



KOMISIJA ZA PREPREČEVANJE KORUPCIJE

REPUBLICA SLOVENIJA

Številka: 06272-2/2012/1

Datum: 12.4.2012

SISTEMSKO POJASNILO

O DOLŽNOSTI RAZKRITJA LASTNIŠTVA PONUDNIKA, KI SKLEPA POSEL Z ORGANI ALI ORGANIZACIJAMI JAVNEGA SEKTORJA

Na podlagi prvega odstavka 11. člena in 8. alineje prvega odstavka 12. člena Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije (Uradni list RS, št. 69/11 – uradno prečiščeno besedilo, v nadaljnjem besedilu: ZIntPK) sprejema Komisija za preprečevanje korupcije (v nadaljevanju: komisija) sistemsko pojasnilo o dolžnosti razkritja lastništva ponudnika, ki sklepa posel z organi ali organizacijami javnega sektorja (v nadaljevanju: subjekti javnega sektorja).

A. UVODNA POJASNILA

- 1 S spremembo ZIntPK, ki je pričela veljati 4.6.2011 (ZIntPK-B), je bila uvedena dolžnost pridobiti izjavo oziroma podatke o udeležbi fizičnih in pravnih oseb v lastništvu ponudnika, vključno z udeležbo tihih družbenikov, ter o gospodarskih subjektih, za katere se glede na določbe zakona, ki ureja gospodarske družbe, šteje, da so povezane družbe s ponudnikom. Sprememba zapolnjuje vrzel, ki je nastala s tem, ko je ZIntPK predpisal omejitve poslovanja med naročniki v javnem sektorju na eni strani in med subjekti, v katerih so udeleženi funkcionarji ter njihovi družinski člani, na drugi strani, obenem pa komisiji in drugim nadzornim organom pa tudi naročnikom ni nudil orodja (razen v kazenskih postopkih, ki pa so *ultima ratio* in primarno represivnega, ne preventivnega značaja), da bi dejansko preverjali, ali ni prišlo do obida teh omejitev skozi tihe družbenike in lastništva v *off shore* državah. Poleg tega pa je z določitvijo te obveznosti komisiji omogočeno izvajanje nadzorne funkcije zaradi preprečitve korupcijskih tveganj, saj podatki o lastništvu ponudnika in o morebitnem tihem družbeništvu, fiduciarnem lastništvu ter obstoju opcijskih in terminskih pogodb niso javne narave. Komisija vse od uveljavitve dolžnosti pridobivanja izjav oziroma podatkov o lastništvu ponudnika pred sklenitvijo pogodbe prejema številna vprašanja v zvezi s to dolžnostjo, zato je z namenom podrobno pojasniti vsebino in razsežnosti šestega odstavka 14. člena ZIntPK pristopila k pripravi sistema pojasnila o dolžnosti pridobitve izjave oziroma podatkov o lastniški strukturi ponudnika pred sklenitvijo pogodb, ki jih sklepajo subjekti javnega sektorja.

B. ZAKONSKA UREDITEV DOLŽNOSTI RAZKRITJA LASTNIŠTVA

(a) Namen dolžnosti razkritja lastništva ponudnika, ki sklepa posel s subjektom javnega sektorja

- 2 Namen izjave o lastniški strukturi je izboljšati transparentnost poslovanja in dati subjektom javnega sektorja možnost, da učinkovito pazijo na omejitve poslovanja¹ (35. in 36. člen ZIntPK, ter šesti odstavek 100. člena Zakona o javnih uslužbencih (Uradni list RS, št. 63/07 - uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 69/08 in 74/09, v nadaljevanju: ZJU)) in na dolžno izogibanje nasprotju interesov s strani svojih zaposlenih (37. do 40. člen ZIntPK in sedmi odstavek 100. člena ZJU) oziroma preprečijo obid teh določb. Pomembno je, da izjava o lastniški strukturi vsebuje podatke o fizičnih osebah, ki so posredno ali neposredno lastniško udeležene v ponudniku, saj omejitve poslovanja pa tudi nasprotje interesov nastanejo kot posledica položaja oziroma aktivnosti fizičnih oseb. Po pridobitvi izjave je potrebno preveriti, ali bi v primeru sklenitve pogodbe z izbranim ponudnikom prišlo do kršitev določb o omejitvah poslovanja oziroma ali je v postopku sklepanja poslov na strani organa morda sodelovala kakšna oseba, ki bi utegnila biti v nasprotju interesov, in temu primerno postopati v nadaljevanju postopka sklepanja posla, npr. izbrati drugega ponudnika, izločiti javnega uslužbenca iz postopka ipd., odvisno od ugotovljenih okoliščin.

(b) Zavezanci za pridobitev izjave o lastništvu

- 3 Izjavo oziroma podatke o udeležbi fizičnih in pravnih oseb v lastništvu ponudnika, vključno z udeležbo tihih družbenikov, ter o gospodarskih subjektih, za katere se glede na določbe zakona, ki ureja gospodarske družbe (v nadaljevanju: izjava o lastniški strukturi ponudnika) šteje, da so povezane družbe z lastnikom, so dolžni pridobiti **organi in organizacije javnega sektorja, ki so zavezani postopke javnega naročanja voditi skladno s predpisi, ki urejajo javno naročanje, kadar sklepajo pogodbe v vrednosti nad 10.000 evrov brez DDV s ponudniki.**
- 4 ZIntPK v 4. točki 4. člena določa, da ima »javni sektor« isti pomen kot javni sektor po zakonu, ki ureja javne uslužbenke, vključno z javnimi podjetji in gospodarskimi družbami, v katerih ima večinski delež oziroma prevladujoč vpliv država ali lokalna skupnost. ZJU v javni sektor uvršča:
- državne organe in uprave samoupravnih lokalnih skupnosti;
 - javne agencije, javne sklade, javne zavode in javne gospodarske zavode;
 - druge osebe javnega prava, če so posredni uporabniki državnega proračuna ali proračuna lokalne skupnosti.
- 5 Definicijo »javnega sektorja« po ZJU pa ZIntPK razširja še na:
- javna podjetja in
 - gospodarske družbe, v katerih ima večinski delež oziroma prevladujoč vpliv država ali lokalna skupnost, pri čemer komisija zavzema stališče, da ta določba zajema neposredne in posredne večinske deleže.
- 6 Subjekti javnega sektorja morajo pridobiti izjavo, če so zavezani voditi postopke javnega naročanja skladno s predpisi, ki urejajo javno naročanje. Predpisov, ki urejajo javno naročanje, je več, pri čemer so nekateri splošnejši in določajo postopke javnega naročanja na splošno, to je Zakon o javnem naročanju

¹ V zvezi z **OMEJITVAMI POSLOVANJA** glej ažurirano Sistemsko pojasnilo o omejitvah oziroma prepovedi poslovanja po Zakonu o integriteti in preprečevanju korupcije, ki ga je senat Komisije za preprečevanje korupcije sprejel dne 12.4.2012. Sistemsko pojasnilo je dostopno na spletnih straneh komisije.

(Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 18/11, v nadaljevanju: ZJN-2), drugi pa za posamezna področja npr. Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštne storitev (Uradni list RS, št. 72/11 – uradno prečiščeno besedilo), Zakon o obrambi (Uradni list RS, št. 103/04 – uradno prečiščeno besedilo), Uredba o obrambnih in zaupnih naročilih (Uradni list RS, št. 80/07) ipd. V vseh teh primerih, ko subjekti javnega sektorja vodijo postopke javnega naročanja v skladu s temi predpisi, so hkrati dolžni pridobiti izjavo o lastniški strukturi ponudnika. V tem je bistvena razlika med zavezanci za vključitev protikorupcijske klavzule v pogodbe po drugem odstavku 14. člena ZIntPK ter zavezanci za pridobitev izjave o lastniški strukturi po šestem odstavku istega člena; prvi so vsi subjekti javnega sektorja, kot jih določa ZIntPK v 4. točki 4. člena, kadar so naročniki in sklepajo pogodbe s ponudniki, prodajalci blaga, storitev ali izvajalci del, drugi pa so le tisti subjekti javnega sektorja, ki so zavezani postopke javnega naročanja voditi skladno s predpisi, ki urejajo javno naročanje.

- 7 Četudi zgoraj primeroma navedeni predpisi, ki urejajo javno naročanje, določajo mejne vrednosti, ki razmejujejo med primeri, ko je potrebno izvesti javno naročanje od tistih, ko se javno naročanje ne izvede, pa te mejne vrednosti niso relevantne glede obveznosti pridobitve izjave o lastniški strukturi ponudnika. Ta obveznost je namreč vezana na vse pogodbe, katerih pogodbena vrednost je višja od 10.000 evrov brez DDV. Povedano drugače: drugi odstavek 24. člena ZJN-2 določa, da je naročnik v primeru naročanja blaga ali storitev v vrednosti 20.000 ali več evrov dolžan izvesti javno naročanje; v primerih, kadar bi šlo za naročilo pod vrednostjo 20.000 evrov in gre po petem odstavku 24. člena ZJN-2 za t.i. evidenčno naročilo, pa se javno naročanje ne izvede. Kljub temu mora naročnik, torej subjekt javnega sektorja, pred sklenitvijo pogodbe oziroma naročila v tem primeru pridobiti izjavo o lastniški strukturi ponudnika, saj je pogodbena vrednost višja od 10.000 evrov brez DDV.
- 8 Komisija ocenjuje za primerno in priporoča, da ***zavezanci za pridobitev izjave o lastniški strukturi ponudnika to obveznost izrecno navedejo v razpisni ali drugi dokumentaciji***, na podlagi katere se v konkretnem primeru izvaja postopek za sklenitev posla.
- 9 V primeru, ko je ponudnik Republika Slovenija, tuja država, lokalna skupnost, ustanova, društvo, zveza društev, zadruga ali podoben subjekt, pridobitev takšne izjave ni smiselna, ker ti subjekti nimajo lastnikov oziroma družbenikov.
- 10 Za pogodbe, ki ***se izvajajo v tujini in jih subjekti javnega sektorja sklepajo s tujimi subjekti po tujem pravu*** (npr. redno poslovanje diplomatsko-konzularnih predstavništev), se 14. člen ZIntPK ne uporablja; vseeno pa komisija priporoča, da domači subjekt skuša pridobiti izjavo o lastniški strukturi ponudnika zaradi obvladovanja korupcijskih tveganj.

(c) Ponudniki kot dajalci izjave o lastniški strukturi ponudnika

- 11 Ponudnik, ki sklepa s subjektom javnega sektorja pogodbo v vrednosti nad 10.000 evrov brez DDV, pri čemer pogodba pomeni oddajo naročila javnega sektorja, mora podati izjavo o svoji lastniški strukturi pred samo sklenitvijo pogodbe.
- 12 Ponudnik se v okviru svoje gospodarske pobude lahko sam odloči, ali bo razkril svojo lastniško strukturo ali ne. Vendar bo moral, če želi poslovati s subjektom javnega sektorja, ki je zavezan pridobiti izjavo, takšno izjavo podati. Tudi javni sektor sprejema poslovne odločitve in volja zakonodajalca je, da javni sektor sklepa pogodbe s pravnimi osebami, ki razkrijejo svojo lastniško strukturo.
- 13 Zaradi možnosti, da bi ponudnik pred sklenitvijo pogodbe zavrnil podajo izjave o lastniški strukturi, kar lahko povzroči podaljšanje celotnega postopka naročanja ter dodatne stroške vodenja postopka, saj bo moral subjekt javnega sektorja ali ponoviti postopek izbire ponudnika ali pa pogodbo ponuditi v podpis drugemu ponudniku ter še pred tem od njega zahtevati predložitev izjave o lastniški strukturi, je smiselno in ustrezno obveznost posredovanja izjave o lastniški strukturi ponudnika navesti v razpisno

dokumentacijo pri vseh naročilih, kjer je pridobitev te izjave potrebna, saj se bodo na takšen način morebitni ponudniki že vnaprej seznanili s to zakonsko obveznostjo subjekta javnega sektorja in se skladno s tem odločili, ali bodo v postopku sodelovali ali ne.

- 14 V primeru, da ponudnik ni pripravljen razkriti svoje lastniške strukture in odstopi od pogajanj še pred sklenitvijo pogodbe, lahko subjektu javnega sektorja nastane škoda. To škodo je mogoče uveljavljati na podlagi določb Obligacijskega zakonika, ki med drugim v tretjem odstavku 20. člena določa odškodninsko odgovornost stranke, ki se pogaja z namenom skleniti pogodbo, pa ta namen brez utemeljenega razloga opusti. Kot že poudarjeno, pa je primerno to obveznost ob začetku postopka javno objaviti, predvsem zaradi morebitnih tujih ponudnikov, ki s slovenskim pravnim redom niso seznanjeni.
- 15 V primeru skupnih naročil lahko podatke o lastniški strukturi pridobi organ, ki izvaja skupno naročilo (npr. Agencija za javno naročanje, posamezno ministrstvo) in podatke posreduje posameznim naročnikom, ki morajo na podlagi izjav oziroma podatkov preveriti, ali obstaja morebitno nasprotje interesov (37. do 40. člen ZIntPK in sedmi odstavek 100. člena ZJU) ali omejitev poslovanja (35. in 36. člen ZIntPK ter šesti odstavek 100. člena ZJU).
- 16 V izogib nepotrebnemu podaljševanju postopkov in neracionalni porabi sredstev v primeru skupnih naročil komisija izvajalcu postopka javnega naročila, ki je hkrati pogodbeni stranka krovnega okvirnega sporazuma, priporoča izbrati dva ali več najugodnejših ponudnikov, da bo lahko neposredni naročnik pri konkretnem naročilu, kadar zaradi določb o omejitvah poslovanja ne bo mogel skleniti pogodbe z enim od izbranih ponudnikov, sklenil pogodbo z drugim ali tretjim.
- 17 Izjavo o lastniški strukturi je potrebno pridobiti tudi pri sklepanju dodatkov k pogodbam (aneksov). Tudi če v času sklenitve osnovne pogodbe nasprotje interesov ali omejitve poslovanja niso bile ugotovljene, lahko do teh okoliščin pride zaradi sprememb v lastniški strukturi ponudnika oziroma izvajalca v času med sklenitvijo osnovne pogodbe in sklenitvijo aneksa. Aneks pomeni ponovno izjavo soglasja volj in kot tak pomeni pogodbo v smislu obligacijskega prava in s tem tudi ZIntPK, zato je potrebno tudi ob sklenitvi aneksa pridobiti izjavo o lastniški strukturi, katere vsebina je lahko tudi navedba, da v lastniški strukturi posameznega subjekta od podpisa prvotne pogodbe ni sprememb.
- 18 Če osnovna pogodba ni dosegala mejne vrednosti 10.000 evrov brez DDV in zaradi tega ni bilo potrebno pridobiti izjave o lastniški strukturi, z aneksom pa je ta mejna vrednost presežena, je pred sklenitvijo takšnega dodatka k pogodbi (aneksa) potrebno pridobiti izjavo o lastniški strukturi.
- 19 Obveznost pridobitve izjave velja tudi za pogodbe, ki jih zavezanci sklepajo v okviru izvajanja obveznosti, ki jim jih nalagajo mednarodne organizacije. Jasno je, da so tveganja povsem enaka, ne glede na to, ali se finančna sredstva za izpolnitev obveznosti črpajo iz proračuna RS ali iz proračuna mednarodne organizacije. V interesu države je, da se sredstva, četudi ne izhajajo neposredno iz njenega proračuna, porabijo namensko in transparentno. Sredstva mednarodnih organizacij, katerih članica je Republika Slovenija, se v proračun organizacije običajno vplačajo iz proračuna RS in so tako posredno del njenih financ.

(d) Vsebina izjave o lastništvu

- 20 Podatke, ki jih mora v izjavi posredovati ponudnik, določa šesti odstavek 14. člena ZIntPK, in sicer je treba za fizične osebe posredovati:
- ime in priimek,
 - naslov prebivališča in
 - delež lastništva;
- 21 za pravne osebe pa:

- firmo,
- sedež,
- matično številko,
- delež lastništva,
- navedbo morebitnih tihih družbenikov,
- navedbo lastnikov poslovnih deležev ali delnic (fizične in pravne osebe) in
- navedbo povezanih družb.

22 Povezane družbe so v skladu s 527. členom Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 65/09-uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11 in št. 100/11- Skl.US: U-I-311/11-5) pravno samostojne družbe, ki so v medsebojnem razmerju tako, da:

- ima ena družba v drugi večinski delež (družba v večinski lasti in družba z večinskim deležem);
- je ena družba odvisna od druge (odvisna in obvladujoča družba);
- so koncernske družbe;
- sta dve družbi vzajemno kapitalsko udeleženi, ali
- so povezane s podjetniškimi pogodbami.

23 Podjetniške pogodbe so (prim. 533. in 534. člen Zakona o gospodarskih družbah):

- pogodba o obvladovanju;
- pogodba o prenosu dobička;
- pogodba o profitni skupnosti;
- pogodba o delnem prenosu dobička in
- pogodba o zakupu obrata, pogodba o prepustitvi obrata.

24 V primeru, ko je ponudnik ali katera od družb v njegovi lastniški strukturi delniška družba, bi lahko prišlo do situacije, ko bi ponudnik moral posredovati podatke o več tisoč delničarjih. Ob upoštevanju ciljev in namena ZIntPK ter iz razlogov racionalnosti pa komisija meni, da pri izpolnjevanju zakonske obveznosti v tem delu zadostuje, da se v izjavi zajamejo le tisti delničarji ponudnika, ki so posredno ali neposredno imetniki več kakor 5 % delnic oziroma so udeleženi z več kakor 5% deležem pri ustanoviteljskih pravicah, upravljanju ali kapitalu delniške družbe. Deloma takšno definicijo »dejanskega lastnika« vsebuje tudi Zakon o preprečevanju pranja denarja in financiranju terorizma (Uradni list RS, št. 60/07, 19/10 in 77/11) v 19. členu in je prav tako namenjena ugotavljanju lastnika stranke, hkrati pa je mejna vrednost, torej več kot 5% delež, usklajena z mejno vrednostjo po prvem odstavku 35. člena ZIntPK, ki organu ali organizaciji javnega sektorja omejuje oziroma prepoveduje poslovanje med drugim s subjekti, v katerih je funkcionar ali njegov družinski član posredno ali neposredno v več kot 5 % udeležen pri ustanoviteljskih pravicah, upravljanju ali kapitalu. Kot rečeno, je namen izjave o lastniški strukturi tudi omogočiti dosledno spoštovanje določb ZIntPK o omejitvah poslovanja (hkrati pa je omogočeno tudi spoštovanje šestega odstavka 100. člena ZJU, kjer ta delež znaša 20 %).

25 Izjava, iz katere je mogoče razbrati zgornje podatke, se šteje za ustrezno izjavo. Izjava, ki teh podatkov ne vsebuje, pa ne more šteti kot izpolnitev obveznosti in se obravnava kot neobstoječa.

26 V izjavi je potrebno navesti vse fizične osebe, ki so neposredno ali posredno udeležene v lastništvu ponudnika. V primeru, ko je (so)lastnik ponudnika gospodarska družba, je potrebno navesti tudi lastnike njenih poslovnih deležev, tihe družbenike in povezane družbe. Marsikateri podatek, kot npr. o tistem družbeniku, lastniški strukturi družbe, registrirane v tujini ipd., subjektu javnega sektorja ni dosegljiv in ga ne bi mogel predhodno preveriti, če bi želel postopati skladno z določbami o omejitvah poslovanja in nasprotju interesov. Enako velja tudi za komisijo in njeno nadzorstveno funkcijo zaradi preprečevanja korupcijskih tveganj.

- 27 Izjavo o lastniški strukturi mora podati ponudnik sam. V skladu s šestim odstavkom 14. člena ZIntPK je namreč na zakonsko obveznost pridobitve izjave o lastniški strukturi ponudnika vezana določena pravna posledica, in sicer v primeru lažne izjave ali neresničnosti podatkov, ki jih posreduje ponudnik, zakon določa kot posledico ničnost pogodbe. Zato ni ustrezno, da ponudnik pooblasti subjekt javnega sektorja, da sam ugotovi lastniško strukturo ponudnika z vpogledom v javne evidence oziroma dostopne baze podatkov. Zakonodajalec je namreč obveznost pridobitve izjave o lastniški strukturi ponudnika določil ravno zato, ker nekateri podatki niso javno dostopni oziroma niso evidentirani (glej točko 1 tega systemskega pojasnila). S temi podatki razpolaga samo ponudnik, zato je zakonodajalec predpisal seznanitev subjekta javnega sektorja z njimi le v obliki izjave, ki jo poda ponudnik. Ničnosti pogodbe kot posledice lažne izjave ali neresničnih podatkov v izjavi ne bi bilo mogoče uveljavljati, če bi naročnik sam zbiral podatke, ki bi se kasneje izkazali za netočne, saj bi lahko ponudnik ugovarjal, da naročnik pri tem ni bil dovolj skrben. Zato je za uresničitev namena te določbe nujno, da podatke oziroma izjavo poda ponudnik, za njo tudi odgovarja in trpi posledice morebitne lažne izjave ali neresničnosti podatkov. Te odgovornosti ni dopustno prenašati na naročnika.
- 28 Posebnega obrazca za podajo izjave o lastniški strukturi zakon ne predpisuje. Predpisuje samo sestavine, ki jih mora izjava vsebovati oziroma iz določbe izhajajo ob uporabi analogije (za pravne osebe) (glej točko 20 tega systemskega pojasnila). Vsak ponudnik lahko torej pripravi svoj obrazec. Kljub temu je komisija pripravila vzorec obrazca, ki lahko zavezancem služi predvsem kot pomoč pri oblikovanju svojega obrazca. Vzorec obrazca je priloga temu systemskemu pojasnilu.

(e) Razmerje med ZIntPK in ZJN-2

- 29 Določbe ZIntPK in ZJN-2 so v delu, ki se nanaša na pridobivanje podatkov o lastnikih ponudnika (šesti odstavek 14. člena ZIntPK in trinajsti odstavek 71. člena ZJN-2) podobne, pa vendar med njimi obstajajo bistvene razlike, ki zahtevajo različno obravnavo.
- 30 ZJN-2 v šestem odstavku 41. člena določa, da mora naročnik podatke, ki jih lahko pridobi iz javnih evidenc, pridobiti sam. Ta obveznost zajema tudi podatke o lastnikih ponudnika, ki jih je mogoče pridobiti iz javnih evidenc (delniške knjige, sodni register ...).
- 31 V skladu s šestim odstavkom 14. člena ZIntPK pa je zakonska obveznost naročnika pridobitev izjave oziroma podatkov o lastniški strukturi izključno od ponudnika. Naročnik sam podatkov ni dolžan pridobivati iz javnih evidenc, saj bi to nasprotovalo namenu zakonske obveznosti, kot jo je določil zakonodajalec, in nanjo vezanih pravnih posledic (glej točko 27 tega systemskega pojasnila).
- 32 ZJN-2 v štirinajstem odstavku 71. člena določa, da mora ponudnik podatke o svojih ustanoviteljih, družbenikih, vključno s tihimi družbeniki, delničarjih, komanditistih ali drugih lastnikih in podatke o lastniških deležih navedenih oseb ter gospodarskih subjektih, za katere se glede na določbe zakona, ki ureja gospodarske družbe, šteje, da so z njim povezane družbe, posredovati v roku osmih dni od prejema poziva. Kljub temu, da morajo ponudniki tako po ZJN-2 kot po ZIntPK naročniku posredovati podobne (v nekaterih primerih celo identične) informacije, je za izpolnitev obveznosti v skladu s šestim odstavkom 14. člena ZIntPK podatke potrebno pridobiti pred sklenitvijo pogodbe. Če bi zavezanci izjavo pridobili šele po podpisu pogodbe, s pomočjo podatkov v izjavi ne bi mogli preveriti obstoja okoliščin nasprotja interesov ali morebitnih omejitev poslovanja, zaradi česar bi lahko prišlo do kršitev ZIntPK ali druge zakonodaje.
- 33 ZJN-2 v sedmem odstavku 41. člena omogoča uporabo podatkov iz javnih evidenc, ki jih je naročnik pridobil oziroma jih je ponudnik ali kandidat predložil v drugih postopkih oddaje javnega naročila, če izpis iz javne evidence ni starejši od štirih mesecev. ZIntPK po drugi strani jasno določa, da je subjekt javnega sektorja dolžan izjavo o lastniški strukturi ponudnika pridobiti pred sklenitvijo pogodbe. Namen je, kot že

povedano, dosledno spoštovanje določb o omejitvah poslovanja in preprečevanju nasprotja interesov ter drugih korupcijskih tveganj, zaradi česar mora subjekt javnega sektorja poznati ažurno lastniško strukturo ponudnika – kar stori tako, da pred vsakokratno sklenitvijo pogodbe preveri vsebino izjave in morebitne povezave lastnikov ponudnika z naročnikom. Ker se lastniška struktura ponudnika lahko hitro spreminja, je pomembno, da je časovno obdobje med pridobitvijo izjave in presojanjem zakonitosti sklenitve pogodbe glede na njeno vsebino ter na drugi strani samo sklenitvijo pogodbe čim krajše.

- 34 Hkrati je potrebno upoštevati, da je bila novela ZIntPK-B, ki je določila obveznosti pridobivanja izjave oziroma podatkov, sprejeta pozneje (sprejeta 24.5.2011, velja od 4.6.2011) kot novela ZJN-2C (velja od 30.3.2011), kar pomeni, da je ZIntPK-B v razmerju do ZJN-2C poznejši zakon (*lex posterior*), za področje preprečevanja korupcije pa tudi specialen (*lex specialis*), zaradi česar pri vprašanju pridobivanja izjave o lastniški strukturi, katere namen je povečati transparentnost posla in zmanjšati korupcijska tveganja, uporaba določb ZJN-2C ne pride v poštev.

(f) Obveznosti podizvajalcev

- 35 Kadar ponudnik deluje s podizvajalcem, je potrebno izjavo o lastniški strukturi pridobiti tudi od podizvajalca, kadar bo ta poplačan v znesku nad 10.000 evrov brez DDV neposredno s strani naročnika. Izjavo je potrebno pridobiti pred podpisom pogodbe, s katero je imenovan podizvajalec (asignacija, ki je lahko vsebovana v osnovni pogodbi ali v kasnejšem aneksu).
- 36 ZJN-2 določa obveznost neposrednih plačil podizvajalcu. Da podizvajalec lahko opravi delo in da je takšno plačilo mogoče izvesti, mora glavni izvajalec (ponudnik) skleniti pogodbo s podizvajalcem, pooblastiti subjekt javnega sektorja, da izplača del plačila podizvajalcu ter pooblastiti podizvajalca, da sprejme takšno neposredno plačilo in poda soglasje, ki ga mora ponudnik predložiti subjektu javnega sektorja. Razmerje med subjektom javnega sektorja, izvajalcem in podizvajalcem je asignacijsko razmerje. Asignacija ni pogodba.² Ker med naročnikom in podizvajalcem ne obstaja pogodbeno razmerje, naročnik ne more zahtevati izjave o lastniški strukturi neposredno od podizvajalca (ker naročnik in podizvajalec ne podpisujeta pogodbe). Ker glavni izvajalec in podizvajalec nastopata skupaj in dejansko skupaj izpolnita naročilo, mora subjekt javnega sektorja izjavo o lastniški strukturi podizvajalca pridobiti prek glavnega izvajalca (ponudnika). V nasprotnem primeru bi namreč lahko posredno posloval z osebami, s katerimi zaradi omejitev poslovanja ali nasprotja interesov sicer ne sme.
- 37 V ZJN-2 je neposredno plačevanje podizvajalcem predvideno kot obvezno, vendar se vsi podizvajalci ne štejejo vedno za podizvajalce v smislu tega zakona. Konkretno se za podizvajalca ne štejejo npr. povezane družbe s ponudnikom. Vendar pa mora ponudnik – izvajalec tudi morebitne povezane družbe razkriti v izjavi o lastniški strukturi že pred sklenitvijo pogodbe s subjektom javnega sektorja.

(g) Preverjanje vsebine izjave o lastništvu in posredovanje te izjave komisiji

- 38 Zakonodajalec je določil obveznost pridobivanja izjave o lastniški strukturi ponudnika z namenom zagotoviti transparentnost posla in omogočiti subjektom javnega sektorja, da učinkovito pazijo na omejitve poslovanja in na dolžno izogibanje nasprotju interesov s strani svojih zaposlenih oziroma preprečijo obid teh določb ter se izognejo drugim korupcijskim tveganjem. Zgolj pridobitev izjave o lastniški strukturi tem ciljem seveda ne more zadostiti, zato mora subjekt javnega sektorja tudi preveriti vsebino izjave in biti pozoren na morebitne povezave z lastniki ponudnika ter v primeru zaznanih povezav ustrezno ukrepati.

² Obligacijski zakonik s komentarjem, komentar k 1035. členu, str. 1077 do 1082, GV Založba, Ljubljana 2004.

- 39 Zakon sicer ne predpisuje obveznosti subjekta javnega sektorja, da po prejemu izjave preverja resničnost in točnost podatkov v izjavi, vendar mora v primeru, če kadarkoli in kakorkoli ugotovi, da je izjava lažna oziroma da so podatki neresnični, sprožiti postopek uveljavljanja ničnosti pogodbe.
- 40 V primeru indicev, da podatki v izjavi niso točni in resnični, je primerno, da subjekt javnega sektorja podatke ustrezno preveri v javno dostopnih evidencah in dokumentih, ki se nanašajo na ponudnika. Centralna informatizirana baza sodnega registra, ki vsebuje podatke o pravnih subjektih (enotna identifikacijska številka, firma, sedež ipd.), njihovih družbenikih, ustanoviteljih, deležih ipd. je del poslovnega registra in dostopna na spletnih straneh AJPES (Agencija RS za javnopravne evidence in storitve). Obstoj povezanih družb je običajno opisan v letnem poročilu, ki ga morajo družbe oddati in je objavljeno na spletnih straneh AJPES. Obvladujoče družbe morajo skladno z Zakonom o gospodarskih družbah poleg običajnih računovodskih izkazov izdelati tudi konsolidirane računovodske izkaze in poročilo. Soglasje k podjetniškim pogodbam mora dati skupščina, vpisane pa morajo biti tudi v sodnem registru.
- 41 Komisija izvaja nadzor nad izvajanjem obveznosti pridobivanja izjave o lastniški strukturi. V skladu z določbo šestega odstavka 14. člena ZIntPK lahko komisija kadarkoli zahteva od subjekta javnega sektorja, da ji predloži izjavo o lastniški strukturi ponudnika, pridobljeno v zvezi z določeno pogodbo.
- 42 Če subjekt javnega sektorja naknadno ugotovi, da ni izpolnil obveznosti pridobitve izjave o lastniški strukturi pred sklenitvijo pogodbe in je tako kršil določbo šestega odstavka 14. člena ZIntPK, komisija priporoča, da kljub temu, da je pogodbo s ponudnikom že sklenil, takšno izjavo naknadno pridobi. Sklenitev pogodbe namreč organa ali organizacije javnega sektorja ne odveže dolžnosti spoštovanja določb ZIntPK in ustreznega postopanja pri saniranju posledic nezakonitega ravnanja.

C. SANKCIJE ZA KRŠITVE V ZVEZI Z DOLŽNOSTJO RAZKRITJA

(a) Civilnopravna sankcija – ničnost pogodbe

- 43 Pridobitev izjave pomeni javnopravno obveznost. Kot takšna, opustitev pridobitve izjave nima posledic za veljavnost pravnega posla. Četudi zavezanec ne pridobi izjave pred sklenitvijo pogodbe, bo takšna pogodba veljavna. Bodo pa, kot navedeno v točki 47 tega systemskega pojasnila, z opustitvijo pridobitve izjave izpolnjeni znaki prekrška.
- 44 V primeru, ko zavezanec ugotovi (npr. z vpogledom v javne evidence in letna poročila) ali mu kdorkoli drug sporoči in zavezanec z vpogledom v javne evidence ali kakorkoli drugače ugotovi, da so podatki v izjavi nepopolni ali lažni, bo moral uveljavljati ničnost posla. Namen tako stroge sankcije je zagotoviti, da bodo ponudniki predložili pravilne in popolne podatke o svojih lastniških strukturah, s čimer se zagotavlja transparentnost poslovanja javnega sektorja na način, da se ve, s kom subjekt javnega sektorja dejansko sklepa pogodbo.
- 45 Ponudnik, ki je zaradi lažne izjave oziroma neresničnih podatkov povzročil ničnost pogodbe in s tem povzročil škodo subjektu javnega sektorja, odgovarja za škodo v skladu s splošnimi načeli odškodninskega prava. Podlago za odgovornost daje 91. člen Obligacijskega zakonika, po katerem pogodbenik, ki je kriv za sklenitev nične pogodbe, odgovarja svojemu sopogodbeniku za škodo, ki mu nastane zaradi ničnosti pogodbe, če ta ni vedel in ni bil dolžan vedeti za vzrok ničnosti.
- 46 Na ničnost pazi sodišče po uradni dolžnosti. Subjekt javnega sektorja lahko ničnost uveljavlja tako, da vloži tožbo na ugotovitev ničnosti. V primeru, ko je subjekt javnega sektorja tožen na izpolnitev pogodbe, v zvezi s katero je bilo ugotovljeno, da je izjava lažna oziroma so podatki neresnični, lahko ničnost uveljavlja z ugovorom.

(b) Prekrškovne sankcije

- 47 Pogodbe brez pridobitve izjave oziroma podatkov o lastniški strukturi ponudnika ni dopustno skleniti. V primeru, če subjekt javnega sektorja, ki je zavezan k pridobivanju izjave o lastniški strukturi, pred sklenitvijo pogodbe ne pridobi izjave oziroma podatkov o udeležbi fizičnih in pravnih oseb v lastništvu ponudnika, vključno z udeležbo tihih družbenikov, ter o gospodarskih subjektih, za katere se glede na določbe zakona, ki ureja gospodarske družbe šteje, da so povezane družbe s ponudnikom, so izpolnjeni znaki prekrška, kot je določen v tretjem odstavku 77. člena ZIntPK, za katerega je za odgovorno osebo organa ali organizacije javnega sektorja zagrožena globa v višini 400 do 4.000 evrov. Enaka globa je predpisana tudi za primere, ko odgovorna oseba na zahtevo komisije ne predloži izjave o lastniški strukturi komisiji. Za navedena prekrška se skladno z 78. členom ZIntPK kaznuje tudi pravna oseba (organ ali organizacija javnega sektorja, razen države in lokalnih skupnosti), in sicer z globbo od 400 do 100.000 evrov.

Senat komisije je to sistemsko pojasnilo sprejel na seji dne 12.4.2012 v sestavi: Goran Klemenčič (predsednik), Rok Praprotnik (namestnik predsednika) in dr. Liljana Selinšek (namestnica predsednika). Pojasnilo je bilo sprejeto: soglasno.




Goran Klemenčič
PRESEDNIK