

Številka: 035-1/2011-1

Datum : 3.2.2011

Komisija za preprečevanje Korupcije je na podlagi prvega odstavka 11. člena in 8. alineje prvega odstavka 12. člena Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije (U.I. RS, št. 45/2010, dalje ZIntPK) na seji dne 3.2.2011 sprejela naslednje

STALIŠČE

v zvezi z uporabo 35. člena ZIntPK glede omejitve poslovanja naročnikov z društvi

Za društva omejitve poslovanja po določbah prvega in drugega odstavka 35. člena ZIntPK veljajo v primerih, ko je funkcionar naročnika, ki posluje po predpisih o javnem naročanju ali družinski član tega funkcionarja oseba, ki je neposredno odgovorna za vodenje poslov, zastopanje ali zakonito poslovanje društva.

Omejitve poslovanja med naročniki in društvi ne veljajo, če je funkcionar ali njegov družinski član zgolj član društva ali član organa društva, ki ni neposredno odgovoren za vodenje in zastopanje društva v pravnem prometu.

Omejitve poslovanja med naročniki in društvi prav tako ne veljajo za pridobivanje sredstev za financiranje dejavnosti društva, kadar je to financiranje zakonsko določena dolžnost naročnika, ki sicer posluje po predpisih o javnem naročanju.

Obrazložitev:

Prvi odstavek 35. člena ZIntPK določa, da naročnik, ki posluje po predpisih o javnem naročanju, ne sme poslovati s subjekti, v katerih je funkcionar, ki pri tem naročniku opravlja funkcijo, ali njegov družinski član posloводства ali je neposredno ali posredno preko drugih pravnih oseb v več kot 5% udeležen pri ustanoviteljskih pravicah, upravljanju oziroma kapitalu. Drugi odstavek 35. člena ZIntPK navedeno prepoved poslovanja širi tudi na državne pomoči in druge oblike pridobivanja sredstev od naročnikov, ki poslujejo po predpisih o javnem naročanju ter na koncesije in druge oblike javno-zasebnega partnerstva, razen na državne pomoči v primeru naravnih nesreč.

Omejitve oziroma prepoved poslovanja torej nastane v dveh alternativno določenih primerih:

- če je funkcionar naročnika ali njegov družinski član udeležen kot član posloводства v subjektu, ki želi vstopiti v poslovno razmerje z naročnikom, ali
- če je funkcionar naročnika ali njegov družinski član v več kot 5% udeležen pri ustanoviteljskih pravicah, upravljanju oziroma kapitalu subjekta, ki želi vstopiti v poslovno razmerje z naročnikom.

Komisija za preprečevanje korupcije (dalje Komisija) je do sprejema svojega uradnega stališča na številna vprašanja, povezana z omejitvami poslovanja predvsem na lokalni ravni, dajala neobvezujoča mnenja oziroma odgovore, da prvi odstavek 35. člena ZIntPK prepoveduje tudi poslovanje med naročnikom, ki posluje po predpisih o javnem naročanju, in društvom, v katerem se aktivno udeležuje funkcionar naročnika ali funkcionarjev družinski član. Dne 13.1.2011 je Komisija prejela dopis Ministrstva za javno upravo (št. 007-44/2011/1), ki opozarja na težave, ki jih omenjena interpretacija povzroča v praksi delovanja društev v lokalnem okolju, in v katerem ministrstvo izraža mnenje, da se ob upoštevanju sistemske ureditve društev omejitve poslovanja iz prvega odstavka 35. člena ZIntPK za to obliko združevanja ne morejo uporabljati. Komisija se je zato odločila, da na svoji seji sprejme



uradno stališče Komisije do omenjenega vprašanja in podrobneje pojasni oziroma utemelji svoja stališča.

Stališče Komisije izhaja iz naslednjih predpostavk.

- Jezikovna, sistemska in namenska razlaga 35. člena ZIntPK ne nudijo določne osnove za zaključek, da 35. člen ZIntPK za društva (in druge v osnovi nepridobitne organizacije, npr. zasebne zavode) ne velja. Če bi zakonodajalec želel društva izključiti iz omejitev poslovanja, bi to lahko storil z izrecno navedbo, da omejitev za društva ne velja. Tako pa je zakonodajalec omenjeno določbo razširil, saj je termin »poslovni subjekt« po Zakonu o preprečevanju korupcije, ki je veljal pred ZIntPK, v novem zakonu spremenil zgolj v »subjekt«. Prav tako ni mogoče spregledati, da so v obrazložitvi predloga zakona društva posebej omenjena. Iz razprav, ki so potekale ob nastajanju zakona in v katere je bila vključena tudi Komisija, izhaja, da je slednja poudarjala, da društva - z vidika obvladovanja in omejevanja korupcijskih tveganj - ne bi smela biti v celoti izvzeta iz omejitev poslovanja. Komisija sicer dopušča možnost, da je izrečna omemba »društev« v obrazložitvi predloga ZIntPK ter izrečna opustitev navezne okoliščine »poslovni« subjekt (nehotena) napaka, kot to v svojem dopisu poudarja Ministrstvo za javno upravo, vendar se po tehtnem premisleku Komisija ne more postaviti v položaj, da bi v nasprotju z duhom in načeli ZIntPK ter mandata Komisije njegove določbe arbitrarno razlagala na način, ki bi zmanjševal omejitve poslovanja na področju, ki s stališča korupcijskih tveganj ni zanemarljivo. Dejstvo pa je, da tudi Komisija pri spremljanju implementacije zakona v praksi ugotavlja posamezne neživiljenjske situacije.
- Komisija se zaveda, da je delovanje društev v javnem interesu ter da gre za pomemben posredni izraz uveljavljanja temeljne ustavne pravice do združevanja. Vsakršno omejevanje poslovanja društev (četudi posredno preko določbe 35. člena ZIntPK) mora biti sorazmerno in določno.
- Obenem Komisija opozarja - in ima za to empirično podlago v svojih zaznavah in postopkih, povezanih s sumi koruptivnih ravnanj in nedovoljenih nasprotij interesov - da kljub nespornemu in prevladujočemu pozitivnemu vidiku delovanja društev na lokalnem in državnem nivoju to delovanje ni brez korupcijskih tveganj in tveganj nasprotja interesov. Zaradi specifične statusne oblike imajo društva zelo različno naravo in vsebino delovanja, vendar kot celota še zdaleč niso zanemarljiv družbeni institut. Po podatkih AJ PES ima preko 30% društev registrirano tudi pridobitno dejavnost, letno društva iz različnih virov pridobivajo relativno visoka finančna sredstva, v društvih pa je bilo v zadnjem letu polno zaposlenih preko 3.000 oseb.

Ob upoštevanju navedenega Komisija meni, da na društva ni mogoče aplicirati tistega dela prvega odstavka 35. člena ZIntPK, ki določa prepoved poslovanja v primeru, da je funkcionar naročnika ali njegov družinski član v več kot 5% udeležen pri ustanovitelskih pravilih, upravljanju oziroma kapitalu. Društvo ob upoštevanju določb Zakona o društvih (Ur.l. RS, št. 61/2006 in 58/2009, dalje ZDru-1) nima ustanovnega kapitala in posledično ni subjekt, v katerem bi bilo mogoče imeti kapitalski, ustanovitelski oziroma upravljavski delež. Zakon je sicer izrazilo dvoumen pri uporabi termina »upravljanje«, ki bi ga bilo mogoče razlagati tudi v kontekstu društev, vendar bi s tem ob upoštevanju določbe 12. člena ZDru-1, da društvo (neposredno ali posredno po predstavnikih, izvoljenih organih oziroma zastopniku društva) upravljajo člani društva, po mnenju Komisije nesorazmerno in tudi neustavno razširili omejitve poslovanja na vsa društva, v katerih je funkcionar ali njegov družinski član zgolj član društva.

Nadalje Komisija meni, da ob upoštevanju zgoraj izpostavljenih pravnih in dejanskih argumentov ni mogoče spregledati norme prvega odstavka 35. člena ZIntPK v delu, skladno s katerim se omejitve poslovanja vzpostavijo tudi, če je funkcionar naročnika ali njegov družinski član udeležen v društvu kot »član posloводства«. Poslovodja je v splošnem pomenu beseda oseba ali organ, ki vodi posle in zastopa pravni subjekt. Dejstvo je, da pravna oseba brez poslovodje ne more funkcionirati v pravnem prometu in društva pri tem niso izjema. 5. in 6. člen ZDru-1 določata, da društvo zastopa zastopnik, določen s temeljnim aktom društva, za zakonito poslovanje društva pa odgovarjata društvo in zastopnik. Ob dejstvu, da ZIntPK omejitev ni izrecno predpisal zgolj za poslovne subjekte in ob dejstvu, da v tem zakonu ni podlage za restriktivno razlago pojma »poslovodstvo« zgolj v smislu

določb zakona o gospodarskih družbah, je Komisija mnenja, da imajo tudi društva poslovodstvo oziroma poslovodjo v smislu ZIntPK, in sicer je to oseba, ki je član društva s temeljnim aktom društva pooblastijo za vodenje poslov društva oziroma ki društvo kot pravno osebo zastopa v pravnem prometu. Glede na določbo ZDru-1, da poleg društva za zakonitost poslovanja društva odgovarja zastopnik društva, je pričakovati, da bo v večini primerov poslovodna oseba društva njegov zastopnik.

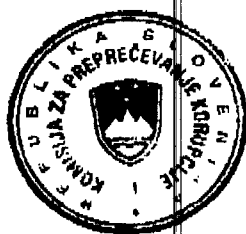
Komisija torej meni, da omejitve oziroma prepoved poslovanja po določbah prvega in drugega odstavka 35. člena ZIntPK veljajo v primerih, ko je funkcionar naročnika, ki posluje po predpisih o javnem naročanju ali družinski član tega funkcionarja oseba, neposredno odgovorna za vodenje poslov, zastopanje in zakonito poslovanje društva. Ne nastopi pa enaka omejitev - ne glede na določila statuta posameznega društva - že zgolj z dejstvom, da je določena oseba član društva ali je član organa društva, ki ni zakoniti zastopnik društva v pravnem prometu.

Glede na to, da se ZIntPK po izrecni določbi prvega odstavka 3. člena v javnem sektorju uporablja le, če drug zakon vprašanj, ki so urejena s tem zakonom, ne ureja drugače, pa Komisija meni, da omejitve poslovanja med naročniki in društvi ne veljajo za pridobivanje sredstev za financiranje dejavnosti društva, kadar je to financiranje zakonsko določena dolžnost naročnika, ki sicer posluje po predpisih o javnem naročanju.

Ob navedenem pa Komisija poudarja, da tudi v primeru poslovanja z društvi, v katerih je aktivno udeležen funkcionar naročnika ali njegov družinski član, vendar ne kot poslovodja oziroma zastopnik društva oziroma kot oseba, ki vodi njegove posle društva (v teh primerih po mnenju Komisije veljajo omejitve iz 35. člena) za naročnika oziroma njegove uradne osebe v celoti in brez izjeme veljajo ostale določbe 37. do 40. člena ZIntPK o nasprotju interesov in o dolžnosti izogibanja temu nasprotju.

Komisija na koncu ne more mimo ugotovitve, da je obstoječa zakonska ureditev omejitev poslovanja v primeru društev nedoločna in posledično pušča preveč odprtih vprašanj. Na eni strani ne upošteva realnih korupcijskih tveganj in nevarnosti nasprotij interesov, ki pri delu poslovanja z društvi in njihovega financiranja nedvomno obstajajo, po drugi strani pa tudi ustvarja posamične neživljenjske situacije v praksi. Potreba po spremembi zakonodaje na tem področju je - tudi v izogib morebitnim sporom ustavnosodne narave - očitna. Ob robu temu zaključku pa Komisija opozarja, da morebitna sprememba zakona ne bi smela zasledovati cilja, da se društva povsem izvzamejo iz omejitev poslovanja. Kot rečeno, društva pogosto opravljajo tudi pridobitno dejavnost (to jim dovoljuje 25. člen ZDru-1) in kadar bi se posamezno društvo pojavilo npr. v vlogi ponudnika blaga ali storitev v postopku javnega naročanja, so določbe o omejitvah poslovanja potrebne in primerne tudi za društva. Enako velja za primere, ko se statusna oblika društva izrablja za uresničevanje zasebnih pridobitnih interesov posameznikov. Za takšne primere je nujno potrebno določiti omejitve oziroma prepoved poslovanja tudi za društva..

Komisija za preprečevanje korupcije je na seji dne 3.2.2011 o navedenem stališču odločala v sestavi mag. Goran Klemenčič (predsednik), Rok Praprotnik (namestnik predsednika) in dr. Liljana Selinšek (namestnica predsednika). Stališče je bilo sprejeto soglasno.



Komisija za preprečevanje korupcije:
mag. Goran Klemenčič,
predsednik