

Matjaž Kovač

Obdavčevanje poslovnih dobičkov stalne poslovne enote 138

Taxation of Business Profits of Permanent Establishments

Mednarodno in evropsko pravo/International and European Law

Antonija Zubović, Katarina Kundih

Specifičnosti uređenja glasovanja putem punomoćnika na glavnoj skupštini u hrvatskom, francuskom i slovenskom pravu 157

Značilnosti ureditve glasovanja na skupščini prek institucionalnih pooblaščenec v hrvaškem, francoskem in slovenskem pravu

Proxy Voting at the Shareholders' General Meeting in Croatian, French and Slovenian Law

Iz prakse za prakso/From Practice for Practice

Marijan Kocbek

Bilančnopравни vidiki odprave pripoznanja finančnega instrumenta po MSRP 9 glede na določbe ZGD-1 o oblikovanju bilančnega dobička 189

Financial Reporting Aspects of Derecognition of Financial Instrument under IFRS 9, considering the Provisions of the Companies Act (ZGD-1) on the Formation of Available Profit

Sodna praksa RS/Slovenian Court Practice

Informativni dokaz 196

Enquiry-based Evidence

Pogodba o zaposlitvi z agencijskim delavcem 202

Agency Worker Employment Contract

Članki

Podjetje in delo 1/2018/XLIV

Damjan Možina

Odškodninska odgovornost v zvezi s postopki javnega naročanja

1. Uvod
2. Odškodninska odgovornost za javna naročila v pravu EU
 - 2.1. »Splošna« Direktiva 89/665/EGS
 - 2.2. »Sektorska« Direktiva 92/13/EGS
 - 2.3. Obseg povrnitve škode zaradi kršitev pravil javnega naročanja v pravu EU in nekaterih držav članic
3. Odškodninska odgovornost za javna naročila v slovenskem pravu
 - 3.1. Uvod
 - 3.2. Pravna sredstva zoper odločitev Državne revizijske komisije
4. Pravne podlage odgovornosti za škodo zaradi kršitve pravil o javnem naročanju
 - 4.1. Člen 49 ZPVPJN: kaj pomeni »odgovornost brez krivde«
 - 4.2. Za kakšno odškodninsko odgovornost gre pri 49. členu ZPVPJN
 - 4.3. Obseg odškodninskega zahtevka zaradi kršitve pravil javnega naročanja
 - 4.3.1. Le stroški priprave ponudbe ali tudi izgubljeni dobiček?
 - 4.3.2. Posebej o povrnitvi stroškov priprave ponudbe
5. Sklepne ugotovitve

Povzetek

Prispevek obravnava vprašanja odškodninske odgovornosti za kršitve v postopku oddaje javnih naročil. Uvodoma predstavlja ureditev v pravu EU, ki temelji predvsem na tako imenovani splošni pravovarstveni direktivi (89/665/EGS), ki na zelo splošen način zagotavlja povrnitev škode zaradi kršitev pravil javnega naročanja, podrobnosti pa prepušča nacionalnemu pravu, ter »sektorski« direktivi (92/13/EGS), ki precej bolj podrobno ureja vprašanje povrnitve stroškov izdelave ponudbe. Osrednji del članka predstavlja področje odškodninske odgovornosti za kršitev prava javnih naročil v slovenskem pravu. Avtor najprej razpravlja o možnih pravnih podlagah odgovornosti. Sledi analiza ureditve 49. člena ZPVPJN, posebna pozornost pa je namenjena vprašanju obsega povrnitve škode. Avtor zagovarja stališče, da je neizbranemu ponudniku mogoče priznati ne le povrnitev stroškov izdelave ponudbe (tako imenovani negativni interes), ampak pod določenimi pogoji tudi izgubljeni dobiček (tako imenovani pozitivni interes). Avtor opozarja, da na področju veljave »sektorske« direktive za povrnitev stroškov izdelave ponudbe velja posebna, do oškodovanca prijaznejša ureditev, ki bi morala veljati tudi na splošno.

Damjan MOŽINA, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, kontaktni naslov: damjan.mozina@pf.uni-lj.si

Ključne besede: javno naročanje, odškodninska odgovornost države, povrnitev škode, negativni pogodbeni interes, izgubljeni dobiček

Ključne zakonske določbe: 49. člen ZPVPJN, 168. člen OZ

Abstract

The paper discusses the issues of liability for damage due to breaches in public procurement procedures. Firstly, the situation in EU law is presented, based primarily on the so-called general remedies directive (89/665/EEC), which guarantees recovery of damage only on a very general level, whereas the details are left to the law of the member states. The "utilities" remedies directive (92/13/EEC) contains a more detailed regulation of one aspect of damages (recovery of cost of preparing a bid). The paper is focused on the analysis of Slovenian law. It starts with a discussion of possibilities as to the legal basis of damages claims, which is followed by an analysis of Art. 49 of the Slovenian Act on Remedies in Public Procurement Procedures. The issue of extent of damages is also discussed. The traditional view – according to which only the cost of bid preparation (so called negative interest) may be recovered – is being challenged. Under certain conditions, damages may include lost profit (so-called positive interest). Attention is called to the fact that in the sphere of application of the "utilities" directive, the cost of preparing a bid may be recovered under special (milder) conditions. In the advocated opinion, this should apply generally, to all public procurement procedures.

Key words: public procurement, liability of the state for damage, recovery of damage, negative interest, lost profit

1. Uvod

Cilj prava javnih naročil je zagotoviti čim bolj učinkovito in gospodarno porabo javnih sredstev za preskrbo države z dobrinami in storitvami, pa tudi transparentnost in pošteno konkurenco med ponudniki. S tem je povezan tudi naslednji cilj prava javnih naročil: učinkovito pravno varstvo ponudnikov pred diskriminacijo in samovoljo naročnikov.¹ Z vidika pravne države je osrednji element prava javnih naročil dostop do učinkovitega pravnega varstva, kar vključuje tudi možnost povračila škode. Učinkovito pravno varstvo ponudnikov zmanjšuje korupcijsko tveganje, ki je na tem področju v Sloveniji izrazito prisotno.² V prispevku poskušam predstaviti evropski in slovenski

¹ Glej 3. do 8. člen ZJN-3 (Ur. l. RS, št. 91/15).

² Glej na primer PWC, Public procurement – Study on administrative capacity in the EU, študija, pripravljena za Komisijo EU, februar 2016, dostopna na http://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/ (15. 11. 2017). Glej poglavje o Sloveniji, str. 172.

pravni okvir odškodninske odgovornosti v zvezi s postopki javnega naročanja, ob tem pa odgovoriti še na nekaj s tem povezanih odprtih vprašanj.

2. Odškodninska odgovornost za javna naročila v pravu EU

Učinkovito pravno varstvo ponudnikov je bistveni del evropskega prava javnih naročil. Na pravico dostopa (neuspešnih) ponudnikov do učinkovitega sodnega varstva je treba gledati v kontekstu temeljne pravice EU do sodnega varstva (47. člen Temeljne listine: pravica do sodnega varstva).³ Za konkretizacijo te pravice sta bili sprejeti dve direktivi o pravnih sredstvih v postopkih javnega naročanja, eno za klasična področja (Direktiva 89/665/EGS),⁴ drugo pa za področja posebnih sektorjev (Direktiva 92/13/EGS).⁵

2.1. »Splošna« Direktiva 89/665/EGS

Za klasična področja Direktiva 89/665/EGS zavezuje države članice, da skrbijo za to, da so vse odločitve naročnikov v interesu v postopku udeleženih zasebnih podjetij lahko predmet učinkovite in po možnosti hitre kontrole.

V letu 2007 je bila direktiva reformirana v luči sodne prakse Sodišča EU glede učinkovitega pravnega varstva. Direktiva 89/665 z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje, spremenjena z Direktivo 2007/66/ES z dne 11. decembra 2007 glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil, v devetem odstav-

³ Pravica do učinkovitega pravnega sredstva in nepristranskega sodišča: (1) Vsakdo, ki so mu kršene pravice in svoboščine, zagotovljene s pravom Unije, ima pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem v skladu s pogoji, določenimi v tem členu. (2) Vsakdo ima pravico, da o njegovi zadevi pravično, javno in v razumnem roku odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom predhodno ustanovljeno sodišče. Vsakdo ima možnost svetovanja, obrambe in zastopanja. (3) Osebam, ki nimajo zadostnih sredstev, se odobri pravna pomoč, kolikor je ta potrebna za učinkovito zagotovitev dostopa do sodnega varstva.

⁴ Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS), UL L 395/33, spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil, UL L 335/35.

⁵ Direktiva Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju, UL L 076.

ku 2. člena zagotavlja podjetjem, ki so udeležena v postopku javnega naročila, da revizijska komisija vedno navede pisne razloge za vse svoje odločitve, poleg tega pa morajo biti morebitne nezakonite odločitve komisije tudi predmet preizkusa v sodnem postopku oziroma v postopku pred organom, ki velja za sodišče in nje neodvisen od naročnika ter od revizijskega organa.⁶ V skladu z devetim odstavkom 2. člena morajo biti člani takega organa, kar zadeva organ imenovanja in razrešitve, imenovani in razrešeni pod enakimi pogoji kot sodniki. Vsaj predsednik tega organa mora imeti isto pravno in strokovno usposobljenost kot sodniki. Postopek mora biti kontradiktoren. Za primer, da revizijskega organa ne moremo šteti za »sodišče«, pravo EU zahteva, da lahko njegove odločitve preizkusi sodišče.

V postopku revizije morajo države članice načeloma zagotoviti primarno pravno varstvo, saj mora biti v skladu s točko b prvega odstavka 2. člena Direktive 89/665/EGS zagotovljena možnost razveljavitve nezakonito sprejetih odločitev, vključno z odpravo diskriminatornih tehničnih ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu.⁷

Direktiva v točki c prvega odstavka 2. člena od držav članic zahteva, da zagotovijo, da osebe, ki so bile oškodovane zaradi kršitve v postopku oddaje javnega naročila, prejmejo povrnitev škode. Ta, razmeroma splošna določba, ni bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES. Možnost razveljavitve nezakonitih odločitev ter pravica oškodovanih ponudnikov do povrnitve škode sta temeljna cilja direktive, zapisana že v njeni preambuli.⁸

2.2. »Sektorska« Direktiva 92/13/EGS

»Sektorska« Direktiva 92/13/EGS o oddaji javnih naročil na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju v 2. členu postavlja nekatere zahteve glede revizijskih postopkov; med drugim v točki d prvega odstavka 2. člena, da morajo imeti osebe, ki jim je zaradi kršitve pravil javnega naročanja nastala škoda, pravico do povrnitve te škode, pri čemer države članice lahko predvidijo, da je povrnitev škode zaradi nezakonite odločitve o javnem naročilu mogoča le v primeru, če je stranka poprej zahtevala razveljavitev odločitve pred revizijskim organom.

⁶ Glej O. Dörr (2013), v: M. Dreher, G. Motzke (ur.), *Vergaberechtskommentar*, 2. izd., Uvod, r. št. 128. München: C. H. Beck.

⁷ Glej tudi Sodišče EU, zadeve C-81/98 (Alcatel), tč. 43; C-26/03 (Stadt Halle), tč. 31; C-444/06 (Komisija proti Španiji), tč. 37; C-314/09 (Strabag), tč. 37.

⁸ Glej tč. 6 preambule Direktive 89/665/EGS.

V sedmem odstavku 2. člena pa direktiva določa še, da se v primeru, ko se zahteva povrnitev škode v zvezi s stroški priprave ponudbe ali udeležbe v postopku oddaje javnega naročila, od oškodovanca zahteva le, da dokaže kršitev prava Skupnosti na področju javnega naročanja ali nacionalnih predpisov o izvajanju teh predpisov, nadalje, da bi imela resnično možnost pridobiti naročilo, in končno, da je kršitev negativno vplivala na to možnost. Kot poudarja direktiva v preambuli, se od oškodovanega ponudnika, ki uveljavlja povrnitev stroškov priprave ponudbe ali udeležbe v postopku oddaje javnega naročila, ne sme zahtevati dokaza, da bi bilo naročilo v primeru, če kršitve ne bi bilo, oddano njej.⁹ Na ta način pravo EU določa zahteve glede povrnitve škode, ki jo morajo predvideti države članice.

2.3. Obseg povrnitve škode zaradi kršitev pravil javnega naročanja v pravu EU in nekaterih držav članic

Direktiva 89/665/EGS, ki v točki c prvega odstavka 2. člena osebam, oškodovanim zaradi kršitve v postopku dodelitve javnega naročila, zagotavlja povrnitev škode, pušča odprta številna pomembna vprašanja v zvezi z odškodninsko odgovornostjo.

Tako denimo ne določa ničesar o tem, kako določiti obseg povrnitve škode. Načeloma so države članice svobodne pri določitvi meril in postopkov za uresničitev obveznosti iz točke c prvega odstavka 2. člena Direktive 89/665/EGS (tako imenovana procesna avtonomija držav članic). Vendar države članice pri tem nimajo povsem prostih rok. Zavezujeja jih namreč splošni načeli prava EU: načelo učinkovitosti in načelo enakovrednosti, ki morata biti podlaga tudi za odločitve nacionalnih sodišč, ki so dolžna zagotoviti učinkovito varstvo pravic, ki jih priznava pravo EU.¹⁰ Iz ustaljene sodne prakse Sodišča EU izhaja, da postopkovna pravila v zvezi s pravnimi sredstvi, katerih namen je varstvo pravic posameznikov v pravu EU, ne smejo biti manj ugodna od tistih, ki veljajo za podobna nacionalna pravna sred-

⁹ Glej tč. 11 preambule Direktive 92/13/EGS.

¹⁰ Glej na primer Sodišče EU, združene zadeve od C-295/04 do C-298/04 (Manfredi in drugi), tč. 98, in zadeva C-568/08 (Combinatie Spijker in drugi proti Provincie Drente), tč. 90, ter R. Caranta (2011), *Damages for Breaches of EU Public Procurement Law - Issues of Causation and Recoverable Losses*, v: D. Fairgrieve, F. Lichere (ur.), *Public Procurement Law, Damages as an effective Remedy*, str. 167, 172, Oxford: Hart Publishing.

stva in ne smejo praktično onemogočiti oziroma čezmerno otežiti uveljavljanja pravic, ki jih daje pravni red EU.¹¹

Sodišče EU je denimo v sodbi *Courage in Crehan*¹² presodilo, da polna učinkovitost prava EU (85. člen Pogodbe ES, zdaj 101. člen PDEU) zahteva, da ima posameznik v primeru kršitve prava EU na voljo povrnitev škode, v sodbi *Manfredi* in drugi¹³ pa je pojasnilo, da povrnitev škode (v tisti zadevi zaradi omejevanja ali izkrivljanja konkurence) pomeni pravico vsake osebe, da zahteva ne le povrnitev dejanske škode (*damnum emergens*), ampak tudi povrnitev izgubljenega dobička (*lucrum cessans*), vključno s plačilom obresti. Na tej podlagi lahko bržkone sklepamo, da povrnitev izgubljenega dobička zaradi kršitev prava javnih naročil EU ni izključena.¹⁴

Sodišče EU je za zadeve v zvezi z uveljavljanjem pravic v pravu javnih naročil dosledno uporabljalo test učinkovitosti,¹⁵ vendar pa doktrine procesne avtonomije držav članic ni razumelo vedno enako. Tako je na primer v sodbi *Strabag*¹⁶ ne glede na procesno avtonomijo in kljub temu, da pravo EU ne določa ničesar o merilih odškodninske odgovornosti, menilo, da pravica do povrnitve škode od naročnika zaradi njegove kršitve prava javnih naročil ne bi smela biti odvisna od morebitne naročnikove krivde. V zadevi *Combinatie Spijker*¹⁷ pa je odškodninsko odgovornost iz točke c prvega odstavka 2. člena Direktive 89/665/EGS štelo za izraz odškodninske odgovornosti držav članic za spoštovanje prava EU (doktrina Francovich). V skladu s to odločitvijo mora oškodovanec za povrnitev škode izkazati, da je bilo kršeno pravilo prava EU, katerega cilj je podeliti pravice posameznikom; da je bila kršitev dovolj resna (kvalificirana) in da med kršitvijo ter škodo obstaja neposredna vzročna zveza.

Vsekakor pa pravo EU pravice do povrnitve škode zaradi kršitev pravil o javnem naročanju ne določa dovolj določno in celovito, da bi bilo nanjo

¹¹ Glej na primer sodbe v zadevah C-33/76 (*Rewe-Zentralfinanz in Rewe-Zentral*), tč. 5; C-432/05 (*Unibet*), tč. 43; C-268/06 (*Impact*), tč. 46, in C-246/09 (*Bulicke*), tč. 25.

¹² Sodišče EU, zadeva C-453/99 (*Courage, Crehan in drugi proti Crehan Ltd.*).

¹³ Sodišče EU, združene zadeve C-295/04, C-296/04, C-297/04, C-297/04 (*Manfredi in drugi*).

¹⁴ Tako na primer tudi sklepni predlogi generalnega pravobranilca P. Cruza Villalóna z dne 14. 9. 2010 v zadevi C-568/08, tč. 110.

¹⁵ Glej na primer H. Schebesta (2016), *Damages in EU Public Procurement Law*, str. 51–72, Springer International Publishing.

¹⁶ Sodišče EU, zadeva C-314/09 (*Stadt Graz proti Strabag AG*).

¹⁷ Sodišče EU, združene zadeve od C-295/04 do C-298/04 (*Manfredi in drugi*), tč. 98, in zadeva C-568/08 (*Combinatie Spijker*).

mogoče gledati kot na zaključen sistem, ampak je za uveljavljanje te pravice nujno potrebno uporabiti tudi pravila nacionalnega prava. Pravila nacionalnega prava so temeljno ogrodje, na katerega je treba pripeti posamezna pravila prava EU. Ta se v nekaterih pravnih redih bolje prilagajajo sistemu odškodninskega prava kot v drugih.

Na Nizozemskem so v primeru kršitev prava javnih naročil na voljo odškodninski zahtevki na podlagi splošnega nepogodbene odškodninskega prava, pa tudi na podlagi instituta predpogodbene odgovornosti.¹⁸ Izvzemši primere predpogodbene odgovornosti se stroški sodelovanja na razpisu ne povrnejo samostojno, saj načelo polne odškodnine pomeni celotno povrnitev (vključno z izgubljenim dobičkom) ali nič.¹⁹ Vendar pa je dokazno breme glede vzročne zveze visoko: zahteva se dokaz, da bi bila pogodba ob odsotnosti kršitve dodeljena prav oškodovancu.²⁰

V Nemčiji so oškodovancem v takšnih primerih na voljo odškodninski zahtevki na različnih pravnih podlagah, vključno z zahtevkom na podlagi odgovornosti oblasti (države) po par. 34 GG in par. 839 BGB.²¹ Zakon po vzoru Direktive 92/13 ureja pravico do povrnitve škode v obliki povrnitve stroškov izdelave ponudbe, če je naročnik kršil predpis o varstvu ponudnikov in bi imel ponudnik resnično možnost (*echte Chance*) pridobiti pogodbo.²² V tem primeru je torej relevantna že sama izguba možnosti, do katere je prišlo zaradi kršitve pravil javnega naročanja. Splošna pravila nepogodbene odškodninske odgovornosti, ki ne veljajo le za javna naročila, zlasti prvi odstavek par. 280 in drugi odstavek par. 311 BGB, omogočajo tudi zahtevek za povrnitev celotne škode, vključno z izgubljenim dobičkom, vendar ob predpostavki, da bi bila – če bi bil postopek v skladu s pravili – pogodba dodeljena ravno oškodovanemu ponudniku (oškodovancu).²³ Nemško pravo pozna tudi

¹⁸ Glej H. Schebesta (2016), str. 75–93; ter J. M. Hebly, F. G. Wilman (2011), *Damages for Breach of Procurement Law – The Dutch Situation*, v: D. Fairgrieve, F. Lichère (ur.), *Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy*, str. 75 in nasl., Oxford: Hart.

¹⁹ H. Schebesta (2016), str. 229.

²⁰ Prav tam, str. 93.

²¹ Glej M. Burgi (2011), *Damages and EC Procurement Law: German Perspectives*, v: D. Fairgrieve, F. Lichère (ur.), *Public Procurement Law-Damages as an Effective Remedy*, str. 20, Oxford: Hart; in H. Schebesta (2016), str. 117–135.

²² Glej par. 181 GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Več: G. Reider (2011), v: *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht*, § 126 GWB, r. št. 1 in nasl., str. 2232 in nasl., München: Beck.

²³ G. Reider (2011), par. 126 GWB, r. št. 13, str. 2237.

tako imenovani kvazipogodbeni zahtevek, ki izhaja iz predpogodbene odgovornosti po doktrini *culpa in contrahendo*. Na postopek javnega naročila je namreč mogoče gledati kot obdobje pred sklenitvijo pogodbe, v katerem stranki nista brez obveznosti. Načelo dobre vere zahteva od njiju pošteno ravnanje in prepoveduje zavajanje ter povzročanje škode nasprotni stranki.²⁴ Zahtevek na podlagi *culpa in contrahendo* načeloma zajema le negativni interes, tj. stroške priprave ponudbe, vendar pa se lahko prizna tudi pozitivni interes, tj. izgubljeni dobiček, če je v resnici prišlo do protipravne dodelitve posla drugemu ponudniku in bi sicer posel moral dobiti oškodovani ponudnik.²⁵

Za Francijo je značilen upravnopravni pristop k javnim naročilom. Treba je izkazati krivdo (v smislu nezakonitega oziroma protipravnega ravnanja), škodo in vzročno zvezo med njima.²⁶ Ponudnik, ki je bil ob možnost sodelovanja v postopku, bo dobil povrnjene stroške ponudbe; če pa je imel resno možnost, bo praviloma dobil povrnjen tudi izgubljeni dobiček.²⁷

Tudi v Italiji je pogoj za odškodninsko odgovornost v zvezi z javnimi naročili, da je država oziroma javna uprava ravnala krivdno oziroma protipravno; ne zadošča zgolj nezakonita dodelitev naročila, ampak se upoštevajo tudi druge okoliščine, na primer teža kršitve, obstoj morebitne diskrecijske pravice, obstoj precedensov, udeležba strank v postopku.²⁸ Obseg škode, ki se povrne, je odvisen od kvalifikacije, ali gre za predpogodbeno ali pa za (splošno) nepogodbeno odgovornost. Pri prvi – govori se tudi o predpogodbeni odgovornosti države²⁹ – je povrnitev načeloma omejena na negativni interes (stroški priprave ponudbe, izgube kot posledica tega, da stranka ni mogla izkoristiti drugih poslovnih priložnosti). Podlaga polne povrnitve škode, ki vključuje izgubljeni dobiček, je deliktna odgovornost države. Vendar je v praksi položaj nekoliko nejasen; sodišča zgoraj omenjeno izgubo drugih poslovnih priložnosti pogosto izenačujejo s pavšalno vsoto 10 odstotkov, ki se uporablja za izhodišče izračuna izgubljenega dobička v deliktne pravu,

²⁴ Več: M. Burgi (2011), str. 28.

²⁵ Glej na primer BGH, X ZR 30/03 z dne 3. 6. 2004 (glej tč. II/1 obrazložitve); VIII ZR 170/91 z dne 25. 11. 1992; OLG Schleswig, 6 U 81/01 z dne 12. 10. 2004; OLG Dresden, 20 U 1967/03 z dne 10. 2. 2004. Glej tudi: M. Burgi (2011), str. 29.

²⁶ H. Schebesta (2016), str. 137 in nasl.

²⁷ Prav tam, str. 229.

²⁸ Glej S. Ponzio (2011), *State Liability in Public Procurement: The Case of Italy*, v: D. Fairgrieve, F. Lichère (ur.), *Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy*, Oxford: Hart Publishing, str. 98 in nasl.

²⁹ Prav tam, str. 92 in nasl.

dodajo pa se drugi dejavniki.³⁰ Tako se denimo lahko upošteva, da je imel ponudnik zaradi neskenitve pogodbe proste zmogljivosti oziroma je lahko pridobil druge stranke in se odškodnina ustrezno zniža.

V vseh omenjenih državah je proti odločitvi revizijskega organa na voljo tudi sodno varstvo. Primarni cilj vsakega ponudnika je sklenitev pogodb, zato lahko sodnemu varstvu, ki je usmerjeno v sklenitev pogodbe (po morebitni razveljavitvi odločbe oziroma pogodbe z drugim ponudnikom), rečemo tudi primarno pravno varstvo. Kadar primarno pravno varstvo ni mogoče, ker je bila na primer pogodba že v celoti izpolnjena, pride v poštev odškodnina kot sekundarno pravno sredstvo. Seveda pa se primarno pravno varstvo in odškodnina ne izključujeta.

3. Odškodninska odgovornost za javna naročila v slovenskem pravu

3.1. Uvod

V slovenskem pravu Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN),³¹ ki je bil nazadnje spremenjen v letu 2017,³² v petem poglavju z naslovom Sodno varstvo vsebuje dva instituta: izpodbojnost pogodbe, sklenjene na podlagi javnega naročila, in povrnitev škode.

Izpodbojnost pogodbe je nadomestila ničnost, ki jo je predvidevala prejšnja različica zakona. Tu ne gre za civilnopravno izpodbojnost pogodbe, kot denimo v primeru napak volje, ki jo lahko uveljavlja le pogodbeni stranka, ampak za poseben institut v pravu javnih naročil. Od civilnopravne izpodbojnosti se razlikuje naprej v tem, da pogodbe ne izpodbija (le) stranka pogodbe, kot v civilnem pravu (na primer stranka, ki je pogodbo sklenila v zmoti), ampak tretja oseba, ki ima pravni interes, denimo neizbrani ponudnik, pa tudi zagovornik javnega interesa (kadar pogodbeni stranka ni Republika Slovenija, ampak druga oseba javnega prava).³³ Časovni okvir izpodbojnosti so še ožji kot v civilnem pravu: pogodbo je mogoče izpodbijati le v šestih mesecih od objave obvestila, s katerim se zagotavlja predhodna transparentnost, oziroma odkar je vlagatelj izvedel oziroma bi bil moral izvedeti za kršitev, najkasneje pa v 12 mesecih od sklenitve pogodbe oziroma dodat-

³⁰ Glej S. Ponzio (2011), str. 106.

³¹ Ur. l. RS, št. 43/11, 60/11 – ZTP-D, 63/13 in 90/14 – ZDU-1, 60/17.

³² Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN-B), Ur. l. RS, št. 60/17, velja od 26. 11. 2017.

³³ Glej prvi odstavek 42. člena ZPVPJN.

ka k pogodbi.³⁴ Če v tem času ni vložena izpodbojna tožba, pogodba konvalidira.

Izpodbojni razlogi so opredeljeni v 44. členu ZPVPJN. Gre za posebej hude kršitve pravil o javnem naročanju. Na prvem mestu – 1. točka prvega odstavka 44. člena – je predpisana izpodbojnost, »če je pogodba sklenjena v vsebini, ki je posledica storjenega kaznivega dejanja naročnika ali izbranega ponudnika ali njegove odgovorne osebe«. V nadaljevanju so opredeljeni še drugi primeri, denimo, da sklenjena pogodba bistveno odstopa od osnutka oziroma razpisne dokumentacije in je naročnik ali izbrani ponudnik oziroma povezane osebe s tem pridobil premoženjsko korist, če je bila pogodba sklenjena brez predhodno izvedenega postopka oddaje javnega naročila, pa bi bilo slednjega potrebno izvesti in tako naprej.

Pogodbe pa ni mogoče izpodbijati v primeru drugih kršitev prava javnih naročil, ki lahko prav tako bistveno vplivajo na dodelitev oziroma nedodelitev pogodbe. Za tak primer gre denimo, če je naročnik kršil pravila o javnem naročanju in nezakonito favoriziral enega izmed ponudnikov, na primer tako, da njegove ponudbe ni izločil, čeprav bi jo moral, ali pa je ponudbo enega od ponudnikov izločil, pa je ne bi smel.

V skladu s 45. členom ZPVPJN se lahko po presoji sodišča tudi tedaj, kadar je podan izpodbojni razlog, iz prevladujočega razloga javnega interesa pogodba ohrani v veljavi, pri čemer je prevladujoč razlog izjemoma lahko tudi ekonomski interes – kadar bi posledice izpodbijanja pogodbe lahko pripeljale do nesorazmernih posledic za delovanje naročnika ali države. V ekonomski interes se v skladu z drugim odstavkom 45. člena ZPVPJN štejejo med drugim tudi stroški pravnih obveznosti, ki nastanejo kot posledica odločitve o izpodbijanju.

V 49. členu ZPVPJN zakon ureja povrnitev škode. V prvem odstavku najprej določa, da se odgovornost za škodo, nastalo zaradi posledic izpodbojnosti pogodbe ali kršitve pravil javnega naročanja, presoja po pravilih obligacijskega prava o odgovornosti brez krivde.

Glede na zakonsko besedilo izpodbijanje pogodbe ni pogoj za odškodninski zahtevek – zakon namreč ločeno govori o povrnitvi škode zaradi posledic izpodbojnosti ter povrnitvi škode zaradi kršitve pravil javnega naročanja. Čeprav ZPVPJN tega ne določa, se pisci zavzemajo za to, da je posebna predpostavka odškodninskega zahtevka vložitev zahtevka za revizijo pred Državno revizijsko komisijo (v nadaljevanju: DKOM); ta ima namreč pravi-

³⁴ Glej drugi odstavek 42. člena ZPVPJN.

co in dolžnost nezakonito odločitev naročnika razveljaviti.³⁵ Tako velja tudi v sodni praksi.³⁶ Da lahko sodišče odškodninskemu zahtevku ugotovi, mora ugotoviti, da je naročnik ravnal nezakonito (protipravno), prav tako pa je nezakonito ravnala tudi DRK, ki nezakonitosti ni odpravila.³⁷ V tem smislu torej sodišče presoja pravilnost ravnanja DRK.

V drugem odstavku 49. člena pa ZPVPJN določa: »Kdor meni, da je bil zaradi nezakonitega ravnanja naročnika v postopku oddaje javnega naročila oškodovan, zoper naročnika vložijo tožbo za povrnitev škode. Kadar naročnik ni izvedel postopka oddaje javnega naročila, čeprav bi ga glede na zakon, ki ureja javno naročanje, moral, se povrnitev škode lahko uveljavlja s tožbo za ugotovitev izpodbojnosti iz 42. člena tega zakona.«

3.2. Pravna sredstva zoper odločitve Državne revizijske komisije

Zakon ne določa ničesar o pravnih sredstvih zoper odločitve Državne revizijske komisije. V sodni praksi velja stališče, da zoper odločitve DKOM ni niti rednih niti izrednih pravnih sredstev, prav tako tudi ne upravnega spora. Edina možnost pravnega varstva je pravica zahtevati povrnitev škode pred rednim sodiščem.³⁸

Tako je odločilo tudi Ustavno sodišče v sodbi U-I-169/00 z dne 14. novembra 2002; menilo je, da odločitev DRK sploh ni (oblastni) posamični akt, s katerim se odloča o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih ponudnikov (in ki bi ga bilo mogoče izpodbijati v upravnem sporu glede na prvi odstavek 157. člena Ustave RS); pravica do sodnega varstva iz 23. člena Ustave RS naj bi bila omejena na možnost sprožitve odškodninskega spora, kar naj ne bi predstavljalo nesorazmernega posega, saj naj bi možnost sodnega varstva v postopku javnih naročil lahko upočasnila oskrbo z javnimi dobrinami in s tem ogrozila nemoteno delovanje države.³⁹ Ustavno sodišče meni, da je javna korist v tem smislu pomembnejša od premoženjskopravnih interesov ponudnikov.⁴⁰ Pisci opozarjajo, da je takšna omejitev pravice do sodnega

³⁵ M. Bukovec Marovt (2012), v: M. Bukovec Marovt, V. Kostanjevec, B. Smrdel, A. Žvan, Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN) s komentarjem, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, str. 147; V. Kranjc (2012), str. 12.

³⁶ Glej na primer VSL V Cpg 163/2016 z dne 13. 4. 2016.

³⁷ Tako tudi Sodišče EU, zadeva C-314/09 (Strabag).

³⁸ Glej na primer VS RS III Ips 147/2009 ter VS RS I Up 442/2011 z dne 28. 9. 2011.

³⁹ Glej US RS U-I-169/00 z dne 14. 11. 2002, tč. 12–14.

⁴⁰ Glej na primer US RS Up-668/06, U-I-90/07, tč. 6.

varstva sporna,⁴¹ poleg neskladja z Ustavo RS se poudarja tudi neskladje s pravom EU – Direktiva 89/665/EGS ter Direktiva 92/13/EGS govori o sodnem varstvu in merilih zanj, ki jih Državna revizijska komisija ne izpolnjuje v celoti (izenačitev s statusom sodnikov glede imenovanja in razrešitve, kontradiktornost).⁴²

Sodišče EU je v zadevi, kjer sicer ni šlo za odškodninsko odgovornost, Državno revizijsko komisijo štelo za »sodišče« države članice, ki je v skladu z 257. členom PDEU upravičeno na Sodišče EU nasloviti predhodno vprašanje.⁴³ V tej luči se stališče Ustavnega sodišča, ki odločitvam DKOM odreka lastnost posamičnega pravnega akta, izkaže za še bolj problematično. Isti organ je težko hkrati »sodišče« v smislu prava EU, v smislu slovenskega prava pa organ, ki sploh ne izdaja odločb, ampak zoper njegove odločitve, ki sicer izrazito vplivajo na položaj strank, ni pravnih sredstev, izvzete iz sodnega varstva in s tem pravzaprav tudi iz ustavno določene hierarhije pravnih aktov. Vsekakor položaj, kjer zoper odločitve DKOM ni sodnega varstva, že z vidika preprečevanja korupcije ne more biti zaželen.

4. Pravne podlage odgovornosti za škodo zaradi kršitve pravil o javnem naročanju

Preden se podrobneje posvetimo obsegu odškodninske odgovornosti v zvezi z javnimi naročili, je treba odgovoriti na vprašanje pravne podlage odgovornosti. V pošte v namreč prihaja več pravnih podlag: poleg 49. člena ZPVPJN še 26. člen Ustave RS, pa tudi odškodninska odgovornost države članice za spoštovanje prava EU. Odškodninski zahtevki na teh podlagah sicer vsebinsko vsi pomenijo odškodninsko odgovornost države in so usmerjeni v isti cilj, tj. povrnitev škode, povzročene s kršitvijo pravil o javnem naročanju, vendar se zdi, da slonijo na različnih konceptih odgovornosti, zanje pa deloma veljajo tudi različne predpostavke.

⁴¹ R. Pirnat (2016), Sodno varstvo zoper odločitve Državne revizijske komisije, Podjetje in delo, št. 6-7, str. 1170 in nasl.; J. Tekavec (2006), Pravno varstvo zoper odločitve državne revizijske komisije, Pravna praksa, št. 54, str. 7; A. Mužina (2006), Institucije pravnega varstva v postopkih oddaje javnih naročil, Podjetje in delo, št. 6-7, str. 1471 in nasl.

⁴² Glej R. Pirnat (2016), str. 1173 in nasl.

⁴³ Sodišče EU, zadeva C-296/15 (Medisanus d. o. o. proti Splošni bolnišnici Murska Sobota), glej tč. 32–38.

4.1. Člen 49 ZPVPJN: kaj pomeni »odgovornost brez krivde«

Besedilo prvega odstavka 49. člena ZPVPJN odpira nekaj vprašanj, na katera je treba odgovoriti še pred obravnavo podrobnosti. Najprej se zastavlja vprašanje o tem, kaj je zakonodajalec želel doseči s sklicevanjem na pravila obligacijskega prava o »odgovornosti brez krivde«. S to formulacijo je najbrž mislil na nepogodbeno odškodninsko odgovornost ne glede na krivdo, ki jo predvideva drugi in tretji odstavek 131. člena OZ za primere škode, ki izhaja iz nevarnih stvari oziroma nevarnih dejavnosti.

Iz javno dostopnih zakonodajnih gradiv ni mogoče ugotoviti, kaj je želel zakonodajalec s tem doseči.⁴⁴ V slovenskem obligacijskem pravu se namreč pri odgovornosti ne glede na krivdo (tako imenovani objektivni odgovornosti), ki je predpisana v primerih izjemno povečanega škodnega tveganja v zvezi s sicer dopustno dejavnostjo, o ravnanju odgovorne osebe in s tem o vprašanju krivde in protipravnosti sploh ne sprašujemo. Relevantni sta le vprašanji, ali je obstajal položaj povečanega škodnega tveganja (nevarna stvar oziroma drugi, zakonsko določeni primeri nevarnosti), in ali se je to škodno tveganje uresničilo, pri čemer je predpisana celo domneva vzročnosti (149. člen OZ).

⁴⁴ Prejšnja ureditev (ZRPJN) ni glede tega določala ničesar; sodno varstvo je bilo, tako kot zdaj, zagotovljeno v postopku »povračila« škode pred sodiščem splošne pristojnosti, glej peti odstavek 23. člena. Predlog zakona, kot ga je potrdila Vlada dne 24. 2. 2011 (EVA 2010-1611-0100), je v prvem odstavku 49. člena določal:

»(1) Odškodninsko odgovornost tistega, ki je kriv za ničnost pogodbe ali posameznega naročila, določa zakon, ki ureja obligacijska razmerja. (2) Kdor meni, da je bil zaradi nezakonitega ravnanja naročnika v postopku oddaje javnega naročila oškodovan, lahko zoper naročnika vloži tožbo za povrnitev škode. Kadar naročnik ni izvedel postopka oddaje javnega naročila, čeprav bi ga glede na zakon, ki ureja javno naročanje, moral, se povrnitev škode lahko uveljavlja s tožbo za ugotovitev ničnosti iz drugega odstavka 42. člena tega zakona. (3) Tožbe iz prejšnjega odstavka ni dopustno vložiti, če tožeča stranka pred tem ni uveljavljala pravnega varstva v predrevizijskem in revizijskem postopku ali v sodnem postopku ali kot izbrani ponudnik sodelovala v predrevizijskem ali revizijskem postopku ali kot ena od strank sodelovala v sodnem postopku za ugotavljanje ničnosti pogodbe, razen če je zahtevek za revizijo vložil ali ničnost pogodbe uveljavljal zagovornik javnega interesa. (4) Tožba iz drugega odstavka tega člena se vloži pri sodišču najpozneje v enem letu od dokončnosti odločitve Državne revizijske komisije ali sodišča. Sprejeta različica zakona (Ur. l. RS, št. 43/11) je v prvem odstavku dodala »odgovornost brez krivde«, tretji in četrti odstavek pa sta bila črtana. Glej tudi V. Kostanjevec (2012), Sankcija neveljavnosti pogodbe o izvedbi javnega naročila, Pravna praksa, št. 24-25, str. 18.

V tej luči je sklicevanje na pravila o objektivni odgovornosti glede povrnitve škode v zvezi z javnim naročanjem sila nenavadno. Razlog je najprej v tem, da je za ugotavljanje odškodninske odgovornosti zaradi kršitve pravil javnega naročanja že po naravi stvari treba najprej ugotoviti, da je prišlo do kršitve teh pravil. Če kršitve, to je nezakonitega ravnanja, ni bilo, ne more biti odgovornosti zanj. Torej mora iti v vsakem primeru za odgovornost za ravnanje, vsaj v smislu, da velja predpostavka protipravnosti ravnanja. Težko si je predstavljati, da bi zakonodajalec štel javno naročanje za tako »nevarno« dejavnost v smislu izjemno povečanega škodnega tveganja, da bi predpisal objektivno odškodninsko odgovornost. Prav tako ni razvidno, da bi bil zakonodajalec na ta način želel vzpostaviti posebno povrnitveno shemo, s katero bi oškodovancem bistveno olajšal pot do denarnega nadomestila.

Predpostavki protipravnosti in krivde sta med seboj povezani; obe se ukvarjata z vrednostno presojo ravnanja povzročitelja škode, pri čemer je pri krivdi bolj poudarjen subjektivni element (odnos povzročitelja, sicer tipiziran), medtem kot je pri protipravnosti bolj poudarjen objektivni element (tj. vprašanje, ali je šlo v objektivnem smislu za kršitev dolžnosti ali ne). V slovenskem pravu, kjer velja domneva krivde, se pglavitna praktična razlika med njima pokaže v dokaznem bremenu: oškodovanec mora dokazati protipravno ravnanje, medtem se krivda (navadna malomarnost) domneva, povzročitelj pa se domneve lahko razbremeni.

Prav tako si je težko predstavljati, da bi zakonodajalec v zvezi z odgovornostjo zaradi kršitve pravil o javnem naročanju predpisal uporabo domneve vzročnosti iz 149. člena OZ. V tem primeru namreč oškodovancu sploh ne bi bilo treba dokazovati, da je kršitev povzročila njegovo škodo, ampak bi veljala kar domneva, da vsakršna škoda »v zvezi« z javnim naročilom izvira iz tega naročila, odgovorna oseba pa bi lahko to domnevo izpodbijala. Domneva vzročnosti v primeru odgovornosti za škodo zaradi kršitev v postopkih javnih naročil preprosto ni sprejemljiva. Oškodovančevo dokazovanje vzročne zveze med ravnanjem in nastalo škodo je bistveni element odškodninske odgovornosti zaradi kršitve pravil javnega naročanja.

Zato mislim, da zakonodajalec v resnici ni želel predpisati objektivne odgovornosti za škodo v zvezi s postopki javnega naročanja. Verjetnejše se mi zdi pojasnilo, da je s tem želel (sicer nerodno) v zakon zapisati zahteve iz odločitev Sodišča EU.⁴⁵ To je namreč v zadevi C-314/09 (Strabag) zapisalo, da se naročnik ne more razbremeniti odškodninske odgovornosti tako, da se

⁴⁵ Tako tudi: V. Kranjc (2011), v: V. Kranjc, V. Kostanjevec, Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN), uvodna pojasnila, Ljubljana: GV Založba, str. 70.

oprosti krivde, ker je revizijski organ (drugače kot kasneje sodišče) potrdil njegovo odločitev.⁴⁶

V tej luči ocenjujem, da je treba napotitev na pravila o »odgovornosti brez krivde« razumeti tako, da gre le za modifikacijo odškodninske odgovornosti v skladu s sodno prakso Sodišča EU, torej da se naročnik kot tožena stranka ne more razbremeniti odgovornosti, tako da dokaže, da ni kriv, ker je njegovo odločitev potrdil revizijski organ. Vendar pa je treba vztrajati pri predpostavkah protipravnosti in vzročne zveze, ki jih mora seveda, tako kot nastanek pravno priznane škode, dokazati oškodovanec (tožeča stranka). Zato zakonodajalec s sklicem na »pravila o odgovornosti brez krivde« pravzaprav ni spremenil bistva odškodninske odgovornosti. Še vedno gre torej za odgovornost za protipravno ravnanje in torej v bistvu za subjektivno odškodninsko odgovornost. V predpostavki protipravnosti ravnanja je zajeta kršitev pravil o javnem naročanju, ki mora izpolnjevati določena merila, o čemer bo govor kasneje. Predpisovanje prave »objektivne« odgovornosti, pri kateri ravnanje povzročitelja sploh ni relevantno, bi bilo namreč na področju javnih naročil popolnoma brez smisla.

4.2. Za kakšno odškodninsko odgovornost gre pri 49. členu ZPVPJN

Člen 49 ZPVPJN v drugem odstavku omenja le odškodninski zahtevek proti »naročniku«, torej državi, občini, drugi osebi javnega prava, javnemu podjetju oziroma drugemu subjektu s posebnim pooblastilom, ki od zasebnega sektorja kupuje blago ali storitve.⁴⁷

Ne da bi se spuščali v vprašanje, ali država (kadar ta ni naročnik) odgovarja za naročnikove kršitve v postopku javnega naročila in s tem povezano vprašanje oblastnega ravnanja, je treba spomniti, da sodna praksa na vložitev revizijskega zahtevka gleda kot na predpostavko odškodninskega zahtevka. Iz tega lahko sklepamo, da država vsekakor odgovarja za ravnanje DKOM, če ta očitane nezakonitosti ni odpravila. DKOM je z zakonom ustanovljen državni organ, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil. Država prek

⁴⁶ V sodbi v zadevi C-314/09 (Stadt Graz proti Strabag AG in ostalim) z dne 30. 9. 2010 je Sodišče EU presodilo, da nacionalno pravo, po katerem je pravica do povrnitve škode odvisna od naročnikovega krivdnega ravnanja (krivdno načelo), nasprotuje pravu EU, kot je določeno v Direktivi 89/665/EGS. To velja tudi v primeru, če – kot denimo v slovenskem obligacijskem pravu – velja domneva krivde. V tej zadevi je neizbrani ponudnik vložil odškodninski zahtevek proti naročniku, ta pa se je branil, češ, da je naročilo oddal v skladu z odločitvijo revizijskega organa, ki je odločil, da naročnik ni kršil pravil o javnem naročanju. Sodišče je pri odločanju o odškodninskem zahtevku menilo drugače.

⁴⁷ Glej 3. člen ZJN-3.

DKOM vsekakor ravna v svojstvu izvajanja oblasti (*iure imperii*). Kot je bilo prepričljivo razloženo, tudi stališče Ustavnega sodišča iz sodbe U-I-169/00, po katerem naj DKOM sploh ne bi izdajala odločb (posamičnih aktov, s katerimi bi se odločalo o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih ponudnikov, zoper katere bi bilo potrebno zagotoviti sodno varstvo), ne more zdržati resne presoje.⁴⁸ Odškodninska odgovornost za napake v postopku javnih naročil torej pomeni obliko odškodninske odgovornosti države, ki izhaja iz 26. člena Ustave RS. To odškodninsko odgovornost sicer 49. člen ZPVPJN nekoliko modificira, a s tem – kot je bilo povedano – ne spreminja njenega bistva.

Glede na sodno prakso o odškodninski odgovornosti države mora oškodovanec, poleg oblastnega ravnanja državnega organa v zvezi z njegovo službo, izkazati še protipravno ravnanje v smislu 26. člena Ustave RS, škodo, in vzročno zvezo med ravnanjem in škodo. Za protipravnost ne zadošča, da je dejanje v dejanskem in/ali pravnem smislu neustrezno, temveč mora iti za kvalificirano, hujšo protipravnost.⁴⁹

V tem smislu je Višje sodišče v Ljubljani v sodbi iz leta 2015 poudarilo, da vsaka napačna uporaba pravnih pravil s strani DKOM še ne pomeni protipravnosti v smislu odškodninske odgovornosti države; potrebna je hujša, očitna protipravnost, denimo kot (1) nerazumno odstopanje od jasnih določb materialnega prava in ustaljene sodne prakse, (2) neuporaba povsem jasne določbe ali namerna razlaga predpisa v nasprotju z ustaljeno sodno prakso zaradi pristranskosti, (3) grobo kršenje pravil postopka, ali (4) napaka, ki je povsem zunaj okvira pravno še dopustnega ravnanja (v smislu arbitrarnosti oziroma samovoljnosti) ali druga podobna kvalificirana kršitev.⁵⁰ Takšno protipravnost bi na primer lahko predstavljala okoliščina, da DKOM ni odločila o vseh kršitvah, ki jih je uveljavljal revident.

Glede na to, da je pravo javnega naročanja v precejšnjem delu tudi pravo EU, bi lahko na odškodninsko odgovornost države zaradi kršitev prava jav-

⁴⁸ Glej R. Pirnat (2016). Da Državna revizijska komisija deluje oblastno in izdaja odločbe, izhaja tudi iz tega, da je kot »sodišče« v smislu 267. člena PDEU na Sodišče EU poslala predhodno vprašanje, glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Henrika Saugmandsgaarda Øeja z dne 1. 12. 2016 (Medisanus d. o. o. proti Splošni bolnišnici Murska Sobota).

⁴⁹ Glej D. Možina (2015), v: D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, Ljubljana: GV Založba, str. 30 in nasl.; ter M. Dolenc (2015), Protipravnost ravnanja države v novejši sodni praksi, v: D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, Ljubljana: GV Založba, str. 65 in nasl.

⁵⁰ Glej VSL, I Cpg 82/2014 z dne 21. 1. 2015, tč. 6.

nega naročanja gledali tudi v kontekstu odgovornosti države članice posameznikom za škodo zaradi nespoštovanja prava EU (doktrina Francovich).⁵¹ Odgovornost ne obstaja le tedaj, kadar pravo EU z nepravilnim prenosom oziroma neprenosom direktive krši zakonodajalec, ampak tudi, kadar ga kršijo drugi organi – denimo z neuporabo ali nepravilno uporabo prava EU. Tako država članica odgovarja za ravnanje svojih upravnih organov,⁵² pa tudi za ravnanje svojega sodišča, ki odloča na zadnji instanci (tj. proti odločitvi katerega ni pravnega sredstva), kadar to sodišče dovolj resno krši pravo EU, ki zagotavlja pravice posameznikom, in je med kršitvijo in škodo posamezniku neposredna vzročna zveza.⁵³ Da bi ugotovilo, ali je kršitev dovolj resna, mora sodišče ugotoviti, ali je kršitev očitna, upoštevajoč posebno naravo sodne funkcije. Pri tem je treba upoštevati vse okoliščine primera, zlasti pa stopnjo jasnosti in natančnosti kršene določbe, naklepnost kršitve, (ne)opravičljivost pravne zmote, morebitno stališče organov EU ter kršitev obveznosti predložitve predhodnega vprašanja.⁵⁴

4.3. Obseg odškodninskega zahtevka zaradi kršitve pravil javnega naročanja

4.3.1. Le stroški priprave ponudbe ali tudi izgubljeni dobiček?

Sodna praksa v primeru izkazanih kršitev v postopku javnega naročanja kot odškodnino načeloma priznava le tako imenovani negativni pogodbeni interes, torej predvsem stroške priprave ponudbe, saj ta položaj navadno obravnava po analogiji s škodo v zvezi s pogajanjem. Tako je na primer Višje sodišče v Ljubljani v sodbi iz leta 2009, ki jo je potrdilo tudi Vrhovno sodišče,⁵⁵

⁵¹ Sodba Sodišča ES z dne 19. 11. 1990 v združenih zadevah C-6 in 9/90 (Francovich in drugi proti Republiki Italiji), tč. 35. Tožniki so bili zaposleni pri delodajalcu, ki je šel v stečaj in ni mogel izplačati plač. Italijanski zakonodajalec pa je zamujal s prenosom Direktive 80/987 o varstvu delavcev v primeru insolventnosti delodajalca (danes Direktiva 2008/94/ES). Glej tudi sodbo Sodišča ES C-479/93 ter van Dam, European Tort Law, Oxford University Press, 2006, str. 32. Glej tudi sodbe Sodišča ES v zadevah C-46/93 in C-48/93 (Brasserie du pêcheur in Factortame), tč. 31; zadeva C-392/93 (British Telecommunications), tč. 38; zadeva C-5/94 (Hedley Lomas), tč. 24; združene zadeve C-178/94, C-179/94 in od C-188/94 do C-190/94, (Dillenkofer in drugi), tč. 20, in zadeva C-127/95 (Norbrook Laboratoires), tč. 106. Več: A. Vlahek, Ž. Urnkar (2015), v: D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, Ljubljana: GV Založba, str. 286 in nasl.

⁵² Glej sodbo Sodišča ES v zadevi C-5/94 (Hedley Lomas).

⁵³ Izrek sodbe Sodišča ES v zadevi C-224/01 (Köbler).

⁵⁴ Prav tam, tč. 104 in nasl.

⁵⁵ VS RS III Ips 147/2009 z dne 25. 9. 2012.

pojasnilo, da javnega razpisa in razpisne dokumentacije ni mogoče šteti za ponudbo v skladu z 20. členom OZ, temveč kot vabilo k dajanju ponudb v skladu s 24. členom OZ. Pravna narava odškodninske odgovornosti je enaka; gre za tako imenovano odgovornost za pogajanja; kršitelj odgovarja, ker je nepošteno ravnal pri sklepanju posla, ne pa, ker ne bi izpolnjeval pogodbenih obveznosti.⁵⁶ Ta pravila velja po prepričanju sodišča analogno uporabiti za primere sklepanja pogodb na podlagi javnih naročil. »Vse do naročnikove izbire namreč ponudniki ne morejo računati na dodelitev pogodbe, saj ni jasno, ali bo njihova ponudba sprejeta. Zato tudi ne morejo storiti ničesar za izvrševanje prihodnje pogodbe, niti si iz tega naslova ne morejo obetati kakršnega koli dobička«, je zapisalo Višje sodišče v Ljubljani.⁵⁷ Posledično ni mogoče priznati izgubljenega dobička in dejanske škode zunaj okvira stroškov, ki so nastali s pripravo ponudbe (odkup razpisne dokumentacije, priprava načrtov, kalkulacij, potrdil, stroški bančnih garancij ipd).⁵⁸ Zdi se, da redna sodišča sledijo namigu Ustavnega sodišča, da »premoženjskopravno varstvo v razmerju med naročnikom in ponudnikom ustreza sodnemu varstvu, ki je v civilnopравnih razmerjih zagotovljeno pri vabilu k stavljanju ponudb (24. člen OZ)«. ⁵⁹

Vendar pa iz novejših sodnih odločb izhajajo tudi drugačna stališča. Tako je denimo Višje sodišče v Ljubljani utemeljeno opozorilo, da je stališče, po katerem je v primeru kršitev pravil javnega naročanja mogoče zahtevati povrnitev škode le na podlagi 20. člena OZ (odgovornost za pogajanja, tj. negativni pogodbeni interes), preozko.⁶⁰ Pojasnilo je, da tožena stranka (naročnik), ki v izvajanju oblastne funkcije sprejema odločitve o izboru ponudnika, nima diskrecijske pravice in ne more odstopiti od sklenitve pogodbe z izbranim upravičencem. Če bi to storila, bi lahko bila podana podlaga za odškodninsko odgovornost države (26. člen Ustave RS). Tudi Vrhovno sodišče je v letu 2013 opozorilo, da povrnitev škode zaradi nesklepnitve pogodbe po izvedenem javnem zbiranju ponudb lahko vključuje tudi izgubljeni dobiček.⁶¹ Pri tem se je sklicevalo tudi na lastno sodbo iz leta

⁵⁶ VSL I Cpg 268/2009 z dne 23. 6. 2009, tč. 9 in 10.

⁵⁷ Prav tam, tč. 10.

⁵⁸ Da je mogoče v primeru kršitev pravil javnega naročanja priznati le negativni interes, ne pa tudi pozitivnega, je menilo Vrhovno sodišče že v zadevi III Ips 20/2001 z dne 13. 12. 2001.

⁵⁹ US RS U-I-169/00 z dne 14. 11. 2002, tč. 14; glej tudi US RS Up-668/06, U-I-90/07, tč. 6.

⁶⁰ VSL I Cpg 2040/2014 z dne 23. 9. 2015, tč. 21.

⁶¹ VS RS III Ips 60/2011 z dne 21. 5. 2013, tč. 11 in 12.

2006, v kateri je bil v primeru škode zaradi nepoštenih pogajanj oškodovanec priznan tudi izgubljeni dobiček.⁶²

Opozoriti velja, da slovenska zakonodaja pojma negativnega in pozitivnega interesa ne definira, ampak ju sodna praksa in literatura povzemata iz nemškega prava, pri čemer se pojma pogosto uporabljata pavšalno in površno, brez poznavanja njune vsebine, ki je vezana tudi na specifične določbe nemškega prava.⁶³ Kot je bilo že povedano, je v nemškem pravu odškodninska odgovornost v primeru kršitev prava javnih naročil na podlagi doktrine *culpa in contrahendo* načeloma usmerjena v negativni interes (povrnitev stroškov priprave ponudbe), vendar se v določenih položajih, na primer če bi moral v odsotnosti kršitve posel dobiti oškodovani ponudnik, priznava tudi izgubljeni dobiček (tako imenovani pozitivni interes).⁶⁴

Sklicevanje na civilnopравno odškodninsko odgovornost za pogajanja oziroma natančneje, stališča sodne prakse o njej, v primeru odgovornosti za kršitve pravil javnega naročanja tudi ni povsem ustrezno. Res gre sicer za položaj, kjer do sklenitve pogodbe ni prišlo. Vendar pravila OZ o odgovornosti za pogajanja urejajo položaj, kjer pogodbo sklepata dve osebi zasebne prava, za katera v največji meri velja pogodbeni avtonomija. Stranki se lahko svobodno odločata o tem, ali in s kom bosta pogodbo sklenili. Če ena od njiju meni, da pogodba, o kateri se pogaja, ne ustreza njenim interesom, pogodbe ne bo sklenila. Stranki sta seveda že pred sklenitvijo pogodbe zavezani k poštenemu ravnanju in preprečevanju škode: druga druge glede namena sklenitve pogodbe ne smeta zavajati in si povzročati stroškov; če do tega vendarle pride, si morata povrniti stroške, nastale v zaupanju v pošteno ravnanje nasprotni stranke. Odškodninsko odgovornost nalaga doktrina o krivdnem ravnanju pri sklepanju pogodbe (*culpa in contrahendo*).

Položaj pri sklepanju pogodb na podlagi javnega naročila je drugačen. Kot je opozorilo že Višje sodišče v Ljubljani, se naročnik – oseba javnega prava, ki v izvajanju oblastne funkcije sprejema odločitve o izboru ponudnika – ne more odločati svobodno, ampak je vezana na objavljeni razpis, načeloma nima diskrecijske pravice in si ne more kar premisliti.⁶⁵ Naročnik je načelo-

⁶² VS RS II Ips 490/2004 z dne 13. 7. 2006.

⁶³ Na to utemeljeno opozarja M. Baretić (2012), Treba li se u hrvatskom obveznom pravu koristiti konceptima pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa?, v: T. Josipović (ur.) *et al.*, Liber Amicorum Petar Klarić, Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 425–465.

⁶⁴ Glej op. 19.

⁶⁵ VSL I Cpg 2040/2014 z dne 23. 9. 2015, tč. 21.

ma dolžan skleniti pogodbo z najboljšim ponudnikom glede na razpisne pogoje, vsekakor pa ne sme skleniti pogodbe v nasprotju s pravili javnega naročanja. V razpisu si sicer lahko pridrži možnost, da naročila v določenih okoliščinah ne podeli, vendar mu to ne omogoča arbitrarnega odločanja.

Upravičeno pričakovanje najboljšega ponudnika glede sklenitve pogodbe je v tem smislu precej višje od pričakovanja stranke pri »čistem« civilnopravnem sklepanju pogodbe. Povrnitev stroškov priprave ponudbe oziroma sodelovanja v postopku javnega naročila ni ustrezno odškodovanje za tistega ponudnika, s katerim bi bila pogodba sklenjena, če ne bi prišlo do kršitve pravil javnega naročanja. V takem primeru bi moral bil slednji upravičen do povrnitve izgubljenega dobička, torej do tako imenovanega pozitivnega interesa.

Argument v prid priznanju izgubljenega dobička ponuja tudi evropsko pravo. Kot je bilo že povedano, Direktiva 89/665/EGS, spremenjena z Direktivo 2007/66/ES, v devetem odstavku 2. člena zagotavlja podjetjem, ki so udeležena v postopku javnega naročila, sodno varstvo zoper odločitve revizijskega organa, vključno z možnostjo razveljavitve odločitve. Slovensko pravo poskuša to zahtevo uresničiti tako, da, čeprav ne zagotavlja sodnega varstva zoper odločitve DKOM, ponudniku omogoča, da pred sodiščem zahteva povrnitev škode in/ali izpodbijanje pogodbe.

Vendar pa so razlogi izpodbojnosti v 44. členu ZPVPJN določeni bistveno ožje kot razlogi, s katerimi bi bilo mogoče v sodnem preizkusu doseči razveljavitev odločbe DKOM. Med njimi na primer ni razloga, da je naročnik kršil pravila o javnem naročanju in nezakonito favoriziral enega izmed ponudnikov, tako da njegove ponudbe ni izločil, čeprav bi jo moral, ali pa je izločil ponudbo konkurenta, pa je ne bi bil smel. Nadalje, pri prvem razlogu, ki ga določa 44. člen ZPVPJN (»če je pogodba sklenjena v vsebini, ki je posledica storjenega kaznivega dejanja naročnika ali izbranega ponudnika ali njegove odgovorne osebe«), pa ugotovitev kaznivega dejanja sploh ni v domeni ponudnika; pregon uradno pregonljivih kaznivih dejanj je v rokah države, kar pomeni, da so možnosti stranke za uspeh odvisne od aktivnosti in uspešnosti organov pregona.⁶⁶

V takih primerih bi bilo treba v okviru odškodninskega »sodnega« varstva ponudniku omogočiti, da z odškodnino doseže položaj, ki bi ga sicer lahko dosegel, če bi bila odločitev DKOM podvržena sodnemu varstvu (vključno z

možnostjo razveljavitve), torej, da bi lahko bila pogodba dodeljena njemu. To velja tako z vidika prava EU oziroma razlage nacionalnega prava v luči besedila in ciljev direktive (konsistentna oziroma skladna razlaga).⁶⁷

Tudi če bi šteli, da je »sodno varstvo« zagotovljeno že s kasatoričnimi pooblastili DKOM, ki ga je Sodišče EU v zadevi, kjer sicer ni šlo za direktivo 89/665/EGS, štelo za »sodišče«, ki je v smislu 267. člena PDEU upravičeno zastavljati predhodna vprašanja, je gornje razmišljanje o priznanju izgubljenega dobička mogoče utemeljiti tudi z ustavno pravico do sodnega varstva. Tudi to sodno varstvo bi ponudniku omogočilo doseči razveljavitev odločbe in posledično pridobiti posel. Tak položaj mora imeti ponudnik možnost doseči vsaj z odškodninskim pravnim varstvom.

Če lahko neizbrani ponudnik dokaže, da bi bila pogodba ob spoštovanju pravil javnega naročanja dodeljena prav njemu, bi ga bilo treba v skladu z načelom popolne odškodnine (169. člen OZ) postaviti v premoženjski položaj, v katerem bi bil, če škodljivega dejanja (kršitve pravil javnega naročanja) ne bi bilo. To pa pomeni polno povrnitev škode, vključno s povrnitvijo izgubljenega dobička. V takem položaju povrnitev stroškov priprave ponudbe (negativni interes) ne pomeni učinkovitega pravnega sredstva. Seveda pa bi bilo v takem primeru v skladu z načelom *compensatio lucri cum damno* treba upoštevati (od odškodnine odšteti) tudi morebitne ponudnikove prihranke, ki so posledica tega, da posla ni izvedel.

Tak položaj, tj. priznanje povrnitve izgubljenega dobička neizbranemu ponudniku pod opisanimi predpostavkami, za državo seveda pomeni večjo obremenitev. Poleg plačila ponudniku, s katerim je sklenila pogodbo (pa ne bi smela), mora povrniti škodo še neizbranemu ponudniku, s katerim bi morala skleniti pogodbo (pa je ni). Po drugi strani pa je spoštovanje prava javnega naročanja in preprečevanje korupcije brez dvoma v interesu države. Najboljša rešitev v tem smislu bi bila bržkone, da bi država omogočila sodni preizkus odločitve DKOM. Neizbrani ponudnik bi tedaj lahko dosegel razveljavitev odločbe DKOM in bi v novem postopku lahko pridobil posel, s čimer bi odpadel odškodninski zahtevak. Po drugi strani pa je mogoče na zahtevak za povrnitev škode gledati tudi kot na zasebno uveljavljanje ciljev prava javnega naročanja in sredstvo za preprečevanje korupcije. Zasebno uveljavljanje povrnitve škode ne služi le varstvu zasebnega, ampak tudi javnega interesa, saj lahko prispeva k odpravljanju težav zaradi neaktivnosti in neuspešnosti javnega pregona korupcije.

⁶⁶ Civilno oziroma gospodarsko sodišče lahko o obstoju kaznivega dejanja kot o predhodnem vprašanju odloči le izjemoma, na primer kadar kazenski pregon zaradi smrti obdolženca ni mogoč. Glej na primer VS RS II Ips 92/2012 z dne 6. 6. 2013.

⁶⁷ Sodba Sodišča EU v zadevi C-14/83 (Van Colson in Kamman).

4.3.2. Posebej o povrnitvi stroškov priprave ponudbe

V pogodbenem pravu velja, da lahko stranka poleg polne odškodnine, ki zajema izgubljeni dobiček (tako imenovani pozitivni interes), zahteva povrnitev škode tudi na nekoliko drugačen način: odškodninski zahtevek lahko oblikuje tako, da se z njim povrnejo izdatki, nastali v zaupanju v določeno ravnanje nasprotne stranke (na primer v sklenitev ali izpolnitev pogodbe).⁶⁸ Temu rečemo tudi povrnitev škode zaradi zaupanja (angleško *reliance interest*, v nemškem pravu negativni pogodbeni interes). Strogo gledano teh stroškov ni povzročila kršitev sama, saj so nastali še pred kršitvijo, vendar so se zaradi kršitve izjalovili, postali nekoristni. Načeloma se tak način izračuna škode uporablja predvsem v primerih, ko veljavne pogodbe ni, ker je denimo nična, uspešno izpodbita ali sploh ni bila sklenjena (odgovornost za pogajanja po doktrini *culpa in contrahendo*). Vendar takšna povrnitev škode ni omejena na te primere in se lahko zahteva tudi v primeru veljavne pogodbe. Upnik se bo za izračun škode na ta način odločil predvsem, kadar ne bo mogel izkazati škode v smislu izpolnitvenega oziroma pozitivnega pogodbenega interesa (izgubljeni dobiček).

Neizbrani ponudnik lahko tudi na tak način, torej z zahtevkom v višini tako imenovanega negativnega interesa (stroški priprave ponudbe oziroma sodelovanja v postopku javnega naročila) zahteva povrnitev škode zaradi kršitev pravil javnega naročanja.

Zahtevka, usmerjena na pozitivni in negativni interes, sta oškodovancu seveda na voljo le alternativno.⁶⁹ Oškodovanec ju ne more kumulirati (seveda pa v okviru sodnega varstva lahko enega od njiju uveljavlja podrejeno). Razlog je v tem, da bo vsak ponudnik stroške priprave ponudbe pokril s (pričakovanim) dobičkom iz pogodbe; če bi mu povrnili oboje, bi to vodilo v previsoko povrnitev škode.

Pri odškodninskem zahtevku za povrnitev stroškov priprave ponudbe oziroma sodelovanja v postopku javnega naročila je treba upoštevati tudi sedmi odstavek 2. člena Direktive 92/13/EGS (tako imenovana sektorska direktiva o pravnem varstvu v postopku javnega naročanja – velja za javna naročila na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju). Ta določba od držav članic zahteva, da zagotovijo, da lahko neizbrani ponudnik, če uveljavlja povrnitev stroškov priprave ponudbe oziroma sodelovanja pri javnem naročilu, doseže takšno povrnitev, če dokaže kršitev prava Skupnosti

⁶⁸ Glej na primer D. Možina (2016), Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe, Podjetje in delo, št. 1, str. 269.

⁶⁹ Glej na primer VSL II Cp 725/2017 z dne 30. 8. 2017.

na področju javnih naročil ali nacionalnih implementacijskih predpisov, nadalje, da je imel »resnično možnost pridobiti naročilo« in da je kršitev negativno vplivala na to možnost. V tej točki torej pravo EU regulira tudi zahteve glede vzročne zveze; načeloma (glede na pravo držav članic) bi lahko povrnitev škode zahteval le ponudnik, ki bi lahko dokazal, da bi bilo v odsotnosti kršitev javno naročilo dodeljeno prav njemu.⁷⁰ Pisci opozarjajo, da ni nobenega razloga za to, da bi ta določba veljala le za sektorsko direktivo, ne pa tudi na splošno, torej tudi na področju uporabe »splošne« Direktive 89/665/EGS.⁷¹ Glede področja uporabe se direktiva v točki a prvega odstavka 1. člena sklicuje na Direktivo 90/531/EGS – kasneje spremenjene z Direktivo 93/38/EGS, glej 2. člen, oziroma z Direktivo 2004/17/ES). Uporablja se za aktivnosti v zvezi z zagotavljanjem plina, toplote, električne energije, vode, transportnih storitev, poštnih storitev, pridobivanje nafte, plina, premoga, za pristanišča in letališča. Slovenija sedmi odstavek 2. člena Direktive 92/13/EGS ni prenesla v svoje pravo z zakonom.

Zato se zastavlja vprašanje morebitnega neposrednega učinka določbe. Če niso prenesene v nacionalno pravo, direktive v horizontalnih pravnih razmerjih načeloma nimajo neposrednega učinka. Vendar pa imajo pod določenimi pogoji takšen učinek lahko v vertikalnih razmerjih (med posameznikom in državo): če je določba po naravi sposobna imeti tak učinek (jasnost, nepogojnost) in če je potekel rok za implementacijo.⁷² Namen tega je preprečiti državi članici, da bi se nasproti posameznikom sklicevala na lastno kršitev obveznosti do EU. Pojem države se razlaga zelo široko in vključuje tudi subjekte, ki pod nadzorom države izvršujejo javna pooblastila.⁷³

Zdi se, da bi bilo določbi sedmega odstavka 2. člena Direktive 92/13/EGS mogoče priznati neposredni učinek. Podeljuje namreč jasno opredeljeno subjektivno pravico (pravico zahtevati povrnitev škode v obliki stroškov priprave ponudbe, če oškodovanec izkaže kršitev prava EU o javnem naročanju, če je imel resnično možnost pridobiti naročilo in če je kršitev to možnost zmanjšala), rok za njeno implementacijo pa je potekel. Tudi če ne sprejmemo

⁷⁰ Tako J. Pietzcker (2008), v: E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (ur.), Das Recht der EU, B 18: Öffentliches Auftragswesen – Rechtsmittelrichtlinie (RL 89/665/EG) und Änderung der Richtlinie (RL 2007/66/EG vom 11. 12. 2007), München: C. H. Beck, r. št. 54.

⁷¹ Prav tam, r. št. 55, ter R. Caranta (2011), str. 167, 173.

⁷² Glej sodbe Sodišča ES z dne 4. 12. 1974 v zadevi Van Duyn (41/74), z dne 26. 2. 1986 v zadevi Marshall (152/84), ter z dne 22. 6. 1989 v zadevi Fratelli Costanzo (103/88), z dne 9. 2. 1994 v zadevi Faccini Dori (C-91/92).

⁷³ Glej na primer sodbo Sodišča ES v zadevi C-157/02 (Rieser), tč. 24–28.

teze o neposrednem učinku, pa moramo domače pravo razlagati v skladu s sedmim odstavkom 2. člena Direktive 92/13/EGS na področju njene uporabe.

Po moji oceni vsebinski razlogi govorijo za uporabo pravila iz sedmega odstavka 2. člena Direktive 92/13/EGS tudi zunaj področja veljave te, tako imenovane sektorske direktive, torej za vsa javna naročila. Za povrnitev škode v višini stroškov priprave ponudbe oziroma stroškov sodelovanja pri javnem naročilu bi morala torej zadoščati že izkazana kršitev pravil javnega naročanja in vzročna zveza med kršitvijo pravil javnega naročanja in izgubo resne možnosti za dodelitev ponudbe.

5. Sklepne ugotovitve

Odškodninska odgovornost za napake v postopku javnega naročila je oblika javnopravne odškodninske odgovornosti, torej odškodninske odgovornosti države. Njen osnovni pravni okvir postavlja 26. člen Ustave RS.

Nerodno zapisane določbe prvega odstavka 49. člena ZPVPJN, sklicujoč se na pravila obligacijskega prava o odgovornosti brez krivde, ni mogoče razlagati v smislu objektivne odškodninske odgovornosti naročnika (oziroma države), vključno z domnevo vzročnosti. Oškodovanec mora dokazati kršitev pravil javnega naročanja in vzročno zvezo med to kršitvijo in nastankom ter obsegom škode.

Poleg naročnika (osebe javnega prava, ki prek javnega naročila od osebe zasebnega prava kupuje blago ali storitve), ki ponudnikom odgovarja za škodo zaradi svojih kršitev že na podlagi 49. člena ZPVPJN, za škodo, nastalo zaradi kršitev DKOM odgovarja tudi država na podlagi 26. člena Ustave RS.

Ceprav je sodna praksa v smislu obsega škode doslej večinoma priznavala le tako imenovani negativni interes, torej predvsem stroške izdelave ponudbe, ta omejitev ni absolutna. Kadar lahko oškodovanec dokaže, da bi bila v odsotnosti kršitve prava javnih naročil pogodba dodeljena prav njemu, mu je treba priznati tudi izgubljeni dobiček.

Kadar se oškodovanec odloči za povrnitev stroškov ponudbe, torej negativnega interesa, mu sedmi odstavek 2. člena Direktive 92/13/EGS (tako imenovane sektorske pravovarstvene direktive) zagotavlja povrnitev takšne škode že, če dokaže, da je imel resnično možnost pridobiti naročilo, da je prišlo do kršitve prava javnih naročil in da je kršitev negativno vplivala na njegovo možnost.

Literatura

- Baretić, Marko (2012). Treba li se u hrvatskom obveznom pravu koristiti konceptima pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa? V: T. Josipović (ur.) *et al.*, Liber Amicorum Petar Klarić, str. 425–465. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Bukovec Marovt, Marija (2012). V: M. Bukovec Marovt, V. Kostanjevec, B. Smrdel, A. Žvan, Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN) s komentarjem, str. 147. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Burgi, Martin (2011). Damages and EC Procurement Law: German Perspectives. V: D. Fairgrieve, F. Lichère (ur.), Public Procurement Law-Damages as an Effective Remedy, str. 20. Oxford: Hart Publishing.
- Caranta, Roberto (2011). Damages for Breaches of EU Public Procurement Law-Issues of Causation and Recoverable Losses. V: D. Fairgrieve, F. Lichère (ur.), Public Procurement Law, Damages as an effective Remedy, str. 167, 172. Oxford: Hart Publishing.
- Dolenc, Mile (2015). Protipravnost ravnanja države v novejši sodni praksi. V: D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, str. 65 in nasl. Ljubljana: GV Založba.
- Dörr, Oliver (2013). V: M. Dreher, G. Motzke (ur.), Vergaberechtskommentar, 2. izd., Uvod, r. št. 128. München: C. H. Beck.
- Hebly, Jan M., Wilman, Folkert G. (2011). Damages for Breach of Procurement Law-The Dutch Situation. V: D. Fairgrieve, F. Lichère (ur.), Public Procurement Law-Damages as an Effective Remedy, str. 75 in nasl. Oxford: Hart Publishing.
- Kostanjevec, Vida (2012). Sankcija neveljavnosti pogodbe o izvedbi javnega naročila, Pravna praksa, št. 24-25, str. 18.
- Kranjc, Vesna (2011). V: V. Kranjc, V. Kostanjevec, Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN), uvodna pojasnila, str. 70. Ljubljana: GV Založba.
- Kranjc, Vesna (2012). Odškodninska odgovornost naročnikov za kršitve pravil o javnem naročanju. V: Novosti pri javnih naročilih, str. 12. Ljubljana: GV Založba.
- Možina, Damjan (2015). V: D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, str. 30 in nasl. Ljubljana: GV Založba.
- Možina, Damjan (2016). Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe. Podjetje in delo, št. 1, str. 269.
- Mužina, Aleksij (2006). Institucije pravnega varstva v postopkih oddaje javnih naročil. Podjetje in delo, št. 6-7, str. 1471 in nasl.
- Pietzcker, Jost (2008). V: E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (ur.), Das Recht der EU, B 18: Öffentliches Auftragswesen – Rechtsmittelrichtlinie (RL 89/665/EG)

- und Änderung der Richtlinie (RL 2007/66/EG vom 11. 12. 2007), r. št. 54. München: C. H. Beck.
- Pirnat, Rajko (2016). Sodno varstvo zoper odločitve Državne revizijske komisije. Podjetje in delo, št. 6-7/2016, str. 1170 in nasl.
- Ponzio, Silvia (2011). State Liability in Public Procurement: The Case of Italy. V: D. Fairgrieve, F. Lichère (ur.), Public Procurement Law-Damages as an Effective Remedy, str. 98 in nasl. Oxford: Hart Publishing.
- Reider, Gerda (2011). V: G. Hirsch, F. Montag, F. J. Säcker (ur.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, § 126 GWB, r. št. 13, str. 2237. München: C. H. Beck.
- Schebesta, Hanna (2016). Damages in EU Public Procurement Law, str. 51–72. Switzerland: Springer International Publishing.
- Tekavec, Janez (2006). Pravno varstvo zoper odločitve državne revizijske komisije. Pravna praksa, št. 54, str. 7.
- Vlahek, Ana, Urankar, Žiga (2015). V: D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, str. 286 in nasl. Ljubljana: GV Založba.

Nace Novak

Izključitev delničarja iz delniške družbe

1. Uvod
2. Delniška družba
 - 2.1. Opredelitev delniške družbe
 - 2.2. Osnovni kapital
3. Kaducitetni postopek pri d. d.
 - 3.1. Obveznosti delničarja
 - 3.2. Posledice nepravočasnega vplačila
 - 3.3. Izključitev delničarjev zaradi nepravočasnega vplačila
 - 3.4. Kaducitetni postopek po nemškem pravu
4. Prisilni umik delnic
 - 4.1. Zmanjšanje osnovnega kapitala z umikom delnice
 - 4.2. Postopek prisilnega umika delnic
 - 4.2.1. Statutarno določeni prisilni umik
 - 4.2.2. Statutarno dovoljeni umik
 - 4.2.3. Nadomestilo delničarjem, katerih delnice se prisilno umaknejo
 - 4.3. Izključitev delničarja na podlagi prisilnega umika delnic
5. Izključitev manjšinskih delničarjev iz družbe
 - 5.1. Izključitev manjšinskih delničarjev iz družbe na podlagi ZGD-1
 - 5.2. Postopek izključitve manjšinskih delničarjev
 - 5.3. Denarna odpravnina
 - 5.4. Izključitev manjšinskih delničarjev po ZPre-1
 - 5.4.1. Razlika med izključitvijo manjšinskega delničarja po ZPre-1 in ZGD-1
6. Sklep

Povzetek

Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) v celoti ureja načine in posledice izključitve delničarja. Izključitev določa v primeru, če delničar nepravočasno vplača osnovni kapital. V takem primeru gre za poseben kaducitetni postopek, katerega namen je zagotovitev osnovnega kapitala in izpolnitev glavne obveznosti delničarja. Prav tako zakon v delniški družbi dopušča izključitev družbenika v postopku prisilnega umika delnic. Takšna izključitev je mogoča samo, kadar je družbenik s to možnostjo seznanjen že pred prevzemom delnic. Poleg tega ZGD-1 celovito ureja še možnost izključitve manjšinskega delničarja. Kadar je glavni delničar imetnik vsaj 90 odstotkov delnic, lahko enostransko izključi manjšinske delničarje in tako v celoti prevzame obvladovanje delniške družbe. Manjšinski delničarji ob izključitvi dobijo denarno nadomestilo za svoje izgubljene pravice in tudi za bodoče donose, ki bi jih dobili, če bi še vedno bili imetniki delnic.

Nace NOVAK, magister prava, kontaktni naslov: ignac.n.novak@gmail.com