

MESTNA OBČINA NOVO MESTO  
Nadzorni odbor  
Seidlova cesta 1  
8000 Novo mesto

Številka: 032-15/2014  
Datum: 7. 6. 2016

Mestna občina Novo mesto  
Župan

**Zadeva: Mnenje v zvezi z oddajo in-house naročil**

Prejeli smo vaše zaprosilo za strokovo mnenje, v katerem navajate, da je javno podjetje Komunala Novo mesto d.o.o. v 100-odstotni lasti več lokalnih skupnosti, od katerih je Mestna občina Novo mesto večinski lastnik (65,76-odstotkov) in ustanovitelj. V izogib morebitnim nejasnostim v zvezi s podeljevanjem in-house naročil boste zaprosili tudi računsko sodišče za stališče glede na določilo 5. odstavka 28. člena ZJN-3, za stališče ste zaprosili tudi NO MONM glede vašega predloga za nadaljno uporabo določil ZJN-3 in "in-house" naročil.

Vaše vprašanje glasi:

"Ali v primeru sklepanja pogodb po in-house z javnim podjetjem Komunala Novo mesto d.o.o. izbrati določilo 1. odstavka ali 4. odstavka 28. člena ZJN-3?"

Glede na vaše navedbe v zaprosilu št. 4301-8/2016-1 (405) z dne 21. 4. 2016 podajamo naslednja mnenja:

*Doktrina notranjih izvajalcev v slovenski zakonodaji in direktivah do začetka veljavnosti novega zakona o javnem naročanju (ZJN-3):*

Naročila med gospodarsko povezanimi osebami (notranja naročila) oziroma tako imenovana doktrina in-house naročil so bila do 1.4.2016 v slovenski zakonodaji urejena v osmi točki prvega odstavka 17. člena ZJN-2 in šesti točki prvega odstavka 19. člena ZJNVETPS. V obeh primerih sodijo naročila gospodarsko povezanih oseb med splošne izjeme in niso predmet javnega naročanja.

Splošna izjema temelji na oceni, da je treba pri opredelitvi naročnika in njegovih poslov izhajati iz ekonomske, organizacijske oziroma gospodarske povezanosti določenih oseb in ne zgolj iz pravne subjektivitete. V širšem smislu "in-house" razmerja predstavljajo situacije, ko javni naročnik sklene pogodbe z družbami, ki imajo pravno osebnost, vendar jih naročnik kontrolira. Za našo obravnavo inSTITUTE notranjih izvajalcev in na splošno za področje javnih naročil so pomembna in-house razmerja v širšem smislu.

Instituta naročil in-house direktivi 2004/18 ES in 2004/17 ES normativno nista urejali, ampak se je ta institut razvil s sodno prakso Sodišča EU (C-107/98, Teckal, C-84/03, Komisija Evropske skupnosti proti Kraljevini Španiji idr.).

Pri notranjem razmerju dejansko ne gre za javno naročilo, saj druga predpostavka pogodbenega razmerja ni izpolnjena, saj v razmerju in-house ni mogoče govoriti o soglasju volj.

Javno podjetje Komunala Novo mesto d.o.o. ima družbeno pogodbo (pogodbo obligacijskega prava), v kateri so družbeniki tudi določili način izvrševanja svojih upravljalških upravičenj, v kolikor ga ni določil že sam ZGD (438. člen).

V družbeni pogodbi (11. člen) je določeno, da osnovni kapital javnega podjetja Komunala Novo mesto d.o.o. znaša 3,939.510,00 evrov. Mestna občina Novo mesto (odslej MO NM) ima v njem 65,76-odstotni delež, Občina Šentjernej 7,95-odstotni delež, Občina Dolenjske Toplice 4,41-odstotni delež, Občina Škocjan 3,36-odstotni delež, Občina Mirna peč 3,07-odstotni delež, Občina Žužemberk 5,13-odstotni delež, Občina Straža 5,56-odstotni delež in Občina Šmarješke Toplice 4,76-odstotni delež (12. člen družbene pogodbe).

Javno podjetje ima skupščino, nadzorni svet, direktorja in skupni organ ustanoviteljic – svet županov (32. člen družbene pogodbe).

Skupščina družbe odloča o zadevah, za katere tako določa odlok o ustanovitvi javnega podjetja Komunala Novo mesto, d.o.o., ta družbeno pogodba in v drugih zadevah, ki jih določa zakon. Način odločanja in potrebna kapitalska večina je določena v 50. členu te družbene pogodbe (33. člen družbene pogodbe). Skupščina opredeljuje temeljne usmeritve razvoja javnega podjetja ter odloča o povečanju in zmanjšanju osnovnega kapitala, o poslovnem poročilu javnega podjetja, o sprejetju letnega poročila stanja, in o uporabi bilančnega dobička.

Skupščina imenuje nadzorni svet, ki šteje sedem članov in v katerem ima MO NM tri člane (predstavniki večinskega družbenika), dva člana sta predstavnika manjšinskih predstavnikov družbe, tri člane pa imenuje svet delavcev (64. člen družbene pogodbe).

Nadzorni svet opravlja nadzor nad poslovanjem javnega podjetja, imenuje in razrešuje direktorja družbe, nadzira uresničevanje sklepov skupščine (65. člen družbene pogodbe). Direktor družbe opravlja poslovodno funkcijo, organizira in vodi delovni proces in poslovanje družbe (59. člen družbene pogodbe). Na podlagi 12. alineje 59. člena družbene pogodbe je dolžan pridobiti predhodno soglasje vseh občinskih svetov oz. vseh družbenikov k nekaterim pomembnejšim odločitvam oz. vlaganja v druge družbe oz. pravne osebe ter o nakupu in prodaji oziroma prevzemu kapitalskih deležev drugih družb oziroma pravnih oseb.

#### **Mnenje št. 1 – uporaba splošne izjeme, 8. točke prvega odstavka 17. člena ZJN-2E:**

Iz določil družbene pogodbe izhaja, da pogoj (8. točka 17. člena ZJN-2E) glede dejanskega izvajanja neposrednega nadzora občine nad javnim podjetjem Komunala Novo mesto d.o.o., ki bi bil primerljiv nadzoru nad notranjimi organizacijskimi enotami občine, ni izpolnjen. Občina nad poslovanjem javnega podjetja Komunala Novo mesto d.o.o. nima dejanskega neposrednega nadzora, saj ima po določilih 64. člena družbene pogodbe v nadzornem svetu 42,86-odstotni manjšinski vpliv na sprejem odločitev nadzornega sveta.

MO NM za neposredno sklepanje pogodb o javnih naročilih (torej brez javnega razpisa) z javnim podjetjem Komunala Novo mesto d.o.o. ni imela izpolnjenih pogojev, kot so bili določeni v 8. točki prvega odstavka 17. člena ZJN-2, saj ni imela nadzora nad poslovanjem javnega podjetja, ki bi bil primerljiv nadzoru nad notranjimi organizacijskimi enotami MO NM.

MO NM bi za sklepanje pogodb z javnim podjetjem Komunla Novo mesto d.o.o. morala izvesti javno naročilo po enem izmed postopkov, ki jih predpisuje 24. člen ZJN-2.

**Novi direktivi EU – javna naročila in-house, začetek veljavnosti novega zakona o javnem naročanju (ZJN-3) z dnem 01.04.2016 (Uradni list RS, št. 91/15):**

**Mnenje št. 2 – uporaba 1. odstavka 28. člena ZJN-3:**

Z implementacijo vsebine Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES in Direktive 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnost na vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštne storitve, ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES, v novi zakon o javnem naročanju (ZJN-3) se tudi v slovenski gospodarski prostor uvaja učinkovitejša raba javnih sredstev.

Novi ZJN-3 razveljavlja ZINVETPS, zato je v ZJN-3 vključeno tudi javno naročanje za vodni, energetski in transportni sektor.

V sprejetih direktivah je tako prvič normativno urejena tudi doktrina notranjih izvajalcev, ki je sprejeta v enakem besedilu tako za klasično področje (12. člen Direktive 2014/24/EU) kot za infrastrukturno področje (28. člen Direktive 2014/25/EU). Doktrina in-house naročil je v novih direktivah normirana kot javno naročilo, ki ga javni naročnik odda pravni osebi zasebnega ali javnega prava. To ne spada na področje uporabe pravil o javnem naročanju, če so kumulativno izpolnjeni vsi pogoji iz 1. odstavka 28. člena ZJN-3:

- a) ta naročnik obvladuje določeno pravno osebo podobno kot svoje službe;
- b) odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 odstotkov svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je dal ta naročnik, ki jo obvladuje ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta naročnik;
- c) v odvisni pravni osebi neposreden zasebni kapital ni udeležen in
- č) vrednost predmeta naročanja je enaka ali nižja od cen za ta predmet na trgu.

Šteje se, da javni naročnik obvladuje pravno osebo podobno kot svoje službe v smislu točke (a), če odločilno vpliva na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe. Tako obvladovanje lahko izvaja tudi druga pravna oseba, ki jo na enak način obvladuje javni naročnik.

Glede na določila v že zgoraj omenjeni družbeni pogodbi javnega podjetja Komunala Novo mesto d.o.o. menimo, da ni izpolnjen prvi pogoj 1/28. člena ZJN-3, saj MO NM nima večinskega vpliva na sprejem odločitev nadzornega sveta, ki je po 32. členu družbene pogodbe in po 8. členu Odloka o ustanovitvi javnega podjetja Komunala Novo mesto d.o.o. eden izmed štirih organov javnega podjetja.

S tem MO NM nima izpolnjenih pogojev za sklenitev neposredne pogodbe v okviru notranjega naročanja (in-house izjeme) z javnim podjetjem, kot je določeno v 1. odstavku 28. člena ZJN-3, saj MO NM dejansko neposredno ne obvladuje javnega podjetja Komunala Novo mesto d.o.o. kot svoje službe, saj ne more dejansko odločilno vplivati na strateške cilje in na pomembne odločitve tega podjetja, ker ima v nadzornem svetu odvisne družbe samo tri predstavnike od skupno sedmih članov in s tem manjšinski (42,86-odstotni) vpliv na

sprejem odločitev nadzornega sveta odvisne pravne osebe oz. javnega podjetja Komunala Novo mesto d.o.o..

**Mnenje št. 3 – uporaba (med javnimi naročniki) 4. odstavka 28. člena ZJN-3:**

Direktivi urejata tudi razmerje, ko javni naročnik (naročnik iz a), b) ali c) točke prvega odstavka 9. člena tega zakona, ki ne obvladuje pravne osebe javnega prava, kot je določeno v prvem odstavku tega člena, lahko tej pravni osebi vseeno odda javno naročilo, ne da bi pri tem uporabil ta zakon, če so izpolnjeni naslednji pogoji (4/28 ZJN-3):

- a) ta naročnik skupaj z drugimi naročniki iz a), b) ali c) točke prvega odstavka 9. člena tega zakona obvladuje pravno osebo podobno kot svoje službe in
- b) pravna oseba izvaja več kot 80 odstotkov svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki so ji jih ti naročniki, ki jo obvladujejo, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladujejo ti naročniki, in
- c) v odvisni pravni osebi neposreden zasebni kapital ni udeležen.

***Ad a)***

V petem odstavku 28. člena ZJN-3 je določeno, kaj se šteje, da naročniki iz a), b) ali c) točke prvega odstavka 9. člena ZJN-3 skupaj obvladujejo pravno osebo, če so izpolnjeni naslednji pogoji:

- a) organe odločanja odvisne pravne osebe sestavljajo predstavniki vseh udeleženih naročnikov iz a), b) ali c) točke prvega odstavka 9. člena tega zakona. Posamezni predstavniki lahko zastopajo več sodelujočih naročnikov ali vse te sodelujoče naročnike;
- b) ti naročniki lahko skupaj odločilno vplivajo na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe in
- c) odvisna pravna oseba nima interesov, ki so v nasprotju z interesi teh naročnikov, ki jo obvladujejo.

***Ad b)***

V sedmem odstavku 28. člena ZJN-3 pa je natančnejša opredelitev določanja odstotka dejavnosti in sicer:

Pri določanju odstotka dejavnosti iz b) točke prvega odstavka b) točke četrtega odstavka tega člena se upošteva skupni povprečni promet ali drug ustrezen dejavnik, ki temelji na dejavnosti, kot so stroški pravne osebe ali naročnika iz a), b) točke prvega odstavka 9. člena tega zakona v zvezi s storitvami, blagom in gradnjami v treh letih pred oddajo javnega naročila.

*Gre za drugi pogoj, da so dejavnosti notranjega subjekta naloge, ki mu jih dodelijo subjekti, ki ga obvladujejo (gospodarska odvisnost), glavna in nedvomno pretežna dejavnosti javnih podjetij je izvajanje lokalne gospodarske javne službe, ki jim javno naročilo služi.*

*Javno podjetje (izvajalec del) opravlja dejavnost "v bistvu za naročnika", oziroma javno podjetje opravlja večji del dejavnosti z občinami, ki so v javnem podjetju udeležene.*

**Ad c)**

Kot tretji pogoj se v subjektu, ki prejme naročilo ne sme pojavljati zasebni kapital oziroma mora biti podeljevalec naročila (skupaj z ostalimi podeljevalci – praviloma občinami) v celoti "lastnik" izvajalca.

**Zaključek mnenj oz. dajanja zagotovila zgolj z upoštevanjem Novega zakona ZJN -3**

*Za pogodbe, sklenjene med subjekti v javnem sektorju, se v določenih primerih ne uporabljajo pravila o javnem naročanju. Dejstvo, da sta obe pogodbeni stranki tudi javna organa, samo po sebi ne izključuje uporabe pravil o javnem naročanju. Vendar pa uporaba pravil o javnem naročanju ne bi smela posegati v svobodo javnih organov, da izvajajo naloge na področju javnih storitev, za katere so pristojni za uporabo lastnih virov, kar zajema tudi možnost sodelovanja z drugimi javnimi organi.*

*Za javna naročila, ki se oddajo odvisnim pravnim osebam, se postopki iz Novega zakona ZJN-3 ne uporabljajo, če naročnik obvladuje določeno pravno osebo oz. jo naročniki skupaj obvladujejo podobno kot svoje službe, pod pogojem, da odvisna pravna oseba več kot 80 odstotkov svojih dejavnosti izvaja za izvrševanje nalog, ki ji jih je poveril naročnik, ki jo obvladuje. Izvzetje pa ne velja za primere, ko je zasebni gospodarski subjekt neposredno udeležen v kapitalu odvisne pravne osebe, saj bi imel v takih okoliščinah zasebni gospodarski subjekt z udeležbo kapitala v odvisni pravni osebi z oddajo javnega naročila brez konkurenčnega postopka neupravičeno prednost pred konkurenti.*

*Na podlagi 5.a. odstavka 28. člena ZJN-3 in 64. člena družbene pogodbe družbe Komunala Novo mesto d.o.o., javno podjetje, daje NO MONM zagotovilo, da ima Mestna občina Novo mesto izpolnjene pogoje za sklenitev "in-house" pogodbe z javnim podjetjem Komunala Novo mesto d.o.o..*

Ne glede na to, da je četrti odstavek 28. člena ZJN-3 milejši, saj ne vsebuje točke (č), da je vrednost predmeta naročanja enaka ali nižja od cen za ta predmet na trgu, ZJN-3 zavezuje naročnika, da ravnajo pri oddaji posla po in-house izjemi, ki se uvršča po sodni praksi Sodišča EU v okvir vertikalnega oz. institucionalnega sodelovanja, **skrbno in gospodarno oz. primerljivo s cenami na trgu, ki veljajo za istovrstne posle.**

Mnenje pripravila: Jožica Barbo Hrastar, preizkušeni notranji revizor



Predsednik  
Nadzornega odbora  
Mestne občine Novo mesto

Dušan ČERNE