



# **Sprememba cen in drugih sestavin v pogodbah o izvedbi javnih naročil**

Izr. prof. dr. Aleksij Mužina, spec. upr. pr



***Pravno izhodišče*** glede spreminjanja pogodb javnega naročila je, da po oddaji javnega naročila slednjega praviloma ni dovoljeno bistveno spremeniti z dogovorom med naročnikom in izbranim ponudnikom, pač pa je treba izvesti nov postopek za oddajo tako spremenjenega naročila.



ZJN-3 predstavlja **samostojno pravno podlago za presojo dopustnosti sprememb** pogodbe o izvedbi javnega naročila oz. okvirnega sporazuma.

Pogodba o izvedbi javnega naročila oz. okvirnega sporazuma se namreč lahko na temelju pravil javnega naročanja spremeni ne glede na to, ali so po pogojih obligacijskega prava za to izpolnjeni pogoji.

(op. Obligacijski zakonik v primeru spremenjenih okoliščin, razen v primeru gradbene pogodbe, ne predvideva prilagoditve pogodbe, temveč njeno razvezo.)



## Generalna klavzula dopustne spremembe (cen)

a) Po normativni ureditvi so **splošno dopustne (ne glede na njihovo vrednost)** tiste spremembe prvotne pogodbe, tudi če gre pri njih sicer za bistveno spremembo pogodbe, za katere velja, da je **sprememba vnaprej jasno in natančno predvidena v prvotni dokumentaciji in da ne spreminja splošne narave** pogodbe o izvedbi javnega naročila.

Dopustne so spremembe v skladu s pogodbo (*op. 656. člen Obligacijskega zakonika*), ne pa spremembe pogodbe same.



## Generalna klavzula dopustne spremembe

Omejitve iz Pravilnika o načinih valorizacije denarnih obveznosti, ki jih v večletnih pogodbah dogovarjajo pravne osebe javnega sektorja (Uradni list RS, št. 1/04; v nadaljevanju: Pravilnik) ne izključujejo uporabe pravil 656. člena OZ.

Predlagana razlaga – dodal a.m.: „(1) **Tudi** Če je bilo dogovorjeno, da se cena za dela ne bo spremenila, ko bi se po sklenitvi pogodbe zvišale cene za elemente, na podlagi katerih je bila določena, lahko izvajalec kljub takemu pogodbenemu določilu zahteva spremembo, če so se cene za elemente toliko zvišale, da bi morala biti cena za dela več kot za deset odstotkov višja.



## Vprašanje ocene sredstev za spremembo (v okviru osnovnega javnega naročila) kot pogoj dopustnosti spremembe po 1. točki 95. člena ZJN-3?

**Odklonilno:** Takšne določbe niti iz ZJN-3 niti direktive ni najti, prim. direktive:

*če so spremembe ne glede na njihovo denarno vrednost predvidene 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 opcijah. V takih določbah so navedeni **obseg** in vrsta **možnih sprememb** ali opcij ter **pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo**. Ne predvidevajo pa sprememb ali opcij, ki bi spremenile splošno naravo pogodbe o izvedbi javnega naročila ali okvirnega sporazuma.*



## Vprašanje ocene sredstev za spremembo (v okviru osnovnega javnega naročila) kot pogoj dopustnosti spremembe po 1. točki 95. člena ZJN-3?

Drugačno stališče MJU, ki ga utemeljuje na 24. členu ZJN-3

*(1) Izračun ocenjene vrednosti javnega naročila temelji na celotnem plačljivem znesku brez DDV, kakor ga oceni naročnik, vključno s katero koli **opcijo** in **morebitnimi podaljšanji naročil**, kakor je izrecno navedeno v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.*

**Vendar pa 656. člen OZ/Pravilnik ni niti opcija niti podaljšanje pogodbe.**



## Vprašanje ocene sredstev za spremembo (v okviru osnovnega javnega naročila) kot pogoj dopustnosti spremembe po 1. točki 95. člena ZJN-3?

**Odklonilno:** Celo pravila obligacijskega prava določajo pravila javnopravnih posegov v pogodbeno razmerja:

*„Določbe **predpisov**, s katerimi je delno ali v celoti **določena vsebina pogodb**, so **sestavni del teh pogodb** in jih dopolnjujejo ali pa **stopajo na mesto pogodbenih določil, ki niso v skladu z njimi**“ (drugi odstavek 17. člena Obligacijskega zakonika)*

656. člen OZ/Pravilnik sta prisilna predpisa **kogentne narave in tako predstavlja vsebino pogodbenega razmerja** (arg. in ne opcijo).





## Vprašanje ocene sredstev za spremembo (v okviru osnovnega javnega naročila) kot pogoj dopustnosti spremembe po 1. točki 95. člena ZJN-3?

**Izjema:** četudi bi bila sklenitev aneksa utemeljena bi lahko pogodbeni vrednost *in fine* presegla prag uporabe prava EU.

**V primeru, da pri dosedanjem postopku naročnik ni** ravnal skladno s pravili EU (t.j. naročili velike vrednosti (5.382.000)) predstavlja ta vrednost absolutno omejitev, saj predstavlja drugačno ravnanje prekršek: ....če kot naročnik:

1. *izbere način določitve vrednosti javnega naročila na način, da bi se zaradi nižje ocenjene vrednosti izognila uporabi tega zakona (24. člen);«*



## Generalna klavzula dopustne spremembe

**b) dodatne gradnje/storitve (ne presežne količine/cena se ne spremeni, spremeni se vrednost pogodbe),**

**c) spremenjene okoliščine.**

**Za ostale pogodbene tipe (gradbena glej tč. 1) nekatera stališča MJU (št. 430-1/2021/1 z dne 25.11.2021) predvidevajo zvišanje cene, sklicujoč se na 3. točko 95. člena ZJN-3.**

**Op. omejitev pri spremenjenih okoliščinah (tč. 3.),  
ne pri indeksni klavzuli (tč. 1).**



## Generalna klavzula dopustne spremembe

### c) spremenjene okoliščine

Ker je Vrhovno sodišče v zadevi IV Ips 64/2017 presodilo, da »Zadošča že *objektivna možnost izbire drugega ponudnika, sprejem druge ponudbe oziroma udeležbe drugih ponudnikov.*« je onkraj dvoma **nedopustno spremeniti dela, brez da bi opravili t.i. test nebitvenosti (pri izpolnitvi pogojev iz a. do d. je sicer test dodatnega značaja).**

Ker je iz vidika doktrine *Finn Frogne* lahko tudi zmanjšanje predmeta bistvena sprememba, velja smiselno enako tudi za **spremembo del.**



## Generalna klavzula dopustne spremembe

### d) step-in klavzula

(ne nujno pravno nasledstvo - C 461/20)

V začetku letošnjega leta je Sodišče EU v primeru prestrukturiranja na izvajalski strani odločilo, da pravno nasledstvo ni bistveno, ker je potrebno na te položaj gledati pragmatično.

e) nebistvena sprememba – izhodišče t.i. test nebistvenosti (95/4 člen ZJN-3): „.....ne glede na vrednost...“

*Osnovni, kvalitativni test presoje bistvenosti: Vrhovno sodišče IV Ips 64/2017: Zadošča že **objektivna možnost** izbire drugega ponudnika, sprejem druge ponudbe oziroma udeležbe drugih ponudnikov.*



## Razlika z Direktivami

Kljub podobnosti pa je treba izpostaviti **posebno razliko, ki je edina ZJN-3**: po direktivah o javnem naročanju sprememba, ki ne presega 10% oziroma 15%, predstavlja **de minimis ali t. i. absolutno nebistveno spremembo**; sprememba do 50% pa pogojno nebistveno spremembo, medtem ko nacionalna ureditev postavlja zgornjo mejo za nebistveno spremembo drugače, in sicer na 30%.

Nacionalna javno-naročniška zakonodaja je strožja od evropske tudi glede tega, da **30% omejitev v primeru več zaporednih sprememb pogodbe velja za vrednost vseh sprememb skupaj** (in ne le posamezne spremembe, kot določa direktiva).



## Razlika z Direktivami – posebej o *de minimis*

Nacionalno zakonodajo je v odnosu do prava EU razlagati v skladu z načelom lojalne razlage, zato je treba določbo *de minimis*, ki v pravu EU dopušča spremembo pogodbe (o dobavi blaga/izvajanju storitev) v vrednosti do 10/15%, upoštevati **samostojno in neodvisno od generalne klavzule o splošni nedopustnosti sprememb** iz četrtega odstavka 95. člena ZJN-3.

Po avtorjevem mnenju velja to ne glede na to, da vrednost ne presega praga EU, kot npr. izhaja iz aktualne zadevi C 376/21, *Obshtina Razlog*, točka 52- 55 (op. ne zamenjevati z vertikalnimi neposrednim učinkom med ponudnikom in naročnikom).



## Razlika z Direktivami – posebej o *de minimis*

Zato v primeru spremembe do 10%/15% pogodbene vrednosti **preverjanje – test nebitvenosti ni ex lege nujno in bi v takem primeru bila sprememba pogodbe o izvedbi javnega naročila v načelu splošno dopustna**, razen, če bi okoliščine dokazovale nasprotno (primer, ko bi med prvim in drugim najugodnejšim ponudnikom po merilu cena bilo zgolj nekaj desetink odstotka razlike). V slednjem primeru bi svetovali, da se, ne glede na to, da znaša sprememba manj kot 10/15%, **test nebitvenosti** opravi v smislu druge pravne podlage, *t.j. 5. točke prvega odstavka 95. člena ZJN-3*

Da je takšna razlaga pravilna, kaže tudi besedilo 60. člena ZNKP, kjer je Direktiva (sicer 2014/23/EU) popolneje prenesena.



## Dopustnost postavljanja strožjih pogojev v slovenski zakonodaji (30% vs. 50%)?

Za rešitev tega vprašanja je namreč treba najprej razrešiti tri vprašanja;

- ali (1) Direktivi (enako sedaj sodna praksa Sodišča EU) določata le minimalne pogoje,
- ali (2) Direktivi (enako sedaj sodna praksa Sodišča EU) uvajata polno harmonizacijo,
- ali pa (3) Direktivi (enako sedaj sodna praksa Sodišča EU) dopuščata odstopanja, ki ne nasprotujejo njenemu namenu; nato pa z vidika ustreznega načina učinkovanja Direktiv (enako sedaj sodne prakse Sodišča EU) ovrednotiti razhajanje med zakonodajo EU in nacionalno zakonodajo.





## Gradbena pogodba se uskladi

V primeru nastopa spremenjenih okoliščin pri gradbeni pogodbi (prof. Juhart: inflacija ni spremenjena okoliščina) ima izvajalec (tudi) v primeru klavzule o fiksni ceni pod pogoji iz 656. člena OZ možnost zahtevati zvišanje pogodbeno dogovorjene cene.

*A contrario* v primeru zakonsko dopustnega deleža zvišanja tako po naši oceni **ne pride v poštev uporaba 112. člena OZ**, ki sicer določa splošna pravila glede možnega postopanja prizadete stranke v primeru nastopa spremenjenih okoliščin.

**Gradbena pogodba se tako usklajuje in ne razvezuje tako, kot vsi ostali pogodbeni tipi.**

**Z avtonomno ureditvijo prava javnih naročil se podlaga za spremembo pogodbenih cen dopolnjuje (ppt. 3).**



## Aneksiranje gradbene ali druge pogodbe

### Izpostavljene dileme v praksi:

- 656. člen OZ sam po sebi ne predvideva sklepanja Aneksa k pogodbi, vendar naročnik z vidika pravil javnega prava (zlasti v naročnik v smislu 50. člena ZJF) ne sme prevzeti obveznosti drugače, kot s pisno pogodbo – **uskladitveni aneks.**
- Trenutek, od katerega se upošteva povišanje (sklenitev pisne pogodbe - prim. 655 OZ ali izbira ponudbe, kot nastanek pred/pogodbe, morda že končni rok za oddajo ponudbe?)
- **Ali naj med gradbeno in ostalimi pogodbami razlike (še) obstajajo? Da, vendar bistveno omejeno zaradi pravil javnega naročanja.**