

*Kratki znanstveni prispevek  
Strokovni članek  
UDK 351.712:69*

# Uporaba pravil FIDIC pri oddaji javnih naročil

VESNA KRANJC  
*doktorica pravnih znanosti  
redna profesorica na Pravni fakulteti  
Univerze v Mariboru*

## 1. O javnih naročilih gradnje, ki so lahko podrejena pod pravila FIDIC

### 1.1. Splošno o poslih, ki jih urejajo pravila FIDIC

FIDIC je kratica za Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils oziroma Mednarodno zvezo svetovalnih inženirjev s sedežem v Lozani v Švici.<sup>1</sup> Organizacija je bila ustanovljena leta 1913 in deluje na svetovni ravni. Kot pove že ime, so njeni člani predvsem nacionalna združenja svetovalnih inženirjev, tudi slovensko Združenje za svetovalni inženiring, ki deluje pod okriljem Gospodarske zbornice Slovenije. Kot stanovska organizacija FIDIC uveljavlja interese svetovalnih inženirjev na različnih področjih. Svetovalni inženir je krovni pojem za različne inženirske poklice in osebe, ki so vključene v izvajanje gradenj in preostalih investicij tako, da svetujejo naročniku del ali da v interesu naročnika nadzirajo izvajanje del. Nadzor nad izvajanjem del s strani osebe, ki je formalnopravno ločena od izvajalca, v Sloveniji in tudi v primerjalnem pravu zahtevajo javnopravni predpisi. Pri nas je to Gradbeni zakon (GZ).<sup>2</sup> Ne glede na zahteve javnopravnih predpisov investitorji oziroma naročniki del ocenjujejo, da pri odločanju o investicijah in njihovem izvajanju potrebujejo posebno strokovno znanje in izkušnje, ki jim ga lahko nudijo le določene tretje osebe, fizične ali pravne. Zaradi tehničnega napredka, novih metod financiranja, mednarodnega sodelovanja in posledično zahtevnejših pravnih vprašanj se vloga svetovalnih inženirjev krepi, za vedno večjo vlogo in vpliv pa skrbi tudi FIDIC.

<sup>1</sup> O organizaciji FIDIC, njenih ciljih in aktivnostih: <<https://fidic.org>> (25. 8. 2020).

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 61/17, 72/17 – popravek, 65/20. Splošno o nalogah in pogojih za delo nadzornika glej 13. člen GZ.

FIDIC med drugim pripravlja vzorce pogodb oziroma splošne pogoje poslovanja za posamezne vrste poslov. Večina teh pogodbenih pravil ni namenjena pogodbenim razmerjem med svetovalnimi inženirji in naročniki njihovih storitev, ampak pogodbenim razmerjem med investitorji oziroma naročniki del in izvajalci ter dobavitelji opreme. Pri realizaciji teh razmerij FIDIC namenja svetovalnim inženirjem posebno vlogo, ki je odvisna tudi od narave posla.

Nekateri od poslov, ki so urejeni s posameznimi pravili FIDIC, so tudi v nacionalnih pravnih redih obravnavani kot posebni pogodbeni tipi, a ne vsi. Največkrat so ti posli povezani z izvajanjem gradbenih del. Obligacijski zakonik (OZ)<sup>3</sup> v 649. do 665. členu kot poseben pogodbeni tip ureja gradbeno pogodbo. V primerjalnem pravu ni vedno sistemizirana tako, podrejena je pravilom o podjemni pogodbi oziroma so v okviru podjemne pogodbe za izvajanje del, ki imajo naravo gradbenih del, predvidena posebna pravila.<sup>4</sup>

Vsa poslovna razmerja, v okviru katerih se izvajajo gradbena dela, niso podrejena pod gradbeno pogodbo po OZ oziroma niso podrejena zgolj pod pravila gradbene pogodbe. Po prvem odstavku 649. člena OZ je gradbena pogodba podjemna pogodba, s katero se izvajalec zavezuje, da bo po določenem načrtu v dogovorjenem roku zgradil določeno gradbo na določenem zemljišču ali da bo na takem zemljišču oziroma na že obstoječem objektu izvedel kakšna druga gradbena dela, naročnik pa se zavezuje, da mu bo za to plačal določeno ceno. V zvezi z izgradnjo objektov investitorji uporabljajo različne poslovne modele. Na primer, investitor lahko najprej naroči izdelavo idejne rešitve, na njeni podlagi naroči projektno dokumentacijo, sam poišče izvajalca, ki zgradi objekt, poišče izvajalca tehničnega nadzora, sam kupuje tehnično in drugo opremo za objekt. Lahko pa vsa potrebna dela prepusti istemu izvajalcu in tega izvajalca zaveže k realizaciji določenega cilja, na primer izgradnji sežigalnice odpadkov z določeno zmogljivostjo na določenem zemljišču. S pravnega vidika to pomeni, da naročnik pri realizaciji investicije vstopa v pravna razmerja z raznoliko pravno naravo. V prvem primeru sklepa s posameznimi izvajalci podjemno, mandatno, gradbeno oziroma prodajno pogodbo. V drugem primeru sklene tako imenovano mešano pogodbo, pri kateri se prepletajo elementi različnih pogodbenih tipov.

Skratka, OZ z izrecnimi pravili ne ureja vseh pravnih razmerij, ki nastajajo v poslovni praksi pri gradnji in preostalih investicijskih delih. Normira le tradicionalna, v poslovni praksi ustaljena in v pravni teoriji raziskana pravna razmerja, preostalih pa ne ureja z izrecnimi pravili. Če konkretnega pogodbenega razmerja ni mogoče podrediti pod katero od zakonsko urejenih pogodb, je uporaba in razlaga OZ nedvomno otežena. Posamezna izpolnitvena ravnanja je treba podrediti pod različna zakonska pravila; ta pravila lahko določajo nasprotujoče pravice ter obveznosti in podobno. Stranke se lahko vrsti nejasnosti in sporom izognejo tako, da

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 83/01, 28/06 – odločba US, 32/04, 40/07, 64/16 – odločba US in 20/18.

<sup>4</sup> Barendrecht in dr., str. 140–141, 311.

poskušajo same čim popolneje urediti pogodbeno razmerje. Ker gre pri opisanih poslih za kompleksna pogodbeno razmerja, podrejena pod različne pogodbene tipe, ki se izpolnjujejo daljše časovno obdobje in pri katerih po naravi stvari prihaja do vrste nepredvidenih okoliščin, priprava takšne pogodbe zahteva poglobljeno pravno, ekonomsko in tehnično znanje, s čimer pa vsi naročniki in tudi izvajalci ne razpolagajo. Pravila FIDIC nesporno olajšujejo sklepanje raznovrstnih poslov, ki se nanašajo na izvajanje gradenj. Bistvena prednost vključitve pravil FIDIC v pogodbeno pravila je popolnejša ureditev razmerja, kar olajšuje izpolnjevanje pogodbenih obveznosti in zmanjšuje možnosti sporov med pogodbenima strankama.

## 1.2. Kdaj uporabiti Rdečo, Rumeno in Srebrno knjigo FIDIC

Dejstvo, da je FIDIC pripravil raznolika pravila oziroma več splošnih pogojev, ne pomeni, da lahko pogodbeni stranki poljubno izbirata pravila. Uporaba pravil je odvisna od narave konkretnega razmerja in vrste del, ki jih naročnik prepušča izvajalcu. Za poslovno prakso, tudi slovensko, so najaktualnejši akti FIDIC: Rdeča, Rumena in Srebrna knjiga FIDIC.<sup>5</sup> Skrajšani naslovi aktov so poimenovani po barvi platnic tiskane izdaje oziroma barvi naslovnice.

Rdeča knjiga FIDIC je skrajšano ime za Pogoje gradbenih pogodb, za gradbena in inženirska del, ki jih načrtuje naročnik (FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer). Prvo izdajo iz leta 1999 je nadomestila izdaja iz 2017.<sup>6</sup> Namen Rdeče knjige je razviden iz naslova:

- uporabi se za izvedbo gradbenih in inženirskih del ter
- pod pogojem, da načrt oziroma projekt zagotovi naročnik.

Tipično izpolnitveno ravnanje izvajalca del iz posla, ki mu je namenjena Rdeča knjiga, je primerljivo z izpolnitvenim ravnanjem iz pravil OZ o gradbeni pogodbi. Rdeča knjiga FIDIC je namenjena gradbenim in inženirskim delom, kar je enako kot pri gradbeni pogodbi po OZ. V Rdeči knjigi FIDIC ni izrecno poudarjeno, da je namenjena zahtevnejšim objektom ali zahtevnejšim storitvam, povezanim z gradnjo, kar izhaja iz OZ.<sup>7</sup> Ali so ta dela zahtevnejša ali ne, niti ni bistveno. Enako kot pri gradbeni pogodbi po OZ je ključno, da načrt zagotovi naročnik. Izraz načrt oziroma načrtovanje je uporabljen v naslovu splošnih pogojev (Pogoji gradbe-

<sup>5</sup> Podrobneje o vsebini vseh treh knjig v: The FIDIC Forms of Contract (glej Bunni). Pravila Rdeče knjige (po izdaji 1999) in Rumene knjige (po izdaji 1999) so celovito predstavljena v Koršič Potočnik 2017b.

<sup>6</sup> Čeprav je FIDIC pripravil spremenjeno in dopolnjeno izdajo, se lahko še naprej uporabljajo pravila iz leta 1999. Smiselno je, da stranki izrecno navedeta, po kateri izdaji pravil FIDIC sklepata pogodbo, sicer se domneva dogovor o uporabi zadnje izdaje.

<sup>7</sup> Po OZ so pod pravila gradbene pogodbe podrejena le zahtevnejša in kompleksna gradbena dela. OZ v 650. členu določa: »Z gradbo so mišljene v tem poglavju stavbe, jezovi, mostovi, predori, vodovodi, kanalizacije, ceste, železniške proge, vodnjaki in drugi gradbeni objekti, katerih izdelava terja večja in zahtevnejša dela.«

nih pogodb za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje naročnik), v nadaljevanju (člen 1.8) pa pravila govorijo o obveznosti naročnika, da izvajalcu predloži Specifikacijo (*Specification*)<sup>8</sup> in Risbe (*Drawings*).<sup>9, 10</sup>

Rdeča knjiga FIDIC med splošnimi obveznostmi izvajalca določa tudi obveznost načrtovanja oziroma projektiranja (4.1), a pod določenimi pogoji. Izvajalec projektira le v obsegu, določenem s pogodbo. Vodič FIDIC v komentarju člena 4.1 pojasnjuje, da mora popis del oziroma specifikacija jasno določiti tovrstno obveznost izvajalca.<sup>11</sup> Glede na zasnovo Rdeče knjige FIDIC je mišljeno, da se lahko izvajalcu prepusti le manjši del obveznosti glede načrtovanja, bistveni del načrta oziroma opisa pa zagotovi naročnik.

Nesporno je, da je Rdeča knjiga FIDIC namenjena poslom, ki so po OZ urejeni s pravili o gradbeni pogodbi.<sup>12</sup> Po Rdeči knjigi FIDIC in enako po OZ mora izvajalec izvesti vsa dela, ki so potrebna za realizacijo načrta, tudi dela, ki niso izrecno predvidena in opredeljena. Če stranki ne spremenita splošnih pogojev Rdeče knjige FIDIC, se vsa izvedena dela in njihove količine merijo. Naročnik mora izvajalcu plačati dejansko izvedene količine del. Torej mu mora plačati tudi dela, ki ob sklenitvi pogodbe niso bila predvidena, a so potrebna za realizacijo projekta (12. in 14. poglavje Rdeče knjige FIDIC). Določbe so primerljive s pogodbenim dogovorom o plačilu po ceni na enoto mere iz 654. člena OZ.

V Rumeni in Srebrni knjigi je plačilo izvajalcu določeno bistveno drugače.

Rumena knjiga FIDIC je skrajšano ime za Pogoje pogodb za obratno opremo, projektiranje in graditev za elektrotehnično in strojno obratno opremo in za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje izvajalec (FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical & Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor). Izdajo iz leta 1999 je nadomestila izdaja 2017.

<sup>8</sup> Glej člen 1.1.76 Rdeče knjige FIDIC: »Specifikacija pomeni dokument z naslovom Specifikacija, ki je vključen v pogodbi, in vse njegove dodatke ter spremembe, ki so skladni s pogodbo. Ta dokument podrobneje določa dela.«

<sup>9</sup> Glej člen 1.1.30 Rdeče knjige FIDIC: »Risbe pomenijo risbe del, ki jih vključuje pogodba, in vse dodatne in spremenjene risbe, ki jih izda naročnik (ali kdo drug v njegovem imenu) v skladu s pogodbo.«

<sup>10</sup> V pravilih FIDIC je vrsta pojmov/samostalnikov navedena z veliko začetnico, na primer Specifikacija, Risbe, Podizvajalec ... Vsi pojmi, ki so v besedilu navedeni z veliko začetnico, so pojasnjeni v uvodnih določbah k posameznim pravilom.

<sup>11</sup> FIDIC Contracts Guide, str. 96.

<sup>12</sup> FIDIC je za naročanje gradenj pripravil še ene splošne pogoje, naslovljene Kratka oblika pogodb (Short Form of Contract) ali Zelena knjiga FIDIC. Ta pravila se uporabljajo redkeje. FIDIC uporabo Zelene knjige priporoča za dela manjših vrednosti, takrat, kadar nameravajo stranke koreniteje poseči v ta pravila, in tudi za izvedbo del, ki jih načrtuje izvajalec sam (slednja seveda nimajo narave gradbene pogodbe po OZ).

Tudi iz uradnega naslova Rumene knjige FIDIC so razvidne ključne značilnosti poslov, ki bi naj bili podrejeni pod ta pravila. Pravila se uporabijo:

- za raznolike storitve, ki so povezane z gradnjo in dobavo opreme za objekte, ter
- pod pogojem, da dela načrtuje izvajalec.

Glavna razlika med Rdečo in Rumeno knjigo FIDIC je ta, da po Rumeni knjigi FIDIC dela načrtuje izvajalec, v primeru Rdeče knjige FIDIC pa načrt zagotovi naročnik. V Rdeči knjigi FIDIC je določena obveznost naročnika, da izvajalcu s specifikacijo, risbami in preostalimi dokumenti natančno določi, katera dela naj izvajalec izvede in kakšen naj bo rezultat teh del. Po Rumeni knjigi FIDIC je obveznost naročnika, da izvajalcu predstavi svoje Zahteve (*Employer's Requirements*).<sup>13</sup>

Kadar stranki sklepata posel po Rumeni knjigi FIDIC, naročnik okvirno predstavi nameravani objekt – namen objekta, njegove funkcije, poglobitve značilnosti, lahko tudi posamezne konkretne zahteve. Konkretizacija teh okvirnih zahtev pa je v pristojnosti izvajalca. To pomeni, da izvajalec na podlagi okvirnih pogojev pripravi načrt oziroma projektno dokumentacijo, v kateri upošteva opredeljene zahteve naročnika in nato izvede dela po načrtu ter tako, da zagotovi funkcionalnost objekta, kot je opredeljena z zahtevami naročnika (člen 4.1 Rumene knjige FIDIC). Če naročnik glede ureditve določenega vprašanja ne postavi svoje zahteve, izvajalec sam izbere rešitev, na primer med več možnimi tehničnimi rešitvami izbere izvedbeno rešitev izvajalec sam. Če je glede določenih del zahteva naročnika konkretizirana, jo mora izvajalec upoštevati kot takšno. Pri konkretizirani zahtevi je njegova avtonomija omejena.

Takšen način določitve pogodbenega predmeta pogojuje drugačen način plačila izvajalcu, vsaj po splošni ureditvi (14. poglavje Rumene knjige FIDIC). Ob sklenitvi pogodbe stranki določita pogodbeno ceno. Končno plačilo ni odvisno od dejansko izvedenih del in njihove količine. Naročnik mora izvajalcu plačati pogodbeno ceno, ki je določena ob sklenitvi pogodbe. Poleg tega plačila pa mora dodatno plačati le za dela, ki jih ob oddaji ponudbe oziroma sklenitvi pogodbe izvajalec ob potrebni skrbnosti ni mogel predvideti. Po Rumeni knjigi FIDIC način plačila temelji na pavšalno določeni pogodbeni ceni (*lump sum accepted contract amount*). Ob sklenitvi pogodbe popisa del niti še ni, saj se ta lahko pripravi šele po tem, ko je objekt konkretiziran s projektno dokumentacijo.

Način določitve končnega plačila je predstavljen okvirno. Rumena knjiga poleg okvirnega načina plačila določa plačilo za vrsto posebnih okoliščin (na primer za napake v zahtevah naročnika, za spremenjene zahteve naročnika ipd.).

---

<sup>13</sup> Glej člen 1.1.33 Rumene knjige FIDIC: »Zahteve naročnika pomeni dokument z naslovom Zahteve naročnika, ki je vključen v Pogodbi, in vse dodatke in spremembe tega dokumenta v skladu s Pogodbo. Ta dokument določa namen, obseg in/ali projekt in/ali druge tehnične kriterije za dela.«

Sklenitev posla po Rumeni knjigi FIDIC od izvajalca zahteva več znanja, saj ta prevzema večji obseg dela, raznovrstnejša dela in večja tveganja kot po Rdeči knjigi FIDIC.

Avtonomija volje na področju obligacijskega prava omogoča, da se naročnik in izvajalec dogovorita, da bo izvajalec načrtoval in zgradil objekt na podlagi okvirnih zahtev naročnika (posel, kot je opredeljen v Rumeni knjigi FIDIC), čeprav posel v OZ ni urejen z izrecnimi pravili. Zagotovo pa takšnega posla ni mogoče podrediti (zgolj) pod pravila OZ o gradbeni pogodbi, saj je tipično izpolnitveno ravnanje iz gradbene pogodbe po OZ izvedba del po načrtu, ki ga zagotovi naročnik, torej izvedba konkretno določenih gradbenih del. Pri izvedbi posla po Rumeni knjigi FIDIC gre za mešano pogodbo. Poleg elementov gradbene pogodbe so običajno vključeni elementi podjemne, prodajne oziroma mandatne pogodbe.

Srebrna knjiga FIDIC je skrajšano ime za Pogoje pogodb za dobavo, inženirske in gradbene storitve (FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects). Izdajo iz leta 1999 je nadomestila izdaja 2017. Dejansko je Srebrna knjiga FIDIC namenjena enakim vrstam storitev in dobav opreme kot Rumena knjiga FIDIC. To pomeni, da je namenjena:

- za raznolike storitve, ki so povezane z gradnjo in dobavo opreme za objekte, ter
- pod pogojem, da dela načrtuje izvajalec.

Poslov, ki jim je namenjena Srebrna knjiga FIDIC, ni mogoče primerjati s posli po Rdeči knjigi FIDIC. Posli po Rumeni in Srebrni knjigi FIDIC so primerljivi, a je med obveznostmi izvajalca po obeh pravilih bistvena razlika. Tudi pri poslih po Srebrni knjigi FIDIC naročnik postavi oziroma opredeli svoje Zahteve. Opredelitev pojma Zahteve Srebrne knjige FIDIC je enaka opredelitvi Zahtev po Rumeni knjigi FIDIC (glej člen 1.1.31 Rumene knjige FIDIC in člen 1.1.31 Srebrne knjige FIDIC). Na podlagi teh opredelitev izvajalec projektira, izvaja dela po projektu, dobavlja opremo, jo vgrajuje, izvaja gradbene in preostale storitve. Razlika med Rumeno in Srebrno knjigo FIDIC je v večjem riziku, ki ga prevzame izvajalec. Ob sklepanju pogodbe izvajalec ponudi ceno na podlagi zahtev naročnika. Cena, ki je po pogajanjih med naročnikom in izvajalcem določena v pogodbi, je še vedno tako imenovana pavšalna pogodbeno cena (14. poglavje Srebrne knjige FIDIC), a so pogoji za njeno spremembo v primerjavi z Rumeno knjigo določeni restriktivno.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Na primer po členu 4.12 Rumene knjige FIDIC bremenijo zamuda in stroški zaradi nepredvidljivih fizičnih razmer (*Unforeseeable Physical Conditions*) naročnika; po členu 4.12 Srebrne knjige FIDIC bremenijo nepredvidljive težave (*Unforeseeable Difficulties*) izvajalca. Po Rumeni knjigi FIDIC riziko zaradi napake v svoji Zahtevi nosi naročnik, razen če bi izvajalec to napako moral zaznati ob sklenitvi pogodbe (člen 5.1 Rumene knjige). Po Srebrni knjigi FIDIC riziko zaradi napake v Zahtevi naročnika načelno nosi izvajalec in samo pod posebnimi pogoji naročnik (člen 5.1 Srebrne knjige FIDIC). Dejstvo, ali riziko za določeno okoliščino nosi izvajalec ali naročnik, se odraža predvsem v končnem plačilu in odgovornosti za zamudo za dokončanje posla v roku.

Naročnik se odloči za oddajo posla po Srebrni knjigi FIDIC, kadar sam ne zna ali noče voditi izvedbe in želi obenem čim več rizikov prenesti na izvajalca. Ob sklenitvi pogodbe se določi cena in naročnik računa, da je to »končna« cena, ki jo bo plačal za izvedbo posla oziroma do točke, ki zagotavlja delovanje objekta. Za izvajalca velja nasprotno. Prevzema večji riziko, zato je izvedba posla po Srebrni knjigi FIDIC v interesu tistega izvajalca, ki ima bogato znanje in izkušnje s posli določene vrste ter zato zna predvideti vse rizike in stroške že ob oddaji ponudbe oziroma sklenitvi pogodbe ter rizike in stroške vključiti v ponujeno ceno.<sup>15</sup>

V naslovu Srebrne knjige FIDIC je navedeno, da je namenjena projektom na ključ (*Turnkey Projects*). Klavzulo na ključ oziroma ključ v roke pojasnjuje tudi 659. člen OZ v poglavju Gradbena pogodba. Posla, kot je opredeljen v Srebrni knjigi FIDIC, ni mogoče podrediti pod pravila OZ o gradbeni pogodbi. Narava posla, ki se izvaja po Srebrni knjigi FIDIC, je odvisna od konkretnih izpolnitvenih ravnanj. Največkrat bo to mešani posel, za katerega se bodo uporabila posamezna pravna pravila več pogodb – predvsem prodajne, podjemne in gradbene pogodbe. Zgolj zaradi enakega izraza – pogodba na ključ – pravne narave posla po Srebrni knjigi FIDIC ni mogoče enačiti z gradbeno pogodbo na ključ po 659. členu OZ.

### 1.3. Pravila FIDIC in postopki javnega naročanja

Zakon o javnem naročanju (ZJN-3)<sup>16</sup> normira različne postopke oddaje javnih naročil. Odprti in omejeni postopek sta formalizirana in ne omogočata sodelovanja ponudnika (na primer izvajalca gradnje) pri določitvi vsebine pogodbenih obveznosti. Pri postopkih, ki načelno omogočajo sodelovanje kandidatov pri določitvi predmeta javnega naročanja (na primer konkurenčni dialog ali konkurenčni postopek s pogajanjem), mora naročnik ne glede na to možnost v določeni fazi postopka pripraviti osnutek pogodbene vsebine, zainteresirani ponudnik pa mora privoliti v predloženo pogodbeno vsebino. Osnutek pogodbe je del razpisne dokumentacije v vseh postopkih javnega naročanja. Uporaba aktov FIDIC olajšuje naročnikovo delo, obenem pa ima ta v primeru sklenitve pogodbe po pravilih FIDIC zagotovilo, da so medsebojne pravice in obveznosti konkretizirane in urejene s premišljenimi pravili. Naročnik v

<sup>15</sup> The FIDIC Contracts Guide, str. 12, odsvetuje uporabo Srebrne knjige FIDIC v primerih:

- ko ob sklepanju pogodbe ni dovolj časa ali podatkov, da bi izvajalec temeljito preučil Zahteve naročnika;
- če je za dokončanje objekta treba izvesti obširna podzemna dela ali dela na področju, ki ga izvajalec ni mogel preučiti;
- če želi naročnik del podrobno spremljati ali nadzirati delo izvajalca ali večino njegovih načrtov, saj je Srebrna knjiga FIDIC namenjena poslom, pri katerih ima izvajalec večjo avtonomijo pri realizaciji ciljev;
- če pogodbeni stranki načrtujeta, da bo zahteve po vmesnih plačilih temeljito preveril naročnik, saj Srebrna knjiga FIDIC ne predvideva, da bi nadzorni inženir imel pristojnosti oziroma upravičenja za naročnika.

Za opisane okoliščine se svetuje podreditev posla pod Rumeno knjigo FIDIC.

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18.



razpisni dokumentaciji enostavno navede, da so medsebojne pravice in obveznosti ob izvedbi javnega naročila urejene z določenimi pravili FIDIC.<sup>17</sup>

Naročnik pa mora upoštevati, ali tipično izpolnitveno ravnanje in narava dela omogočata uporabo določenega akta FIDIC. Na primer, če ob oddaji javnega naročila gradnje še nima načrta oziroma projektne dokumentacije, pogoji za uporabo Rdeče knjige FIDIC seveda niso izpolnjeni.

V posameznih primerih naročniki z razpisno dokumentacijo spreminjajo pravila FIDIC. Posegi v akte FIDIC morajo biti premišljeni, kar velja ne glede na to, ali gre za javno naročilo. Nobenega dvoma ni, da so spremembe dovoljene. Nesistemsko poseganje v določbe splošnih pogojev pravil FIDIC pa lahko privede do nejasnih ali nasprotujočih si ureditev pogodbenih obveznosti. Sestavljavci splošnih pogojev so to upoštevali in poleg splošnih pogojev Rdeče, Rumene in Srebrne knjige FIDIC predvideli tudi tako imenovana navodila oziroma vodič za spremembo splošnih pogojev.

Pojem gradba oziroma gradnja iz obligacijskih pravil nima enake vsebine kot gradnja oziroma javno naročilo gradnje po pravilih javnega naročanja. OZ v 650. členu pod pojem gradbe oziroma gradnje uvršča le zahtevnejša in kompleksnejša dela, ki se nanašajo na nastanek najrazličnejših objektov. Opis javnega naročila gradnje iz 2. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 pod pojem gradnje uvršča bistveno bolj raznolika dela, dejansko vsa dela, ki so namenjena dokončanju ali obnovi objekta.<sup>18</sup> Opis gradnje v javnem naročanju ima drugačne cilje kot obligacijska pravila. Javna naročila se delijo na naročila blaga, storitev in gradenj. Ker se pri gradnjah zahteva izpolnjevanje javnonaročniških obveznostih šele pri više ocenjenih naročilih, pravila preprečujejo, da se pod pojem gradnje ne bi podrejali tudi nakupi blaga in naročila storitev. Opis del po pravilih FIDIC je primerljivejši z opisom gradnje po pravilih javnega naročanja.

<sup>17</sup> Vsaka knjiga ima priložen vzorec tako imenovanega Pogodbenega sporazuma (*Contract Agreement*), ki obsega zgolj eno stran. V ta Pogodbeni sporazum se vpišejo stranke, kraj in datum sklenitve oziroma kraj in datum, ko stranki podata izjavo, ter se navedejo dokumenti, ki sestavljajo oziroma dopolnjujejo ta pogodbeni sporazum (Pismo o sprejemu Ponudbe z dne ..., Ponudbeno pismo z dne ..., Pogodbeni pogoji – na primer Rdeča, Rumena ali Srebrna knjiga FIDIC, Načrti, Specifikacije, Risbe ...).

<sup>18</sup> ZJN-3 v 2. in 3. točki prvega odstavka 2. člena določa:

»Javno naročilo gradenj pomeni vsako javno naročilo, katerega predmet je:

- a) izvedba gradenj ali projektiranje in izvedba gradenj, povezanih z eno od dejavnosti s Seznama dejavnosti na področju gradenj;
- b) izvedba gradnje ali projektiranje in izvedba gradnje;
- c) izvedba gradnje s katerimi koli sredstvi po navodilih naročnika, ki odločilno vpliva na vrsto ali projektiranje gradnje.

Gradnja pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju določene gospodarske ali tehnične funkcije.«



V Sloveniji se vedno več naročil, ki obsegajo izvajanje gradbenih del, oddaja po pravilih FIDIC. Dejansko so javni sektor oziroma naročniki v njem prvi začeli oddati posle po pravilih FIDIC. DARS že vrsto let sklepa gradbene pogodbe po Rdeči knjigi FIDIC, kar nekaj objektov komunalne infrastrukture pa je bilo oddanih po Rumeni knjigi FIDIC. Javnemu sektorju so začeli slediti tudi zasebni investitorji.

Oddaja poslov po aktih FIDIC dodatno spodbuja izvajalce, da sodelujejo v postopkih javnega naročanja. Izvajalci oziroma možni ponudniki so tudi tuje pravne osebe, pri oddaji javnih naročil pa naročniki kot merodajno pravo določijo slovensko pravo, torej pravo, ki ga tujci ne poznajo. Akti FIDIC so med izvajalci poznani. Tudi v interesu nekaterih financerjev (Evropske banke za obnovo in razvoj, Evropske investicijske banke) je, da se posli oddajajo po pravilih FIDIC.

## 2. Aktualna vprašanja uporabe pravil FIDIC v slovenski praksi javnega naročanja

### 2.1. Nominirani podizvajalec v pravilih FIDIC in praksi javnega naročanja

Pojem nominirani podizvajalec ima v pravilih FIDIC in v javnem naročanju različna pomena, kar vpliva na uporabo in razlago pravnih pravil.

ZJN-3 ne govori izrecno o nominiranih podizvajalcih; določa le obveznosti ponudnikov, izbranega ponudnika in naročnika do podizvajalcev. Državna revizijska komisija za revizijo postopkov javnega naročanja (DKOM) pa, tako kot tudi pravna teorija in praksa javnega naročanja, v svojih odločitvah nekatere podizvajalce imenuje nominirani podizvajalec. Pojem podizvajalec ima po pravilih javnega naročanja primerljiv, a ne povsem enak pomen kot v obligacijskem pravu. Podizvajalec je oseba, ki na strani izvajalca javnega naročila (na strani glavnega izvajalca) sodeluje pri izvedbi javnega naročila. Podizvajalec ni v pogodbenem razmerju z naročnikom del, ampak z glavnim izvajalcem. Po 630. členu OZ izvajalec za delo podizvajalcev odgovarja objektivno, v primerjalnem pravu je enako. Naročnikova obveznost do podizvajalca glede neposrednega plačila pa je posebnost slovenske pravne ureditve. Čeprav podizvajalec ni pogodbeni stranka naročnika in je zgolj v pogodbenem razmerju z glavnim izvajalcem, lahko kljub temu pod posebnimi pogoji iz 631. člena OZ zahteva neposredno plačilo od naročnika del – tj. kadar mu njegova pogodbeni stranka, to je glavni izvajalec, še ni plačala dospele terjatve. Kumulativno morajo biti izpolnjeni naslednji pogoji:

- priznanje glavnega izvajalca o obstoju podizvajalčeve terjatve do glavnega izvajalca,
- podizvajalčeva terjatev do glavnega izvajalca mora biti dospela,
- izvajalčeva terjatev do naročnika mora biti dospela,

- obe terjatvi se morata nanašati na ista dela (morata biti koneksni),<sup>19</sup>
- podizvajalec mora zahtevati plačilo od naročnika.

Pri razlagi vsakega od pogojev se postavljajo vprašanja. Odgovori v teoriji in sodni praksi niso vedno enotni.<sup>20</sup> V poslovni praksi pa varstvo podizvajalcev po 631. členu OZ največkrat ni učinkovito, ker pogoji niso dejansko izpolnjeni – glavni izvajalec ne pripozna zahtevka ali pa je naročnik že plačal glavnemu izvajalcu.

Ker gre pri javnih naročilih za porabo javnih sredstev, je v javnem interesu, da prejmejo plačilo vsi, ki sodelujejo pri izvedbi javnega naročila. ZJN-3 poskuša dodatno varovati položaj podizvajalcev. V 94. členu ZJN-3 je za zaščito podizvajalcev glede plačila določena vrsta obveznosti na strani naročnika in na strani ponudnikov. Razpisna dokumentacija naročnikov poziva ponudnike, naj že ob predložitvi ponudbe navedejo morebitne podizvajalce. Zanje morajo predložiti določena dokazila in izjave o izvedbi plačila. ZJN-3 od ponudnikov ne zahteva, da podizvajalce navedejo že v ponudbi. Izbrani ponudnik, dejansko glavni izvajalec, se lahko za izvedbo s podizvajalci odloči pozneje, med izvedbo naročila, in takrat izpolni obveznosti glede podizvajalca iz 94. člena ZJN-3. Izraz nominirani podizvajalec se je najprej uporabljal za podizvajalce, ki jih je ponudnik navedel že ob predložitvi ponudbe. V zadnjem času se pojma nominirani podizvajalec ali nominiranje podizvajalca uporabljata za vse primere, ko ponudnik ali pa že izbrani izvajalec naročniku sporoči, kdo so njegovi podizvajalci. Uporablja se torej za primere, ko ponudnik oziroma izbrani izvajalec imenuje oziroma nominira podizvajalce.<sup>21</sup> Pravila OZ ne določajo obveznosti glavnega izvajalca, da naročniku del sporoči, ali oziroma s katerimi podizvajalci bo izvajal dela. Seveda je lahko s pogodbo določeno drugače. Pravila javnega naročanja zahtevajo, da je naročnik obveščen o podizvajalcih, predvsem zaradi zagotavljanja plačila podizvajalcem.

Rdeča knjiga FIDIC ima posebno poglavje o podizvajalcih (*Subcontracting*).<sup>22</sup> V členu 5.1:

- opozarja, da se lahko omeji obseg dela, ki naj bi ga namesto glavnega izvajalca izvajali podizvajalci;
- določa odgovornost glavnega izvajalca za delo podizvajalcev;

<sup>19</sup> Glede pogoja o koneksnosti je bila sprejeta avtentična razlaga, Uradni list RS, št. 20/18.

<sup>20</sup> O spornih vprašanjih glej Koršič Potočnik 2017a, str. 1126–1131. O sodni praksi glede podizvajalskih razmerij tudi Seljak, str. 1143–1145. O pravilih OZ in pravilih javnega naročanja o obveznosti naročnikov do podizvajalcev glej Kranjc 2014, str. 103–116.

<sup>21</sup> V razpisni dokumentaciji je na primer določeno: »V kolikor ponudnik ne razpolaga z lastno referenco in se pri izvedbi posla sklicuje na drug gospodarski subjekt, mora ta gospodarski subjekt v ponudbi nominirati kot podizvajalca, slednji pa mora izvesti najmanj 50 odstotkov vrednosti del, za katera izkazuje referenco.«

O nominiranih podizvajalcih govori vrsta odločitev DKOM, med njimi o nominaciji podizvajalcev v ponudbi, naknadno sklep DKOM 018-033/2020-4 z dne 12. 3. 2020.

<sup>22</sup> Določena vprašanja podizvajalcev urejata tudi Rumena in Srebrna knjiga FIDIC.

- ureja soglasje nadzornega inženirja ob predlogu glavnega izvajalca za delo s podizvajalcem.

V členu 5.2 pa ureja razmerja glede nominiranih podizvajalcev (*Nominated Subcontractors*). V zvezi z obravnavanimi vprašanji je treba opozoriti na drugačno vsebino pojma nominirani podizvajalec. Nominirani podizvajalec je tisti, ki je v pogodbi naveden kot imenovani podizvajalec ali tisti, za kogar je nadzorni inženir (v skladu s pooblastili naročnika) izvajalcu naročil, naj ga vključi v izvedbo del (člen 5.2.1 Rdeče knjige FIDIC). Nominiranega podizvajalca ne določi glavni izvajalec (kar velja za »običajnega« podizvajalca), temveč naročnik del. Glavni izvajalec prevzame obveznost izvedbe pretežnega dela izgradnje, nominirani izvajalec pa njegov posebni del, običajno specialna dela. Vrsta praktičnih razlogov na strani naročnika utemeljuje, da ta poleg glavnega izvajalca posla določi tudi izvajalca posebnega dela. V posel želi vključiti specialista, zagotoviti vgradnjo točno določene opreme, ob tem pa zagotoviti, da vsa dela potekajo pod okriljem glavnega izvajalca.<sup>23</sup> Rdeča knjiga FIDIC ureja še pogoje in okoliščine, ko lahko glavni izvajalec ugovarja imenovanju določenega podizvajalca (člen 5.2.2, na primer, da ni dovolj usposobljen), ter poleg tega še način plačila imenovanim podizvajalcem (člen 5.2.3) in način evidentiranja plačila (člen 5.2.4).

Tudi po Rdeči knjigi velja, da je podizvajalec v pogodbenem razmerju z glavnim izvajalcem oziroma da ni v pogodbenem razmerju z naročnikom del. Rdeča knjiga FIDIC ne pojasnjuje, kakšna je pravna narava razmerja med nominiranim podizvajalcem in naročnikom, prav tako ne obravnava pravne narave razmerja med nominiranim podizvajalcem in glavnim izvajalcem. Za razlikovanje od položaja podizvajalca je treba upoštevati, da nominiranega podizvajalca določi naročnik oziroma nadzorni inženir kot pooblaščenec naročnika. Dejstvo, da lahko glavni izvajalec ugovarja njegovi določitvi, še ne pomeni, da se smejo obveznosti glavnega izvajalca do podizvajalca enačiti z nominiranim podizvajalcem. Menim, da določba 630. člena OZ o objektivni odgovornosti izvajalca za delo podizvajalcev načelno ne velja za primer imenovanega podizvajalca in da se v primeru imenovanega podizvajalca v večini primerov vzpostavi tudi pogodbeno razmerje med naročnikom del in tako imenovanim nominiranim podizvajalcem.<sup>24</sup> Predvsem presoja slednjega pa je odvisna od vrste konkretnih okoliščin. Če naročnik ne konkretizira obveznosti tako imenovanega nominiranega podizvajalca in zahteva »zgolj« njegovo vključitev, to še ne pomeni, da je oseba v kakršnemkoli pogodbenem razmerju z naročnikom. Skratka, okoliščine ob zahtevi naročnika, da specialna dela opravi točno določena oseba, to je nominirani podizvajalec, so v praksi različne in zato ni mogoče podati enoznačnega odgovora o vseh pravnih vprašanjih.

<sup>23</sup> Povzeto po Glover, Highes, str. 136.

<sup>24</sup> Vukmir, str. 59, pritrjuje, da je pravni položaj nominiranega podizvajalca specifičen, a zagovarja stališče, da izvajalec odgovarja na enak način tudi za delo imenovanega podizvajalca.

V primerih, ko naročnik ob oddaji posla od izvajalca zahteva, da uporabi določeno tehnično opremo ali opremo določene blagovne znamke, a je krog ponudnikov te opreme omejen (tudi če je ponudnik en sam), to še ne pomeni, da je naročnik nominiral podizvajalca po pravilih FIDIC.

V povezavi z javnim naročanjem pa se odpira vprašanje, ali naročnik sme določiti podizvajalca – torej nominiranega podizvajalca po pravilih FIDIC.

Poglavitni cilj pravil o oddaji javnih naročil je zagotoviti vsem zainteresiranim osebam, da lahko konkurirajo za pridobitev naročnikovega posla. Oseba torej pridobi javno naročilo le, če je bila izbrana v pogojih, ki so omogočili konkuriranje. Če bi naročnik osebo, ki naj bi izvedla del določenega posla (na primer izdelovalca specialne opreme), izbral po pravilih javnega naročanja, bi smel tudi ob oddaji celotnega posla (na primer ob izgradnji objekta, pri kateri pa je del posla vgradnja specialne opreme) zahtevati od ponudnikov in nato od izbranega izvajalca, da vključi v izvedbo posla določeno osebo – imenovanega podizvajalca po pravilih FIDIC. V primeru, da oseba, glede katere bi naročnik v razmerju do izvajalca zahteval, naj jo vključi v posel kot nominiranega podizvajalca, ni bila izbrana v postopku javnega naročanja, pa je naročnikova zahteva do izvajalca, naj del posla izvede točno določena oseba, dovoljena le, če obstajajo okoliščine iz ZJN-3, ki omogočajo dodelitev naročila blaga, storitve ali gradnje neposredno, brez odpiranja konkurence. »Običajnega« podizvajalca ne izbere naročnik, ampak glavni izvajalec. Slednjega ob izbiri svojih pogodbenih partnerjev ne obvezujejo pravila javnega naročanja.

## 2.2. Izvedba posla po pravilih FIDIC kot referenčni pogoj pri oddaji javnega naročila

V postopku oddaje javnega naročila naročnik opiše zahteve, ki morajo biti izpolnjene v zvezi s predmetom javnega naročila (pogoji predmetne narave, na primer lastnosti blaga, količina, kraj in čas dobave ipd.), in zahteve, ki morajo biti izpolnjene pri samem ponudniku (pogoji osebne narave). Zahteve, okoliščine oziroma lastnosti na strani ponudnika opredeljujejo sposobnost ponudnika. Okoliščine na strani ponudnika so lahko določene kot pogoj ali merilo. Če je neka okoliščina določena kot pogoj, jo ponudnik mora izpolniti, sicer se mu ne prizna sposobnost oziroma bo takšen ponudnik izključen iz postopka. Pogoji so lahko določeni v negativnem (na strani ponudnika določena okoliščina ne sme biti izpolnjena) ali pozitivnem smislu (na strani ponudnika določena okoliščina mora biti izpolnjena). ZJN-3 v 75. členu določa obvezne pogoje za ugotavljanje sposobnosti ponudnikov, v 76. členu pa usmerja naročnike pri določitvi fakultativnih pogojev. Okoliščine osebne narave so lahko določene tudi kot merilo za izbiro. ZJN-3 določa obveznosti v zvezi z merili v 84. in 85. členu. Med pojmom pogoj in merilo je bistvena razlika. Če je okoliščina določena kot pogoj, a pri ponudniku

ni izpolnjena, je izločen iz postopka oddaje javnega naročila. Ponudnik mora izpolnjevati vse zakonske pogoje in vse fakultativne pogoje. Pogoji so izključevalne narave. Merila pa so namenjena medsebojnemu primerjanju ponudb. Tudi če ponudnik ne izpolnjuje določenega merila, se njegova ponudba primerja s preostalimi. Ali bo ocenjena više ali niže, pa je odvisno od pomena merila, kot ga določi naročnik v razpisni dokumentaciji.

V slovenski praksi javnega naročanja se postavlja vprašanje, ali se kot pogoj za priznanje sposobnosti lahko določi referenčno sodelovanje pri poslih po pravilih FIDIC. Smiselno enako velja za primer, ko je referenca o sodelovanju pri poslih po pravilih FIDIC določena kot merilo.

Načelno velja, da so naročniki pri določitvi pogojev avtonomni, seveda z omejitvijo, da pogoji ne smejo biti neupravičeno diskriminatorni. Pogoj je neupravičeno diskriminatoren, če ni povezan s predmetom javnega naročila. Naročnik sme postaviti le takšne pogoje, ki so pri oddaji naročila določene vrste smiselni in običajni v poslovni praksi. V praksi se pogosto pojavita vprašanje, ali je smiselno določiti strožje pogoje in tako omejiti krog oseb, ki lahko konkurirajo za pridobitev javnega naročila, ter vprašanje, ali je določen pogoj prepovedan oziroma neupravičeno diskriminatoren. Prestrogi pogoji in pretirano omejevanje konkurence dejansko izločijo tudi tiste, ki jih poslovna praksa šteje za sposobne in katerih ponudbe so običajno konkurenčne. Če je naročnik prestrog, lahko izloči dobre ponudnike in pridobi le ponudnike, ki sicer izpolnjujejo neki pogoj, a je po običajnem gledanju stvari njihova ponudba nekonkurenčna. Velja tudi obratno. Če naročnik ne pridobi sposobnega izvajalca javnega naročila, če torej ne določi ustrežnejših in s tem zahtevnejših pogojev, je uspešna izvedba posla lahko vprašljiva.

Referenčni pogoji zagotavljajo, da bo javno naročilo izvajal nekdo, ki ima izkušnje z izvajanjem istovrstnih storitev. ZJN-3 v desetem odstavku 76. člena izrecno določa, da naročnik lahko zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkazujejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih poslov. Naročnik mora v razpisni dokumentaciji opisati zahtevane reference in določiti njihovo število.

Vprašanje o primernosti in dovoljenosti reference o izvedbi preteklih poslov po Rdeči knjigi FIDIC (tudi po Rumeni in Srebrni knjigi FIDIC) je aktualno pri javnem naročilu, s katerim se išče izvajalec gradbenih del, in pri javnem naročilu, s katerim se išče nadzornik določene gradnje.

Oddaja javnega naročila, katerega predmet je zgolj nadzor pri gradnji, nima narave javnega naročila gradnje; to je javno naročilo storitve (glej 5. in 2. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3). Tudi po obligacijskih pravilih pri nadzoru gradnje ne gre za gradbeno pogodbo, ampak je pogodba o nadzoru pri gradnji oblika mandatne pogodbe (glej 766. člen OZ).<sup>25</sup>

<sup>25</sup> O pravni naravi pogodbe o nadzoru pri gradnji in obveznostih nadzornega inženirja Kranjc 2020, str. 543–550.

Nobenega dvoma ni, da sme naročnik pri oddaji javnega naročila gradnje in javnega naročila nadzora gradnje kot referenčni pogoj zahtevati izvajanje določenega števila istovrstnih del v preteklosti, na primer izgradnjo primerljivih cestnih odsekov ali drugih nizkih gradenj, izgradnjo primerljivih visokih gradenj, nadzor pri teh objektih. Vprašanje je le, ali je ob tem lahko postavljen dodaten pogoj, in sicer da so se referenčna dela izvajala po določenem ali določenih aktih FIDIC.

Ocenjujem, da je takšen pogoj – posebej za oddajo nadzora gradnje – smiseln, povezan s predmetom javnega naročila, da ni neupravičeno diskriminatoren in je zato dovoljen. Vrsto nalog in obveznosti nadzornika gradnje določajo javnopravni predpisi. Te mora nadzornik upoštevati ne glede na to, ali je gradnja, torej pogodba med naročnikom in izvajalcem, podrejena pod pravila OZ ali pod posebna pravila FIDIC. Če pa je gradbena pogodba sklenjena po pravilih FIDIC, so vloga in dodatne obveznosti nadzornega inženirja v njej bistveno drugačne kot po OZ – razlike so na primer pri merjenju izvedenih del in porabljenega materiala ter pri ukrepanju ob ugotovljenih napakah, pri podajanju izjav nadzornega inženirja je določena strožja obličnost, določena je vrsta prekluzivnih rokov, pogoji prevzema in ugovarjanja napak so bistveno drugačni.<sup>26</sup> Če nadzornik ne pozna vloge, kot je v pravilih FIDIC določena za nadzor gradnje, naročniku grozi, da bo izgubil vrsto svojih pravic iz gradbene pogodbe ali bil pri tem prikrajšan. Okoliščina, da je nadzornik že izvajal nadzor gradnje, ki je potekala po pravilih FIDIC, naročniku daje zagotovilo, da ima izkušnje tudi glede posebne ureditve razmerij med naročnikom, izvajalcem in nadzornikom.

Dejstvo, ali je gradbena pogodba podrejena pod pravila FIDIC ali ne, na položaj izvajalca gradnje ne vpliva v enaki meri. Kljub temu je v interesu naročnika gradnje, da tudi izvajalec pravila pozna, in zato je zahteva po referenci glede del, ki so se izvajala po gradnji FIDIC, utemeljena.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Nadzorni inženir sklene z naročnikom pogodbo o nadzoru gradnje, naročnik pa z izvajalcem gradbeno pogodbo. Dejanska povezanost med obema posloma je izrazita, večina nalog nadzornega inženirja pa je določena prav v gradbeni pogodbi, torej pogodbi, ki je ne sklene nadzorni inženir. Tako je tudi v gradbenih pogodbah, ki se sklepajo po pravilih FIDIC. S sklenitvijo pogodbe o nadzoru, ki se sklicuje na konkretno gradbeno pogodbo, nadzorni inženir sprejme tudi obveznosti, ki so zanj določene v gradbeni pogodbi. Opredeletev določenih nalog nadzornega inženirja v gradbeni pogodbi je smiselna zato, ker mora tudi oziroma predvsem izvajalec vedeti, kdo ima določena upravičenja za naročnika, na primer ali ima upravičenja za zastopanje naročnika.

<sup>27</sup> Naročnik je pri oddaji javnega naročila »Strokovno svetovanje pri pripravi in izvedbi javnih naročil za projekt Zagotovitev poplavne varnosti porečja Drave območje Meže z Mislinjo« med drugim določil pogoj za priznanje sposobnosti: »Ponudnik ima v zadnjih petih letih vsaj dve uspešno zaključeni storitvi izdelave razpisne dokumentacije za gradnje, ki vključujejo Splošne in Posebne pogoje FIDIC Rdeče ali FIDIC Rumene knjige.« Naročnik ni iskal nadzornega inženirja, ampak svetovalca za pripravo razpisne dokumentacije za oddajo javnega naročila. V revizijskem postopku je bila naročnikova odločitev o izbiri izvajalca razveljavljena zaradi neizpolnjevanja pogojev, a iz odločitve ni razvidno, da bi bili izraženi pomisleki o dovoljenosti pogoja, ki se nanaša na referenčna dela po aktih FIDIC. Iz sklepa DKOM št. 018-076/2019 z dne 26. 6. 2019.

Če je določeno okoliščino dovoljeno postaviti kot pogoj pri oddaji javnega naročila, jo je še lažje opredeliti kot merilo za izbiro.

### 2.3. Poravnava in prepoved sprememb v pogodbi o javnem naročilu

Do spornih vprašanj med strankama prihaja v raznovrstnih pogodbenih razmerjih. Če gre za kompleksna razmerja, pri katerih je dejanska izvedba storitev zahtevna in okoliščine nepredvidljive, prav tako pa tudi finančna in pravna narava vprašanj, je možnost za spore toliko večja. Čeprav akti FIDIC predvidevajo vrsto vprašanj in konkretno določajo pravice in obveznosti strank v najrazličnejših okoliščinah, prihaja do sporov. Akti FIDIC imajo posebna pravila o reševanju sporov, kar pa ne izključuje možnosti, da se sporna vprašanja kljub temu rešujejo pred arbitražo ali sodiščem.<sup>28</sup> Odločitev o sporu je v veliko primerih nepredvidljiva, stranke v sodnem in arbitražnem postopku se odločajo o poravnavi, prav tako se lahko poravnajo že pred sodnim ali arbitražnim reševanjem spora.

Akti FIDIC spodbujajo mirno reševanje sporov (glej člen 21.3. Rdeče knjige FIDIC), kar vključuje poravnavo. Tudi pravila o sodnem in arbitražnem reševanju sporov so naklonjena sklepanju poravnave med strankama.

Če je med strankama spor ali negotovost o pravnem razmerju, se lahko z vzajemnim popuščanjem poravnata. Pogodba o poravnavi je urejena v 1050. do 1059. členu OZ, sodna poravnava pa v 306. do 309.a členu Zakona o pravnem postopku (ZPP).<sup>29</sup> V obeh predpisih je določeno, da so predmet poravnave lahko le pravice in zahtevki, s katerimi se lahko razpolaga.

S poravnavo se redno opravi tudi sprememba medsebojnih pravic in obveznosti, kar pa samo po sebi ni sporno. Bistveno drugače je, če gre za pogodbo o oddaji javnega naročila. Po ZJN-3 je sprememba pogodbe o javnem naročilu načelno prepovedana, dovoljena je le pod posebnimi pogoji iz 95. člena. Razlogi za načelno prepoved spreminjanja pogodb o javnem naročilu so utemeljeni. Spreminjanje pogodbene vsebine omogoča, da se posel izvaja pod drugačnimi pogoji, kot so bili tisti, ki so vodili v izbiro določenega ponudnika. Zato se morajo pravice in obveznosti strank izvajati tako, kot je bilo določeno v ponudbi izbranega ponudnika in razpisni dokumentaciji oziroma ob sklenitvi pogodbe o javnem naročilu.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Več o tem K. Plauštajner, P. Plauštajner, str. 1157–1159.

<sup>29</sup> Uradni list RS, št. 26/99, 73/07 – ZPP - UPB3, 45/08 – ZPP-D, 45/08-ZArbit, 111/08 – odl. US, 121/08 – sklep US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 76/12 – popr., 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 6/14, 10/14 – odl. US, 48/14, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17 – ZPP-E, 16/19 – ZNP-1, 70/19 – odl. US.

<sup>30</sup> Podrobno o dovoljenih spremembah Brodec, Janeček, str. 95–100.



Pogoji za dovoljene spremembe pogodb o javnem naročilu ne omenjajo spora ali poravnave.<sup>31</sup> Toda če ob poravnavi ni izpolnjen kateri od pogojev iz 95. člena ZJN-3, gre za nedovoljeno spremembo pogodbe o javnem naročilu in za nedovoljeno razpolaganje strank. Sodišče EU je že odločalo o dopustnosti poravnave v zadevi *Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*.<sup>32</sup> Argumenti stranke za dopustnost poravnave so bili: da je bila poravnava sklenjena zaradi sporazumne rešitve spora, s čimer sta se obe stranki izognili izgubam, do katerih bi prišlo v primeru razveze pogodbe; da so se med izvajanjem pogodbe pojavile objektivne težave in nepredvidljive posledice; da je s poravnavo izkazana tesna povezanost med prvotnim naročilom in predmetom iz poravnave (zmanjšan obseg storitve namesto prvotno dogovorjenega). Sodišče je zavzelo restriktivno stališče o dovoljenosti poravnave. Pojasnilo je, da pogodbe ni dovoljeno spremeniti tudi v primeru, da bi to objektivno pomenilo poravnavo in da gre za spor z negativnim izidom.

Če pogodbe o javnem naročilu ni mogoče izvesti po pogojih ob njeni sklenitvi in če niso izpolnjeni pogoji iz 95. člena ZJN-3 o dovoljenih spremembah, naj bi naročnik imel možnost odstopiti od pogodbe. Postopek naročila oziroma preostanka naročila naj bi nadaljeval, ko bi izvedel nov postopek oddaje javnega naročila, kar omogoča možnost izbire novega izvajalca. Pogodbe o javnem naročilu naj bi za primer potreb po pogodbeni spremembi (ko niso izpolnjeni pogoji za dovoljeno spremembo) predvidele možnost naročnikovega odstopa od pogodbe (96. člen ZJN-3).<sup>33</sup> Sam ZJN-3 pa možnosti naročnika, da ob takih okoliščinah odstopi od pogodbe, ne ureja.

Nesporno je, da poravnava v pogodbi o javnem naročilu načelno ni dovoljena. To velja tudi za javno naročilo gradnje – ne glede na to, ali je pogodba podrejena kateremu od aktov FIDIC ali pa zgolj pravilom OZ.

<sup>31</sup> Dovoljene spremembe po 95. členu ZJN-3 se nanašajo na: vnaprej določene pogoje za spremembo; dodatne gradnje, storitve ali dobave; spremenjene okoliščine; spremembe na strani izvajalca in na nebitvene spremembe.

<sup>32</sup> Sodba sodišča v zadevi C-549/14, *Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, z dne 7. 9. 2016, ECLI:EU:C:2016:634.

<sup>33</sup> Enako in podrobneje o tem Hartlev, Liljenbøl, str. 51.

## Literatura

- BARENDRECT, Maurits, JANSEN, Chris, LOOS, Marco, PINNA, Andrea, CASCÃO, Rui, VAN GULIJK, Stéphanie. *Principles of European Law, Service Contracts (PEL SC)*. München: European Law Publishers, 2007.
- BRODEC, Jan, JANEČEK, Václav. How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?. *Public Procurement Law Review*, 2015, letn. 24, št. 3, str. 90–105.
- BUNNI, Nael G. *The FIDIC Forms of Contract*. 3rd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2013.
- FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2017.
- FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2017.
- FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical & Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2017.
- FIDIC Contracts Guide*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2000.
- FIDIC Short Form of Contract*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2000.
- GLOVER, Jeremy, HUGHES, QC Simon. *Understanding the FIDIC Red Book, A Clause-by-clause Commentary*. London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011.
- HARTLEV, Kristian, LILJENBØL, Morten Wahl. Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender. *Public Procurement Law Review*, 2013, letn. 22, št. 2, str. 51–73.
- KORŠIČ POTOČNIK, Maja. Razmerja s podizvajalci pri gradbeni pogodbi. *Podjetje in delo*, 2017a, št. 6-7, str. 1123–1133.
- KORŠIČ POTOČNIK, Maja. *Priročnik za uporabo Rdeče in Rumene pogodbe FIDIC*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017b.
- KRANJC, Vesna. Neposredna zahteva podizvajalcev do naročnika pri razmerjih, ki izhajajo iz javnih naročil. *Pravosodni bilten*, 2014, letn. XXXV, št. 1, str. 95–118.
- KRANJC, Vesna. *Gospodarske pogodbe: tradicionalni in novejši posli gospodarskih subjektov*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2020.
- PLAUŠTAJNER Konrad, PLAUŠTAJNER, Petja. Reševanje sporov po pogodbah FIDIC. *Podjetje in delo*, 2017, št. 6-7, str. 1146–1160.
- SELJAK, Franc. Aktualna sodna praksa v zvezi z gradbeno pogodbo. *Podjetje in delo*, 2017, št. 6-7, str. 1134–1145.
- VUKMIR, Branko. *Kratki komentari FIDIC-ovih opčih uvjeta građenja*. Zagreb: RriF-plus, 2013.