

**Opravična št.:**

U-I-211/11

ECLI:

ECLI:SI:USRS:2012:U.I.211.11

Akt:

Zakon o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10 in 18/11) (ZJN), 2. al. 4. odst. 42. čl.

Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev (Uradni list RS, št. 72/11 – uradno prečiščeno besedilo) (ZJNVETPS), 3. odst. 47. čl. in 4. odst. 48. čl.

Izrek:

Druga alineja četrtega odstavka 42. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10 in 18/11) se razveljavi. Tretji odstavek 47. člena in četrty odstavek 48. člena Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev (Uradni list RS, št. 72/11 – uradno prečiščeno besedilo) se razveljavita v delih, v katerih se nanašata na drugo alinejo četrtega odstavka 42. člena Zakona o javnem naročanju.

Evidenčni stavek:

Pri položaju ponudnikov pri javnem naročanju ne gre za položaj, ki bi bil varovan s svobodno gospodarsko pobudo (74. člen Ustave), ker nosilec oblasti na trgu ne nastopa kot oblast, temveč kot udeleženec na trgu na strani povpraševanja. Vendar pa državo pri določanju kriterijev za javno naročanje veže splošno načelo enakosti (drugi odstavek 14. člena), ki zahteva, da je v postopku oddaje javnega naročila omogočeno, da je lahko vsakdo pod enakimi pogoji izbran za izvedbo javnega naročila. V okviru testa razumnosti Ustavno sodišče ne preizkuša le, ali je razlog, ki je narekoval razlikovanje med pravnimi položaji, sam po sebi razumen, temveč tudi, ali je stvarno utemeljen glede na predmet zakonodajnega urejanja in cilje, ki jih želi zakonodajalec pri tem doseči; z drugimi besedami, izbrani kriterij razlikovanja mora biti v razumni povezavi s predmetom (različnega) pravnega urejanja. Za izpodbijano zakonsko ureditev, ki izključuje določen krog subjektov iz postopkov javnega naročanja, je zakonodajalec imel razlog, ki je sam po sebi razumen (preprečitev slabih poslovnih praks), vendar pa izpodbijana ureditev ni v razumni povezavi s predmetom pravnega urejanja, saj je zakonodajalec s predpisano domnevo zajel tudi subjekte, ki jim ni mogoče pripisati, da so svojim ravnanjem povzročili insolvenčne postopke, čeprav so bili v obdobju zadnjih dveh let pred iztekom roka za oddajo ponudb v postopku javnega naročanja v položaju člana poslovodstva ali nadzornega organa ali družbenika z lastniškim deležem, večjim od 25 odstotkov.

Geslo:

1.5.51.1.17.1 - Ustavno sodstvo - Odločbe - Vrste odločitev Ustavnega sodišča - V postopku abstraktne presoje - Razveljavitev - Zakona.

5.2 - Temeljne pravice - Enakost (14.2).

Pravna podlaga:

Člen 14, 14.2, 74, 74.1, Ustava [URS]

Člen 43, Zakon o Ustavnem sodišču [ZUstS]

Opomba:

⌘ K obravnavani zadevi je bila s sklepom Ustavnega sodišča z dne 3. 11. 2011 pridružena zadeva št. U-I-113/11 zaradi skupnega obravnavanja in odločanja.

Dokument v PDF obliki:

 [U-I-211-11.pdf](#)

Polno besedilo:

U-I-211/11-26

24. 5. 2012

ODLOČBA

Ustavno sodišče je v postopku za oceno ustavnosti, začetem s pobudama družbe Adria Airways, d. d., Ljubljana, ki jo zastopa Odvetniška pisarna Miro Senica in odvetniki, d. o. o., Ljubljana, in družbe Cetis, d. d., Celje, ki jo zastopa Odvetniška družba Borut Soklič in odvetniki, o. p., d. o. o., Celje, na seji 24. maja 2012

odločilo:

1. Druga alineja četrtega odstavka 42. člena Zakona o javnem naročanju (Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10 in 18/11) se razveljavi.

2. Tretji odstavek 47. člena in četrti odstavek 48. člena Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev (Uradni list RS, št. 72/11 - uradno prečiščeno besedilo) se razveljavita v delih, v katerih se nanašata na drugo alinejo četrtega odstavka 42. člena Zakona o javnem naročanju.

Obrazložitev**A.**

1. Pobudnici družbi Adria Airways in Cetis izpodbijata drugo alinejo četrtega odstavka 42. člena Zakona o javnem naročanju (v nadaljevanju ZJN-2), družba Adria Airways pa izpodbija tudi tretji odstavek 47. člena in četrti odstavek 48. člena Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev (v nadaljevanju ZJNVETPS). Slednja svoj pravni interes utemeljuje z navedbo, da je bil njen glavni izvršni direktor član nadzornega sveta družbe Vegrad, d. d., Velenje, nad katero je bil 1. 9. 2010 začet postopek prisilne poravnave, 6. 10. 2010 pa stečajni postopek. To naj bi pomenilo, da je družba Adria Airways od 30. 3. 2011, ko je začel veljati Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnih naročilih (Uradni list RS, št. 18/11 - v nadaljevanju ZJN-2C), ki je dodal sporno določbo, oziroma od 18. 6. 2011, ko je začel veljati ZJNVETPS, izključena iz vseh postopkov javnih naročil, kar izhaja iz priloženih sklepov Državne revizijske komisije.

Družba Cetus svoj pravni interes utemeljuje z navedbo, da sta bila člana njenega nadzornega sveta hkrati člana uprave družbe Zvon Dva Holding, d. d., Maribor, nad katero je bil 31. 3. 2011 začet postopek prisilne poravnave, in da je zato izključena iz vseh postopkov javnih naročil.

2. Pobudnica družba Adria Airways zatrjuje neskladje izpodbijanih določb ZJN-2 in ZJNVETPS z 2. členom, drugim odstavkom 14. člena, 23., 25., 27., 66. in 74. členom Ustave. Zatrjuje, da je kršeno načelo zaupanja v pravo iz 2. člena Ustave, ker pobudnica v trenutku zaposlovanja glavnega izvršnega direktorja ni mogla vedeti, da bo to lahko vplivalo na njeno sposobnost kandidiranja na javnih razpisih, in da svojih ravnanj ni mogla ustrezno in pravočasno prilagoditi. Za uveljavitev izpodbijane določbe ZJN-2 je bil namreč določen le 15-dnevni rok. Take spremembe zakonske ureditve pobudnica ni mogla predvideti, ker predlog zakona ni določal sankcije, določene z izpodbijano določbo ZJN-2. Zakonodajalec naj za sprejetje izpodbijane določbe ZJN-2 ne bi imel nobenega legitimnega razloga, poleg tega pa naj bi šlo za ukrep, ki omejuje konkurenco. Drugi odstavek 14. člena Ustave naj bi bil kršen, ker izpodbijana določba ZJN-2 enako obravnava položaje, ki se med seboj bistveno razlikujejo: ne razlikuje med posamezniki, ki so odgovorni za nastop postopka zaradi insolventnosti, in posamezniki, ki so ravnali z vso skrbnostjo, kot jim jo nalagata Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 106/10, 26/11 in 47/11 - ZFPPIPP) in Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09 - uradno prečiščeno besedilo, 33/11 in 91/11 - ZGD-1). Določba je po mnenju pobudnice arbitrarna in nepravična, saj je povsem zanemarljiv subjektivni element ravnanja posameznikov. Opozarja na stransko kazen iz prvega odstavka 15.a člena Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (Uradni list RS, št. 98/04 - uradno prečiščeno besedilo in 65/08 - ZOPOKD), ki naj bi ji bila sankcija iz druge alineje četrtega odstavka 42. člena ZJN-2 podobna, vendar naj bi bila med njima pomembna razlika: stranska kazen se uveljavi na podlagi pravnomočne sodbe, izločitev iz postopka javnega naročanja pa se uveljavi *de facto*, čeprav odgovornost posameznika ni ugotovljena v sodnem postopku. Zato naj bi bila izpodbijana določba ZJN-2 v neskladju tudi z domnevo nedolžnosti iz 27. člena Ustave. Ker krivda za nastanek razlogov za začetek postopka zaradi insolventnosti ni ugotovljena v sodnem postopku, je po mnenju pobudnice podana tudi kršitev 66., 23. in 25. člena Ustave. Svobodna gospodarska pobuda iz 74. člena Ustave pa naj bi bila kršena, ker je pobudnica kot delodajalka omejena pri izbiri delavcev, saj ne more več prosto zaposlovati in mora kandidate diskriminirati na podlagi pretekle zaposlitve. Vsi navedeni posegi v ustavne pravice po mnenju pobudnice ne prestanejo strogega testa sorazmernosti. Pobudnica navaja še, da Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, 30. 4. 2004, str. 114-240, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 6, zvezek 7, str. 132-262, v nadaljevanju Direktiva 2004/18) ne določa sankcije, kot jo določa izpodbijana določba ZJN-2.

3. Pobudnica družba Cetus zatrjuje neskladje izpodbijane določbe ZJN-2 z 2., 14. in 74. členom Ustave. Navaja, da naj bi bil namen zakonodajalca iz postopkov javnega naročanja izločiti ponudnike, ki so v stečajnem postopku ali pa so s takimi osebami povezani. Vendar pa po mnenju pobudnice ta namen ni bil dosežen, saj izpodbijana določba ZJN-2 bistveno preširoko določa krog subjektov, ki jih je treba obvezno izločiti iz postopka javnega naročanja. Tako določeni krog subjektov, ki lahko sodeluje v postopku javnega naročanja, naj bi pomenil grob poseg v svobodno gospodarsko pobudo, saj so zajeti tudi subjekti, pri katerih ni nobene objektivno utemeljene nevarnosti, da se zaradi njihove plačilne nesposobnosti ne bi moglo izvesti javno naročilo. Za tak poseg naj ne bi bilo nobenega utemeljenega razloga in zato ne more prestati strogega testa sorazmernosti. Izpodbijana določba naj bi kršila tudi načelo enakosti iz drugega odstavka 14. člena Ustave zaradi enakega obravnavanja različnih pravnih položajev, in sicer subjektov v stečajnem postopku ter z njimi povezanih ponudnikov na eni strani in subjektov v postopku prisilne poravnave ter z njimi povezanih ponudnikov na drugi strani. Izpodbijana določba ZJN-2 pa naj bi bila tudi v neskladju z načelom jasnosti in določnosti predpisov iz 2. člena

Ustave. Določba po mnenju pobudnice ne daje jasnega odgovora na vprašanje, ali so na njeni podlagi iz postopkov javnega naročanja obvezno izključeni tudi ponudniki, nad katerimi so bili začeti postopki prisilne poravnave oziroma prisilne likvidacije.

4. Državni zbor Republike Slovenije na navedbe v pobudah ni odgovoril.

B. - I.

5. Ustavno sodišče je pobudi sprejelo in ju zaradi skupnega obravnavanja in odločanja združilo. Ker so bili izpolnjeni pogoji iz četrtega odstavka 26. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 - uradno prečiščeno besedilo - v nadaljevanju ZUstS), je nadaljevalo z odločanjem o stvari sami.

6. Pobudnika izkazujeta pravni interes le za presojo določenih delov izpodbijane določbe, in sicer družba Adria Airways za del, ki se nanaša na člana poslovnega organa, ki ne sme biti kadar koli v dveh letih pred iztekom roka za oddajo ponudb v postopku javnega naročanja član nadzornega organa subjekta, nad katerim je bil začel stečajni postopek, družba Cetus pa za del, ki se nanaša na člana nadzornega organa, ki ne sme biti kadar koli v dveh letih pred iztekom roka za oddajo ponudb v postopku javnega naročanja član posloводства subjekta, nad katerim je bil začel stečajni postopek.[1] V opisanem delu izkazuje družba Adria Airways tudi pravni interes za oceno ustavnosti tretjega odstavka 47. člena in četrtega odstavka 48. člena ZJNVETPS, ki se sklicujeta na 42. člen ZJN-2.

7. Ustavno sodišče pri odločanju o ustavnosti in zakonitosti predpisa ni vezano na predlog iz pobude, temveč lahko oceni tudi ustavnost in zakonitost drugih določb istega ali drugega predpisa, katerih ocena ustavnosti ali zakonitosti ni bila predlagana, če so te določbe v medsebojni zvezi ali če je to nujno za rešitev zadeve (30. člen ZUstS). Druga alineja četrtega odstavka 42. člena ZJN-2 je tako povezana celota, da ločena presoja z vidika navedb pobudnic ne bi bila smiselna. Zato je Ustavno sodišče začelo postopek tudi za oceno ustavnosti preostalih delov druge alineje četrtega odstavka 42. člena ZJN-2 ter tretjega odstavka 47. člena in četrtega odstavka 48. člena ZJNVETPS. Glede na to, da ti deli izpodbijanih določb ne odpirajo novih vprašanj ustavnosodne presoje in se njihova vsebina giblje v okviru navedb in zatrjevanj iz pobud, je Ustavno sodišče štelo, da je imel Državni zbor možnost pojasniti svoja stališča že v odgovoru na pobudi.

B. - II.

Presoja druge alineje četrtega odstavka 42. člena ZJN-2

8. Druga alineja četrtega odstavka 42. člena ZJN-2 določa, da mora naročnik iz postopka javnega naročanja izločiti kandidata ali ponudnika, če je bil njegov član posloводства ali nadzornega organa ali zastopnik, kot ga določa zakon, ki ureja finančno poslovanje, postopke zaradi insolventnosti in prisilno prenehanje, kadar koli v dveh letih pred iztekom roka za oddajo ponudb v postopku javnega naročanja družbenik z lastniškim deležem, večjim od 25 odstotkov, ali delničar z lastniškim deležem, večjim od 25 odstotkov, ali član posloводства ali nadzornega organa ali zastopnik subjekta, nad katerim je bil začel stečajni postopek ali postopek prisilne poravnave ali postopek prisilnega prenehanja.

9. Zadovoljevanje obsežnih, stalnih in raznovrstnih potreb, ki v pretežni meri služi tudi nemotenemu izvrševanju javnih služb, je za nemoteno funkcioniranje države in oskrbo z javnimi dobrinami, ki je mnogokrat ustavnopravno varovani cilj (varstvo okolja, socialno varstvo, zdravstveno varstvo ipd.), bistvenega pomena (prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-169/00 z dne 14. 11. 2002, Uradni list

RS, št. 105/02, in OdlUS XI, 231, 10. točka). Ureditev javnega naročanja ima pomembno gospodarsko[2] in politično vlogo. Slednja se kaže v krepitvi zaupanja javnosti v delo države in njenih organov in s tem prepričanja o smotrni porabi sredstev, ki jih prispevajo davkoplačevalci.[3] Gospodarna, učinkovita in uspešna poraba javnih sredstev kot eden izmed temeljnih ciljev urejanja javnih naročil se kaže zlasti v razmerju med vloženimi sredstvi, torej plačilom in pridobljeno vrednostjo. Z določenimi sredstvi naj se doseže čim večji učinek oziroma določen učinek naj se doseže s čim manjšimi sredstvi.[4] Z ureditvijo javnih naročil pa se med drugim zasledujejo tudi cilji zagotavljanja konkurenčnosti med ponudniki, transparentnosti javnega naročanja, enakopravne obravnave ponudnikov in sorazmernosti (5. člen ZJN-2).[5] Obstoj visokega finančnega tveganja in tesno medsebojno sodelovanje javnega in zasebnega sektorja imata za posledico, da se na področju javnih naročil pojavljajo tveganja slabih poslovnih praks, kot so nasprotja interesov, favoriziranje in korupcija. Učinkoviti mehanizmi za preprečevanje slabih poslovnih praks pri javnih naročilih tako niso potrebni le zaradi zagotovitve poštene konkurence, temveč lahko veliko prispevajo tudi k uspešnemu boju proti gospodarskemu kriminalu.[6] Ko država ureja postopke javnega naročanja in kriterije za izbiro najugodnejšega ponudnika, se zastavlja vprašanje, kakšno je ustavnopravno varstvo ponudnikov, praviloma gospodarskih subjektov, ki so v primerjavi z naročnikom gospodarsko šibkejša stranka.

10. Ustava vsem gospodarskim subjektom pri njihovem gospodarskem poslovanju zagotavlja svobodno gospodarsko pobudo (prvi odstavek 74. člena Ustave), kar pomeni predvsem svobodno ustanovitev gospodarskega subjekta (pod zakonskimi pogoji), njegovo vodenje v skladu z ekonomskimi načeli (upoštevaje prisilne predpise), svobodno izbiro dejavnosti, s katero gospodarski subjekti uresničujejo svoje pridobitne interese v konkurenci na tržišču, izbiro poslovnih partnerjev in podobno, ne glede na velikost, statusno obliko ali druge značilnosti (odločba Ustavnega sodišča št. U-I-59/03 z dne 13. 5. 2004, Uradni list RS, št. 58/04 in 61/04, in OdlUS XIII, 33, 7. točka).

11. Oddaja javnega naročila enemu izmed ponudnikov in kriteriji za izbiro ponudnika praviloma niso predmet varstva, ki ga zagotavlja svobodna gospodarska pobuda iz prvega odstavka 74. člena Ustave. Kljub temu, da lahko pri javnih naročilih nastopajo kot pogodbene stranke tudi država in njeni organi, ne gre za izvajanje oblastne funkcije (tako že v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-169/00, 10. točka). Pri javnem naročilu nosilec oblasti ne vpliva na konkurenco na trgu od zunaj, kot oblast, temveč je sam udeleženec na trgu, in sicer na strani povpraševanja, saj z javnim naročilom vzpostavi konkurenčno tekmovanje med potencialnimi ponudniki. Pri tem so pravila oziroma kriteriji, ki jih postavi naročnik, in izbira postopka oddaje javnega naročila najugodnejšemu ponudniku praviloma stvar naročnika. Ponudnik je vselej izpostavljen tveganju, da ne bo izbrana njegova ponudba, temveč ponudba drugega ponudnika, ki je ugodnejša za naročnika. Tako svobodna gospodarska pobuda ne zagotavlja možnosti za uspeh v konkurenčnem boju niti možnosti prihodnjega zaslužka, temveč sta tako uspeh kot zaslužek odvisna od tveganj, povezanih s stalnimi spremembami tržnih razmer.

12. Kadar država nastopa kot udeleženec na trgu, mora spoštovati pravila, ki zagotavljajo konkurenco in preprečujejo njeno omejevanje, še posebej pravila, ki prepovedujejo zlorabo prevladujočega položaja. Vendar ni temeljni namen javnih naročil, da bi z njimi država varovala konkurenco ali zagotovila zadostno ponudbo za svoje povpraševanje. Njihov glavni cilj je, da država gospodarno in ekonomsko učinkovito ter uspešno ravna z javnimi sredstvi, kar je v splošnem javnem interesu. Konkurenca med ponudniki za določeno javno naročilo pa je sredstvo za doseg tega cilja, ki ga mora država spoštovati. Zato pri položaju ponudnikov pri javnem naročilu ne gre za položaj, ki bi bil varovan s svobodno gospodarsko pobudo iz prvega odstavka 74. člena Ustave.

13. To pa ne pomeni, da je država pri določanju kriterijev za izbiro in določitvi postopka javnega naročanja povsem prosta. Zavezuje jo načelo enakosti pred zakonom iz 14. člena Ustave, ki zahteva,

da je v postopku oddaje javnega naročila omogočeno, da je lahko vsakdo pod enakimi pogoji izbran za izvedbo javnega naročila (prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-296/96 z dne 19. 3. 1998, Uradni list RS, št. 42/98, in OdlUS VII, 53).[7], [8] Bistvo ustavnopravnega varstva[9] pri določanju kriterijev za razlikovanje med ponudniki po drugem odstavku 14. člena Ustave je, da so kriteriji za razlikovanje stvarno utemeljeni in ne arbitrarni. Zato je Ustavno sodišče preizkusilo, ali je v obravnavanem primeru tej zahtevi zadoščeno.

14. V prvem do četrtem odstavku 42. člena ZJN-2 gre za ureditev osnovne sposobnosti kandidata ali ponudnika, ki je namenjena obvezni izključitvi določenih subjektov iz nastopanja na javnih naročilih. Naročnik mora namreč izločiti iz postopka javnega naročanja subjekte, ki izpolnjujejo zakonski dejanski stan iz navedenih določb. Tako morajo biti na primer iz postopka javnega naročanja izločeni ponudniki, ki so bili sami ali njihovi zakoniti zastopniki pravnomočno obsojeni zaradi taksativno naštetih kaznivih dejanj (prvi odstavek 42. člena ZJN-2). Nadalje morajo biti izločeni ponudniki, ki so uvrščeni v evidenco ponudnikov z negativnimi referencami (tretji odstavek 42. člena ZJN-2), ki so v stečajnem postopku (prva alineja četrtega odstavka 42. člena ZJN-2), ki imajo neplačane davčne obveznosti in/ali neplačane prispevke za socialno varnost (tretja in četrta alineja 42. člena ZJN-2). Na podlagi izpodbijane določbe ZJN-2 pa morajo biti izločeni ponudniki, če je bil član njihovega posloводства ali nadzornega organa ali zastopnik po ZFPPIPP kadar koli v dveh letih pred iztekom roka za oddajo ponudb v postopku javnega naročanja družbenik z lastniškim deležem, večjim od 25 odstotkov, ali delničar z lastniškim deležem, večjim od 25 odstotkov, ali član posloводства ali nadzornega organa ali zastopnik subjekta, nad katerim je bil začel stečajni postopek ali postopek prisilne poravnave ali postopek prisilnega prenehanja. V šestem odstavku 42. člena ZJN-2 so urejeni primeri fakultativne izločitve ponudnikov iz postopka javnega naročanja, kar pomeni, da ima naročnik možnost izbire, ali bo ta kriterij uveljavil v posameznem javnem naročilu.

15. Navedeno pomeni, da zakonodajalec v prvem do četrtem odstavku 42. člena ZJN-2 razlikuje med subjekti, ki kriterije za izločitev izpolnjujejo in morajo biti zato izločeni iz postopka javnega naročanja, in tistimi, ki teh kriterijev ne izpolnjujejo in lahko zato sodelujejo v postopku javnega naročanja. Vprašanje, ki se zastavlja v obravnavanem primeru, je, kateri razlogi so zakonodajalcu narekovali razlikovanje med subjekti iz druge alineje četrtega odstavka 42. člena ZJN-2 in drugimi subjekti, čeprav so vsi v bistveno enakem položaju, ko se potegujejo (konkurirajo) za pridobitev javnega naročila.

16. Iz zakonodajnega gradiva izhaja, da je zakonodajalec imel namen preprečiti sodelovanje v postopkih javnega naročanja tistim ponudnikom, ki naj bi s svojim ravnanjem povzročili stečajni postopek ali postopek prisilne poravnave družb, katerih lastniki so bili, ali pa so bili v teh družbah člani vodstva.[10] Naročniku je zakonodajalec želel zagotoviti instrument, s katerim bi lahko odklonil ponudnika, ki je v preteklosti izvajal slabe oziroma nepoštenne poslovne prakse in "izigraval" pravila javnega naročanja na način, da je ustanavljal nove, "čiste" gospodarske družbe, s katerimi je nastopal v postopkih javnega naročanja.[11]

17. Razlogi, ki so narekovali sprejetje izpodbijane določbe, so sami po sebi razumni. Država namreč mora zagotoviti učinkovite mehanizme, s katerimi se preprečujejo slabe poslovne prakse pri javnih naročilih, saj je le tako mogoče zagotoviti pošteno konkurenco med ponudniki. Vendar pa v okviru testa razumnosti Ustavno sodišče ne preizkuša le, ali je razlog, ki je narekoval razlikovanje med pravnimi položaji, sam po sebi razumen, temveč tudi, ali je stvarno utemeljen glede na predmet zakonodajnega urejanja in cilje, ki jih želi zakonodajalec pri tem doseči. Izbrani kriterij razlikovanja mora biti v razumni povezavi s predmetom (različnega) pravnega urejanja (tako že v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-355/98 z dne 22. 3. 2001, Uradni list RS, št. 28/01, in OdlUS X, 56).

18. Kot je že bilo pojasnjeno, je eden izmed temeljnih ciljev urejanja javnih naročil, da država gospodarno, učinkovito in uspešno porablja javna sredstva. Pri tem je dopustno, da zakonodajalec uveljavi kot razlog razlikovanja med ponudniki to, ali so člani posloводства ali nadzornega organa ponudnika osebe, ki so s svojim ravnanjem povzročile stečajni postopek ali druge t. i. insolvenčne postopke. Če bi zakonodajalec razlikoval med ponudniki na podlagi tega kriterija, bi bilo to razlikovanje v razumni povezavi s predmetom (različnega) urejanja. Vendar je zakonodajalec ta kriterij presešel z vzpostavitvijo neovrgljive domneve, ki se nanaša tudi na položaje, ko vzrokov za navedene insolvenčne postopke ni mogoče pripisati ravnanju posameznih oseb, četudi so bile v obdobju zadnjih dveh let pred iztekom roka za oddajo ponudb v postopku javnega naročanja v položaju člana posloводства ali nadzornega organa ali družbenika z lastniškim deležem, večjim od 25 odstotkov. Tako razlogi za razlikovanje med ponudniki, ki se potegujejo za pridobitev javnega naročila, niso v razumni povezavi s predmetom pravnega urejanja, zato za razlikovanje med njimi ni podan stvarno upravičen razlog.

19. Izpodbijana ureditev tako ne izpolnjuje pogojev, ki jih za razlikovanje ponudnikov zahteva drugi odstavek 14. člena Ustave. Zaradi neskladja z drugim odstavkom 14. člena Ustave je Ustavno sodišče drugo alinejo četrtega odstavka 42. člena ZJN-2 razveljavilo (1. točka izreka). Ker je Ustavno sodišče izpodbijano določbo razveljavilo že zaradi neskladja z drugim odstavkom 14. člena Ustave, preostalih zatrjevanih protiustavnosti ni preizkušalo.

Presoja tretjega odstavka 47. člena in četrtega odstavka 48. člena ZJNVETP

B. - III.

20. Tretji odstavek 47. člena ZJNVETPS določa, da lahko pogoji in pravila za ugotavljanje sposobnosti iz prejšnjega odstavka istega člena vključujejo razloge za izločitev iz 42. člena ZJN-2. Če gre za naročnika naročnik po prvem ali drugem odstavku 3. člena ZJNVETPS, morajo ti pogoji in pravila vključevati razloge za izločitev iz prvega, drugega, četrtega in sedmega odstavka 42. člena ZJN-2. Četrty odstavek 48. člena ZJNVETPS pa vsebuje vsebinsko enaki določbi za primere, ko gre za odprti postopek, postopek zbiranja ponudb po predhodni objavi, postopek oddaje naročila male vrednosti, postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti ali postopek s pogajanji.

21. Izpodbijane določbe ZJNVETPS se med drugim sklicujejo na drugo alinejo četrtega odstavka 42. člena ZJN-2, za katero je Ustavno sodišče ugotovilo, da je v neskladju z Ustavo. Iz enakih razlogov, kot je protiustavna navedena določba ZJN-2, sta v tem delu protiustavna tudi tretji odstavek 47. člena in četrti odstavek 48. člena ZJNVETPS. Zato ju je Ustavno sodišče razveljavilo v delu, v katerem se nanašata na drugo alinejo četrtega odstavka 42. člena ZJN-2 (2. točka izreka).

C.

22. Ustavno sodišče je sprejelo to odločbo na podlagi 43. člena ZUstS in tretje alineje tretjega odstavka 46. člena Poslovnika Ustavnega sodišča (Uradni list RS, št. 86/07, 54/10 in 56/11) v sestavi: podpredsednik mag. Miroslav Mozetič ter sodnice in sodnika dr. Mitja Deisinger, dr. Dunja Jadek Pensa, mag. Marta Klampfer, dr. Etelka Korpič - Horvat, Jasna Pogačar, dr. Jadranka Sovdat in Jan Zobec. Odločbo je sprejelo soglasno.

mag. Miroslav Mozetič
Podpredsednik

Opombe:

[1] Med postopkom pred Ustavnim sodiščem se je nad družbo Zvon Dva Holding začel stečajni postopek – sklep Okrožnega sodišča v Mariboru št. St 655/2011 z dne 12. 1. 2012.

[2] Prim. J. M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Claredon Press, Oxford 1996, str. 40.

[3] Prim. P. Černigoj, v IV. posvetovanje: Aktualna vprašanja gospodarskih poslov, Zbornik referatov Rogaška Slatina 13. do 15. junija 1996, Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor 1996.

[4] B. Zabel, *Pravo javnih naročil*, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997, str. 18. Glej tudi Evropska komisija, *Green Paper; Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*, COM(96) 583, november 1996, ki razume v tem smislu večkrat ponovljeno načelo vrednost za denar (*value for money*).

[5] Prim. tudi drugo uvodno izjavo Direktive 2004/18.

[6] Povzeto po Evropska komisija, *Green paper on the modernisation of EU public procurement policy – Towards a more efficient Public Procurement Market*, COM(2011) 15, januar 2011, str. 48.

[7] Prim. tudi ustavnosodno presojo vprašanj, povezanih s koncesijami: v postopku oddaje koncesije mora biti omogočeno, da lahko vsakdo pod enakimi pogoji pridobi koncesijo – odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-98/04 z dne 9. 11. 2006, Uradni list RS, št. 120/06, in OdlUS XV, 78, in št. U-I-3/02 z dne 18. 11. 2004, OdlUS XIII, 76, in Uradni list RS, št. 132/04.

[8] Tudi v nemški ustavnosodni presoji položaj ponudnika ni varovan v okviru svobodnega opravljanja poklica (12. člen Temeljnega zakona), temveč v okviru splošnega načela enakosti iz 3. člena Temeljnega zakona. Glej npr. sodbi št. 1BvR 261/10 z dne 11. 8. 1993 in št. 1 BvR 1160/03 z dne 13. 6. 2006. Enako je tudi stališče pravne teorije, prim. npr. P. F. Bultmann, *Beihilfenrecht und Vergaberecht: Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung – ein Leistungsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, str. 238; H. Barth, *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*, Peter Lang Verlag, Frankfurt ob Majni 2010, str. 181.

[9] Prim. tudi T. Pollmann, *Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht*, Duncker & Humblot, 2009, str. 43 in nasl.

[10] Obrazložitev amandmaja k 18. členu ZJN-2C (EPA 1624-IV).

[11] Magnetogram 25. seje Državnega zbora z dne 4. 3. 2011 (EPA 1624-IV).

Vrsta zadeve:

ocena ustavnosti in zakonitosti predpisov in drugih splošnih aktov

Vrsta akta:

zakon

Vlagatelj:

Adria Airways, d. d., Ljubljana in Cetus, d. d., Celje

Datum vloge:

10. 10. 2011

Datum odločitve:

24. 5. 2012

Vrsta odločitve:

odločba

Vrsta rešitve:

razveljavitev ali odprava

razveljavitev ali odprava

Objava:

Uradni list RS, št. 43/2012

Dokument:

US29760