dela. Izvajalec mora za dogovorjeno ceno opraviti vsa predvidena dela, prav tako pa tudi vsa tista dela, ki jih ob sklenitvi pogodbe ni predvidel, a so nujna za dokončanje objekta (presežna in nepredvidena dela), zaradi česar izvajalec pri tej cenovni klavzuli prevzema največje tveganje²⁵.

Sprememba pogodbene cene zaradi nepredvidenih okoliščin (torej t.im. nepredvidena dela) je v skladu z ZJN-3 tako mogoča, saj takšna dela ustrezajo tudi pogojem, ki jih navaja 3. točka prvega odstavka 95. člena, in sicer, da je sprememba potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben naročnik ni mogel predvideti, in sprememba ne spreminja splošne narave javnega naročila. V tem primeru gre za t. i. dodatna dela, poznana tudi pod pojmom pozneje naročena dela, ki niso pogodbena dela, kot so bila prvotno dogovorjena, naročnik pa zahteva, da se izvedejo, vendar zanje, če so izpolnjeni vsi zahtevani pogoji in če vrednost sprememb ne presega 30 odstotkov prvotne pogodbene vrednosti, ni treba izvesti postopka javnega naročila. Naravo takih del imajo tudi spremembe pogodbениh del po naročnikovih zahtevah, npr. spremembe vrste in obsega del zaradi spremembe projekta, spremembe kakovosti materialov in podobno. Ta dela nikoli niso dogovorjena s klavzulo o določitvi cene, temveč vedno predstavljajo povsem nova, dodatna dela²⁶.

Več in manj dela predstavljajo v praksi večje oziroma manjše količine od sicer predvidenih²⁷. V primeru klavzule »ključ v roke« ali imenovane tudi le »cena na ključ« so več in manj dela že zajeta, in se pogodbena cena zaradi izvedbe več oziroma neizvedbe manj del praviloma ne spremeni (enako velja za nepredvidena dela). Pri pogodbени ceni, ki je določena po enoti mere, pa mora naročnik izvajalcu plačati večji znesek, če je bilo potrebno za doseg rezultata izvesti več količin opredeljenih vrst del, ki so bila sicer v popisu opredeljena, torej se morajo ta dela nanašati na tista dela oziroma na tisto izvedbo gradnje ali funkcionalnosti, ki so predmet pogodbe. Ker gre

²¹ Potočnik M., Ali javnonaročniška zakonodaja spreminja obligacijska določila gradbene pogodbe, Pravna praksa št. 42-43/2015.

²² Koršič Potočnik M. et al., že navedeno delo, 2018, str. 150-151.

²³ Koršič Potočnik M. et al., že navedeno delo, 2018, str. 151-152.

²⁴ Koršič Potočnik M. et al., že navedeno delo, 2018, str. 152-155.

²⁵ Sodja V. in Koršič Potočnik M., Razvoj klavzule ključ v roke ter njen pomen v mednarodni poslovni praksi in pri nas, Podjetje in delo, št. 5/2017.

²⁶ Koršič Potočnik M. et al., že navedeno delo, 2018, str. 160-161.

²⁷ Koršič Potočnik M. et al., že navedeno delo, 2018, str. 159-160.

tako pri gradbeni pogodbi, pri kateri je dogovorjena klavzula cena na enoto mere, za situacijo, v kateri je že v času sklenitve pogodbe oziroma že ob objavi javnega naročila znano, da riziko in posledično stroške za večje količine nosil naročnik, je mogoče takšno klavzulo o ceni razumeti kot »spremembo, ki je bila v naprej predvidena«. Za ta primer pa 95. člen ZJN-3 omogoča spremembo pogodbe na podlagi 1. točke prvega odstavka.

Vendar je pri več/manj delih potrebno pojasniti tudi, da je v povezavi s prvim odstavkom 24. člena ZJN-3 v primeru takšne vrste pogodbe potrebno riziko več/manj del upoštevati pri določitvi ocenjene vrednosti. Prvi odstavek 95. člena ZJN-3 v 1. točki sicer spremembe ne pogojuje vrednostno, vendar je upošteva določilo, da predvidene spremembe ali opcije ne smejo biti takšne, ki bi spremenile splošno naravo pogodbe o izvedbi javnega naročila, potrebno tudi v tem primeru ta odstopanja razlagati restriktivno in upoštevati realne rizike več/manj del. V nasprotnem primeru se lahko zgodi, da bi zaradi bistvenih odstopanj v količinah lahko tudi bistveno spremenili splošno naravo pogodbe, sprememba, ki je bistvena, npr. iz razloga, ker je zaradi nje znatno razširjen obseg predmeta naročila, pa namreč ni dovoljena.

Potrebno je upoštevati razliko med spremembo pogodbe na podlagi 2. točke prvega odstavka 95. člena ZJN-3 (dodatna dela) brez izvedbe postopka javnega naročila in petim odstavkom 46. člena ZJN-3 (nove gradnje/storitve, ponovitev podobnih), ki dovoljuje izvedbo postopka s pogajanjem brez predhodne objave. Peti odstavek 46. člena ZJN-3 določa, da lahko naročnik izvede postopek s pogajanjem brez predhodne objave tudi za javno naročilo novih gradenj/storitev, ki pomenijo ponovitev podobnih gradenj/storitev in se oddajo gospodarskemu subjektu, ki mu je naročnik oddal prvotno naročilo, pod pogojem, da so nove gradnje/storitve v skladu z osnovnim projektom in da je bilo prvotno naročilo oddano v postopku, v katerem je naročnik objavil povabilo k sodelovanju. V osnovnem javnem naročilu morajo biti navedeni obseg mogočih dodatnih gradenj ali storitev in pogoji za njihovo oddajo. Naročnik mora v povabilu k sodelovanju za prvotno javno naročilo navesti morebitno uporabo tega postopka in pri izračunu ocenjene vrednosti osnovnega javnega naročila upoštevati tudi skupne ocenjene stroške poznejših gradenj ali storitev²⁸. V določenih primerih lahko to pravilo upoštevamo tudi za dodatne gradnje, vendar morajo te predstavljati ponovitev podobnih. Na podlagi tega postopka ni mogoče oddati dodatnih del, ki nimajo sicer nobene povezave s prvotnim naročilom²⁹. Kadar naročnik uporabi to možnost, lahko takšna dela/storitve

²⁸ npr. pri gradnji telovadnice želi dograditi še en manjši del za hrambo športnih rekvizitov ali pri naročilu storitve čiščenja za dve leti naročnik želi to storitev podaljšati za še eno leto ali v primeru storitve čiščenja šole naročnik želi po izgradnji prizidka to storitev naročiti oz. razširiti tudi na čiščenje teh dodatnih prostorov.

²⁹ npr. javno naročilo gradnje avtoceste ne more dopolnjevati še dodatno naročilo gradnje stanovanjske stavbe

naroči po postopku s pogajanja brez objave, pri čemer mu, za razliko od 2. točke prvega odstavka 95. člena ZJN-3, ni potrebno dokazati tudi, da zamenjava izvajalca ni mogoča iz ekonomskih in tehničnih razlogov in da bi zamenjava povzročila naročniku velike nevšečnosti in znatno podvajanje stroškov.