



Številka: U-I-180/19-17

Datum: 7. 11. 2019

SKLEP

Ustavno sodišče je v postopku za preizkus pobude družbe KPL, d. o. o., Ljubljana, in drugih, ki jih zastopa odvetniška družba Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji, o. p., d. o. o., Ljubljana, na seji 7. novembra 2019

sklenilo:

- 1. Pobuda Živorada Malijevića in Huseina Šarića za začetek postopka za oceno ustavnosti tretje alineje četrtega odstavka 67. člena, točke c) drugega odstavka v zvezi s petim odstavkom 67.a člena in točke b) četrtega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18) se zavrže.**
- 2. Pobuda družbe KPL, d. o. o., za začetek postopka za oceno ustavnosti tretje alineje četrtega odstavka 67. člena Zakona o javnem naročanju se zavrže.**
- 3. Pobuda družbe KPL, d. o. o., za začetek postopka za oceno ustavnosti točke c) drugega odstavka v zvezi s petim odstavkom 67.a člena in točke b) četrtega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju se sprejme.**
- 4. Izvrševanje točke c) drugega odstavka v zvezi s petim odstavkom 67.a člena in točke b) četrtega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju se zadrži do končne odločitve Ustavnega sodišča.**
- 5. Do končne odločitve Ustavnega sodišča se točka b) četrtega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju uporablja tako, da lahko gospodarski subjekt tudi v tem položaju naročniku predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju razlogov za izključitev. Za zadostne ukrepe šteje plačilo ali zaveza plačati nadomestilo za vso škodo, povzročeno s kršitvami, navedenimi v točki b) četrtega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju, aktivno sodelovanje s preiskovalnimi organi za celotno razjasnitev dejstev in okoliščin ter sprejetje konkretnih tehničnih, organizacijskih in**

kadrovskih ukrepov, ustreznih za preprečitev nadaljnjih kršitev. Pri ocenjevanju ukrepov, ki jih sprejme gospodarski subjekt, naročnik upošteva resnost in posebne okoliščine kršitve. Če naročnik oceni, da dokazi, ki jih je predložil gospodarski subjekt, zadoščajo, gospodarskega subjekta ne izključi iz postopka javnega naročanja. Če naročnik oceni, da ukrepi ne zadoščajo, gospodarskemu subjektu pošlje utemeljitev takšne odločitve.

OBRAZLOŽITEV

A.

1. Pobudniki vlagajo pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti tretje alineje četrtega odstavka 67. člena, točke c) drugega odstavka v zvezi s petim odstavkom 67.a člena in točke b) četrtega odstavka 75. člena Zakona o javnem naročanju (v nadaljevanju ZJN-3), kolikor se navedene določbe nanašajo na kršitve v zvezi z delovnim časom in počitki. Za izpodbijane določbe zatrjujejo neskladje z 2., 14., 28., 66., 74. in 155. členom Ustave. Navajajo tudi, da Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL L 94, 28. 3. 2015, str. 65–242) pri vseh izključitvenih razlogih določa možnost izjem oziroma sanacije. ZJN-3 pa naj bi to možnost predvidel zgolj pri izključitvenih razlogih, ki jih je prevzel po navedeni direktivi (kazenskopravna odgovornost gospodarskih subjektov in fakultativni izključitveni razlogi), ne pa tudi pri ostalih izključitvenih razlogih – tj. pri evidenci z negativnimi referencami in delovnopravnih prekrških. Pobudniki predlagajo, naj Ustavno sodišče zadevo obravnava prednostno, do končne odločitve pa naj zadrži izvrševanje izpodbijanih zakonskih določb.

2. Pobudnica družba KPL svoj pravni interes utemeljuje z navedbami, da je ena izmed vodilnih slovenskih družb na področju nizkih gradenj in vzdrževanja cest. Zaposluje 361 delavcev. V letu 2018 naj bi ustvarila nekaj manj kot 38 milijonov EUR prihodkov, pri čemer naj bi bila skoraj v celoti odvisna od javnih naročil. V juniju 2017 ji je bil izdan plačilni nalog za dve kršitvi v zvezi s počitki in delovnim časom iz obdobja od sredine januarja do konca maja 2016. Za obe kršitvi ji je bila izrečena enotna globa v znesku 3.000,00 EUR. Izpodbijane določbe naj bi zaradi izdanega plačilnega naloga v delu, v katerem se nanašajo na delovni čas in počitke, na pobudničin pravni položaj učinkovale neposredno. Točka b) četrtega odstavka 75. člena ZJN-3 naj bi določala avtomatično izključitev gospodarskih subjektov iz postopkov javnega naročanja v primeru obstoja določenih okoliščin, kar naj bi pomenilo, da je pobudnici že na podlagi zakona udeležba v postopkih javnega naročanja povsem onemogočena. Posledično naj bi se obseg njenega poslovanja bistveno zmanjšal, kar naj bi pripeljalo do odpuščanja delavcev, tudi pobudnikov Živorada Maljevića in Huseina Šarića, in končno v propad družbe.

Pobudnica še navaja, da sta 67. in 67.a člen ZJN-3 logični posledici četrtega odstavka 75. člena ZJN-3. Če se namreč gospodarski subjekt ne sme udeležiti postopkov javnega naročanja, posledično tudi ne sme skleniti okvirnega sporazuma in pogodbe o izvedbi javnega naročila. Protiustavnosti ureditve v 75. členu ZJN-3 naj tako ne bi bilo mogoče odpraviti brez posega v izpodbijana 67. in 67.a člen ZJN-3.

3. Pobudnika Živorad Malijević in Husein Šarić navajata, da sta v družbi KPL zaposlena za nedoločen čas in nista v odpovednem roku. Izpodbijane določbe ZJN-3 naj bi imele neposreden vpliv na obseg dela navedene družbe, s tem pa tudi na obstoj njenih delovnih mest. Pobudnik Živorad Malijević navaja, da preživlja dva mladoletna otroka in nezaposleno ženo. Oba pobudnika skrbi za njun osebni dohodek in dohodek ostalih delavcev, saj ne bodo imeli dovolj dela, ker se družba ne more več prijavljati na javne razpise.

4. Pobuda je bila poslana v odgovor Državnemu zboru, ki je nanjo odgovoril in se opredelil tudi do predloga za zadržanje izvrševanja izpodbijanih določb ZJN-3. Državni zbor navaja, da pobudniki pavšalno navajajo škodljive posledice in zmotno izhajajo iz predpostavke, da je škoda, ki nastane, ker subjekt ne more nastopati v postopku oddaje javnega naročila, enaka znesku tega javnega naročila. Nobenega zagotovila ni, da bi prva pobudnica v postopku oddaje javnega naročila uspela, zato Državni zbor meni, da lahko škodo predstavlja kvečjemu negativni pogodbeni interes (stroški sodelovanja v postopku). Prva pobudnica naj ne bi navedla nobenega argumenta, zakaj bi upad poslovanja, celo če bi do njega prišlo, imel hude posledice. Po drugi strani pa je po mnenju Državnega zbora treba upoštevati, da bi v primeru zadržanja izpodbijanih določb še naprej veljale ohlapne določbe prej veljavnega besedila ZJN-3, ki pravic delavcev ne varujejo učinkovito. Gospodarski subjekti bi lahko še naprej kršili delovnopravno zakonodajo in sodelovali v postopkih oddaje javnih naročil. Državni organi in drugi javni naročniki pa bi tako še naprej financirali delovanje gospodarskih subjektov, ki kršijo pravice delavcev. Zato Državni zbor meni, da bi bile škodljive posledice zadržanja izvajanja izpodbijanih določb ZJN-3 bistveno hujše od morebitnih škodljivih posledic njihovega izvajanja, še posebej, ker te zadenejo kršitelje delovnopravne zakonodaje.

5. O pobudi je mnenje podala Vlada, v katerem izrecno navaja, da se do predloga za začasno zadržanje ne opredeljuje.

6. Odgovor Državnega zbora in mnenje Vlade sta bila poslana pobudnici, ki je na navedbe Državnega zbora glede predloga za zadržanje izvrševanja izpodbijanih določb ZJN-3 odgovorila. Pobudnica zavrača očitke o pavšalnem zatrjevanju škodljivih posledic, ki naj bi nastale z izvrševanjem izpodbijane ureditve. Poudarja, da je konkretizirano zatrjevala in dokazala, da bo izpodbijana ureditev povzročila drastičen upad njenega poslovanja, odpuščanje delavcev ter zelo verjeten propad pobudnice. Navaja še, da bodo škodljive posledice izvrševanja izpodbijane ureditve najbolj občutili prav delavci, ki naj bi

jih izpodbijana ureditev ščitila. Poleg tega naj bi obvezna izključitev gospodarskih subjektov pomenila manjšo konkurenco v postopkih oddaje javnih naročil in posledično višje ponudbene cene ter večjo obremenitev državnega proračuna.

B. – I.

7. Izpodbijane določbe ZJN-3 na pravni položaj pobudnikov Živorada Malijevića in Huseina Šarića ne učinkujejo neposredno. Nemožnost sodelovanja delodajalca (družbe KPL) na javnih razpisih sama po sebi še ne pomeni neposrednih škodljivih posledic za pravni položaj njenih delavcev. Ker pobudnika za izpodbijanje spornih določb ZJN-3 ne izkazujeta pravnega interesa, je Ustavno sodišče njuno pobudo zavrglo (1. točka izreka).

8. Pobudnica KPL, d. o. o, za izpodbijanje tretje alineje četrtega odstavka 67. člena ZJN-3 nima pravnega interesa, saj ni izkazala, da bi bila v položaju, v katerem bi se ta določba nanjo neposredno nanašala. Razvezni pogoj se po navedeni določbi ZJN-3 uresniči v dveh primerih: 1) s seznanitvijo naročnika, da je sodišče s pravnomočno odločitvijo ugotovilo kršitev obveznosti iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3 in 2) s seznanitvijo naročnika, da je pristojni državni organ pri izvajalcu pogodbe ali njegovem podizvajalcu v času izvajanja pogodbe ugotovil najmanj dve kršitvi v zvezi s plačilom za delo, delovnim časom, počitki, opravljanjem dela na podlagi pogodb civilnega prava kljub obstoju elementov delovnega razmerja ali v zvezi z zaposlovanjem na črno in za kateri mu je bila s pravnomočno odločitvijo ali več pravnomočnimi odločitvami izrečena globa za prekršek. Pobudnica ni izkazala, da je v njenem primeru sodišče s pravnomočno odločitvijo ugotovilo kršitev obveznosti iz drugega odstavka 3. člena ZJN-3, saj je iz priloženega plačilnega naloga št. PN 710-1422/2017 z dne 21. 6. 2017 razvidno, da je upošteveni kršitvi ugotovil Inšpektorat Republike Slovenije za delo. Prav tako ni izkazala, da bi pristojni državni organ pri njej ugotovil najmanj dve upošteveni kršitvi v času izvajanja pogodbe. Izpodbijana tretja alineja četrtega odstavka 67. člena ZJN-3 se uporablja od 1. 11. 2018 in ob smiselni razlagi 7. člena Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 14/18 – v nadaljevanju ZJN-3A) učinkuje zgolj na pogodbe, ki so sklenjene in se začnejo izvajati po tem datumu.¹ Ker morata biti upošteveni kršitvi za uresničitev razveznega pogoja po tretji alineji četrtega odstavka 67. člena ZJN-3 ugotovljeni v času izvajanja pogodbe, bi morala pobudnica za izkaz pravnega interesa za izpodbijanje navedene določbe izkazati, da je pristojni državni organ pri njej ugotovil najmanj dve kršitvi po 1. 11. 2018. S sklicevanjem na dva prekrška, ugotovljena že junija 2017, ki prenehanja pogodb, sklenjenih po 1. 11. 2018, ne moreta povzročiti, pa pobudnica pravnega interesa za izpodbijane navedene določbe ZJN-3 ni izkazala. Zato je Ustavno sodišče njeno pobudo v tem delu zavrglo (2. točka izreka).

¹ Izjema je določena le za 67.a člen ZJN-3, ki se po četrtem odstavku 7. člena ZJN-3A uporablja tudi za pogodbe, ki so bile sklenjene pred uveljavitvijo ZJN-3A.

B. – II.

9. Ustavno sodišče je pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti točke c) drugega odstavka v zvezi s petim odstavkom 67.a člena in točke b) četrtega odstavka 75. člena ZJN-3 sprejelo (3. točka izreka).

10. Na podlagi prvega odstavka 39. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12 – v nadaljevanju ZUstS) sme Ustavno sodišče do končne odločitve v celoti ali delno zadržati izvršitev zakona, če bi zaradi njegovega izvrševanja lahko nastale težko popravljive škodljive posledice. Kadar Ustavno sodišče odloča o zadržanju izvrševanja izpodbijanega predpisa, vselej tehta med škodljivimi posledicami, ki bi jih povzročilo izvrševanje morebiti protiustavnega predpisa, in med škodljivimi posledicami, ki bi nastale, če se morebiti ustavnoskladne izpodbijane določbe začasno ne bi izvrševale.

11. Izpodbijana ureditev vzpostavlja zapoved, po kateri morajo naročniki (pod grožnjo prekrška) iz postopka javnega naročanja med drugim izločiti subjekte, ki izpolnjujejo pogoje iz točke b) četrtega odstavka 75. člena ZJN-3. To pomeni, da so gospodarski subjekti do izteka treh let, odkar je pristojni organ pri njih ugotovil dve upoštevni kršitvi, za kateri jim je bila pravnomočno izrečena globa, brez možnosti uporabe popravnega mehanizma izločeni iz vseh postopkov javnega naročanja. Če bi pogodbo v posameznem postopku javnega naročila sklenili, pa bi lahko taka pogodba z uresničitvijo razveznega pogoja iz petega odstavka v zvezi s točko c) drugega odstavka 67.a člena ZJN-3 prenehala. Ustavno sodišče ob predpostavki, da bi se v ustavnosodni presoji izkazala neskladnost izpodbijanih določb z Ustavo, ocenjuje, da bi izvrševanje teh določb lahko povzročilo težko popravljive škodljive posledice. Gospodarski subjekti, obremenjeni z dvema upoštevni kršitvama delovnopravne zakonodaje, namreč ne morejo konkurirati v postopkih javnega naročanja in se tako izpostaviti konkurenčnemu boju med ponudniki. Pri gospodarskih subjektih, kot je pobudnica, pri katerih je poslovanje v pretežni meri odvisno od nastopanja v postopkih javnih naročil, nemožnost sodelovanja v postopkih javnega naročanja lahko pomeni, da bo njihov obseg dela bistveno upadel, s tem pa tudi potreba po delavcih. Zaradi tega lahko pride do odpuščanja delavcev, saj je razumljivo, da ohranjanje vseh delovnih mest v takem položaju ne bi bilo finančno vzdržno. Poleg tega je treba upoštevati, da lahko morebitno prekomerno omejevanje sodelovanja gospodarskih subjektov v postopkih javnega naročanja poseže v načelo zagotavljanja konkurence med ponudniki (5. člen ZJN-3) in posledično tudi v načela gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti (4. člen ZJN-3).

12. Težko popravljive škodljive posledice bi po drugi strani lahko nastale tudi z zadržanjem izvrševanja izpodbijanih določb, če bi se izkazalo, da niso v neskladju z Ustavo. Namen izpodbijane ureditve je zagotoviti spoštovanje delovnih in socialnih pravic pri izvajanju javnih naročil. Zadržanje izvrševanja izpodbijanih določb ZJN-3 bi pomenilo, da izključitev gospodarskih subjektov, ki so bili že kaznovani za najmanj dve upoštevni kršitvi delovnopravne zakonodaje, iz postopka javnega naročanja ne bi bila obvezna.

Pogodbe, ki bi bile sklenjene s takimi gospodarskimi subjekti, pa na podlagi točke c) drugega odstavka v zvezi s petim odstavkom 67.a člena ZJN-3 ne bi bile razvezane. Javni naročniki bi tako lahko še naprej financirali delovanje gospodarskih subjektov, ki kršijo pravice delavcev.

13. Ustavno sodišče ocenjuje, da so škodljive posledice, ki bi nastale v primeru izvrševanja morebiti protiustavnih izpodbijanih določb na način, kot se glasijo, hujše od posledic, ki bi nastale z začasnim zadržanjem izvrševanja izpodbijanih določb. Pri tem je Ustavno sodišče upoštevalo, da v pravnem sistemu že obstajajo številni pravni instituti, katerih namen je odvratanje gospodarskih subjektov od kršitev pravic delavcev (primerjaj na primer XXII. poglavje Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16 in 27/17 – KZ-1), IX. poglavje Zakona o delovnih razmerjih (Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr. in 52/16 – ZDR-1), XII. poglavje Zakona o urejanju trga dela (Uradni list RS, št. 80/10, 21/13, 63/13, 100/13 in 55/17 – ZUTD) ter VI. poglavje Zakona o preprečevanju dela in zaposlovanja na črno (Uradni list RS, št. 32/14 in 43/19 – ZPDZC-1)), kar je bil med drugim temeljni cilj, ki ga je zasledoval zakonodajalec z izpodbijano ureditvijo izključitvenega razloga in razveznega pogoja. Poleg tega je že ob uporabi ostalih določb ZJN-3 mogoče doseči, da naročnik ponudnika, ki krši delovno zakonodajo, ne izbere. Uporaba fakultativnega izključitvenega razloga iz šestega odstavka 75. člena ZJN-3 namreč omogoča izključitev ponudnika, če lahko naročnik na kakršen koli način izkaže kršitev obveznosti iz drugega odstavka 3. člena tega zakona, med katerimi so tudi kršitve delovne zakonodaje. Ponudnika je mogoče izključiti tudi z izločanjem ponudb, ki so neobičajno nizke (lahko tudi zaradi kršitev delovne zakonodaje). Na podlagi 86. člena ZJN-3 mora naročnik, če meni, da je pri določenem naročilu glede na njegove zahteve ponudba neobičajno nizka glede na cene na trgu, preveriti, ali je neobičajno nizka in od ponudnika zahtevati, da pojasni ceno ali stroške v ponudbi. Zakonodajni cilj spodbujanja socialno odgovornega javnega naročanja je torej v določeni meri že mogoče doseči tudi brez izpodbijane ureditve. Zato je Ustavno sodišče do končne odločitve zadržalo izvrševanje točke c) drugega odstavka v zvezi s petim odstavkom 67.a člena in točke b) četrtega odstavka 75. člena ZJN-3 (4. točka izreka).

14. Poleg tega je Ustavno sodišče glede točke b) četrtega odstavka 75. člena ZJN-3 škodljive posledice zadržanja omililo tako, da je na podlagi tretjega odstavka 39. člena ZUstS določilo način izvršitve odločitve o zadržanju izvrševanja. Do končne odločitve Ustavnega sodišča se točka b) četrtega odstavka 75. člena ZJN-3 še naprej uporablja, in sicer tako, da se gospodarskemu subjektu tudi v primeru upoštevanih delovnopравниh kršitev, ki bi povzročile njegovo izključitev iz postopka javnega naročanja, omogoči, da naročniku predloži dokaze, da je sprejel zadostne ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju razlogov za izključitev (5. točka izreka).

C.

15. Ustavno sodišče je sprejelo ta sklep na podlagi tretjega odstavka 25. člena, tretjega odstavka 26. člena ter prvega in tretjega odstavka 39. člena ZUstS v sestavi: predsednik dr. Rajko Knez ter sodnici in sodniki dr. Matej Accetto, dr. Rok Čeferin, dr. Dunja Jadek Pensa, DDr. Klemen Jaklič, dr. Špelca Mežnar, dr. Marijan Pavčnik in Marko Šorli. Sklep je sprejelo soglasno.

dr. Rajko Knez
Predsednik