



RAZMERJE MED NEPOSREDNIMI ZAHTEVKI PODIZVAJALCEV IN NEPOSREDNIMI PLAČILI PODIZVAJALCEM*

Blaž Hrastnik,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktorski kandidat na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani, odvetnik v Odvetniški družbi Rojs, Peljhan,
Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o., Ljubljana*

1. UVOD

Ozko pravnoformalno gledano podizvajalska razmerja sama po sebi niso posebna oblika pravnih razmerij, saj so klasična obligacijska razmerja podizvajalca z njegovim naročnikom oziroma subjektom, po naročilu katerega podizvajalec opravlja storitve ali pa dobavlja blago. Ne glede na navedeno je za pravno obravnavo razmerja podizvajalca z glavnim izvajalcem pomembno še eno pravno razmerje, in sicer razmerje med glavnim izvajalcem in (končnim) naročnikom, torej subjektom, po naročilu katerega glavni izvajalec izvaja svoje storitve (oziroma dobavlja blago). Da bi bilo mogoče govoriti o podizvajalskem razmerju, mora biti vsebina izpolnitvenega ravnanja podizvajalca v razmerju med podizvajalcem in glavnim izvajalcem (manjša ali) enaka izpolnitvenemu ravnanju glavnega izvajalca v pravnem razmerju med glavnim izvajalcem in naročnikom posla.

O podizvajalcih¹ *strictu sensu* govorimo predvsem v okviru pogodb o storitvah, zlasti v okviru pogodbe o delu, medtem ko se pojem praviloma ne uporablja za dobavitelje blaga, čeprav se zlasti po uveljavitvi novel B Zakona o javnem na-

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske disertacije pod naslovom *Neposredni zahtevki podizvajalcev ob stečaju glavnega izvajalca*, ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Petra Grilca uspešno zagovarjal oktobra 2014 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Glej tudi V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 239–258.

ročanju (ZJN-2)^{2,3} ter Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštних storitev (ZJNVETPS)^{4,5} pojem širi tudi na dobavitelje blaga, kar pa odpira nekatera posebna vprašanja.

Kadar se deleži dela podizvajalcev v končni vrednosti blaga oziroma storitve povečujejo, se s tem povečujejo tudi različna poslovna tveganja, ki spremljajo izvajanje njihovih delovnih operacij. S temi tveganji so se podizvajalci primarno prisiljeni soočati in jih razreševati v pravnem razmerju z glavnim izvajalcem, vendar pa tega iz različnih razlogov pogosto ne morejo doseči. Neposredni zahtevki podizvajalcev so institut, ki skuša tveganja, povezana z njihovim specifičnim položajem, zmanjšati oziroma jim omogoča, da svoja tveganja, ki nastajajo pri poslovanju, zmanjšujejo tudi v razmerju do naročnikov, ki so kot končni uporabniki blaga in storitev deležni tudi vseh koristi, izhajajočih tudi iz dela oziroma storitev, ki so jih opravili podizvajalci.

Institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev je ena najpomembnejših izjem od pravila o relativnosti obligacijskega razmerja, določenega v prvem odstavku 125. člena Obligacijskega zakonika (OZ),⁶ in pod določenimi pogoji vzpostavlja pravno razmerje med podizvajalcem in naročnikom posla. Omenjeni institut, ki primerjalno gledano ni pogost,⁷ slovenski pravni sistem ureja v sklopu pravnih pravil o pogodbi o delu (podjemni pogodbi), konkretno v 631. členu OZ. V sklopu pravil o javnem naročanju pa je urejen soroden institut, tj. institut neposrednih plačil podizvajalcem, ki naročniku omogoča, da svojo obveznost plačila pod določenimi pogoji veljavno izpolni podizvajalcu, s katerim ni v pogodbenem odnosu. Pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem urejajo določbe od šestega do dvanajstega odstavka 71. člena ZJN-2 ter od šestega do dvanajstega odstavka 74. člena ZJNVETPS, ki določajo obvezna neposredna plačila podizvajalcem, natančna ureditev pa je tudi predmet urejanja podzakonskega akta iz dvanajstega odstavka 71. člena ZJN-2 oziroma desetega odstavka 74. člena ZJNVETPS.

² Ur. l. RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 18/11, 43/12, 90/12, 19/14.

³ Novela ZJN-2B je bila objavljena v Ur. l. RS, št. 19/10.

⁴ Ur. l. RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 43/11, 43/12, 90/12, 19/14.

⁵ Novela ZJNVETPS-B je bila objavljena v Ur. l. RS, št. 19/10.

⁶ Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo.

⁷ Najdemo ga v pravnih sistemih držav, nastalih na območju nekdanje SFRJ, v francoskem pravnem redu, kjer je bil uzakonjen najprej, pa tudi v 1798. členu belgijskega civilnega zakonika, v luksemburškem pravu, med drugim pa še v 565. členu alžirskega civilnega zakonika, 662. členu egiptovskega civilnega zakonika, 882. členu iraškega civilnega zakonika, 682. členu kuvajtskega civilnega zakonika, 661. členu libijskega civilnega zakonika in 628. členu sirskega civilnega zakonika.

Oba pravna instituta podizvajalcev omogočata, da dosežejo plačilo svojih terjatev do glavnega izvajalca, vendar namesto njega izpolnitev opravi naročnik. V zvezi z omenjenima pravnima institutoma se pojavljajo številne dileme, povezane z njuno različno pravno naravo, vprašanje zase pa je njuno medsebojno razmerje, ki je v središču obravnave tega prispevka. V tem okviru je ključno vprašanje, ali se pravna instituta dopolnjujeta ali izključujeta. Njuno razmerje ni nepomembno, saj se pomembno razlikujeta, razlikujejo pa se tudi njune pravne posledice.

2. OPREDELITEV NEPOSREDNIH ZAHTEVKOV PODIZVAJALCEV IN NEPOSREDNIH PLAČIL PODIZVAJALCEM

Institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev je pravni institut, ki pod pogoji, določenimi v 631. členu OZ, vzpostavi razmerje med subjektoma, med katerima prej ni obstajalo. Pravno razmerje, ki nastane ob uveljavitvi podizvajalčevega neposrednega zahtevka, je obligacijsko razmerje kot tipična oblika pravnega razmerja, torej pravno urejenega družbenega razmerja, nosilci katerega so pravni subjekti, ki imajo glede na predmet pravnega razmerja določene pravice in dolžnosti.⁸ V tako vzpostavljenem pravnem razmerju en subjekt (podizvajalec) pridobi neposredno pravico zahtevati izpolnitveno ravnanje (dajatev) od naročnika posla.

Neposredni zahtevek podizvajalca ima dvojno pravno naravo, saj vzpostavlja pravno razmerje, ki pred tem ni obstajalo, hkrati pa vsebuje tudi že pravovarstveni zahtevek. Pravovarstveni zahtevek je eno od dveh nujnih upravičenj, ki sestavljata vsako (abstraktno) pravico. Vsaka pravica je namreč sestavljena najmanj iz dveh upravičenj, od katerih je eno temeljno upravičenje, ki omogoča, da subjekt zadovoljuje določen interes, pravovarstveni zahtevek kot drugo upravičenje pa vsebuje možnost, da bo uporabljena sankcija, če zavezanec ne ravna skladno z obveznostjo.⁹ Bistvo (pravovarstvenega) zahtevka je torej v doseganju temeljnega upravičenja iz abstraktne pravice, kadar ga zavezanec s svojim ravnanjem preprečuje.

Ker podizvajalčev neposredni zahtevek, ko je uveljavljen, vzpostavi (neposredno) pravno razmerje med dvema subjektoma, ki pred tem nista bila v pravnem razmerju, torej oblikuje pravno razmerje, zato ima naravo oblikovalne pravice, ki je usmerjena k cilju poplačila podizvajalca. Poleg oblikovalne pravice vključuje tudi dajatveni zahtevek, saj z njim podizvajalec po (ali pa ob

⁸ M. Pavčnik, nav. delo (2001), str. 94.

⁹ Prav tam, str. 124.

hkratni) vzpostavitvi pravnega razmerja med podizvajalcem in naročnikom posla uveljavlja tudi poplačilo svojih terjatev. Oblikovalne pravice je v osnovi mogoče uveljaviti z oblikovalno izjavo, ki jo imetnik oblikovalne pravice naslovi na drugo stranko, ali pa s sodno intervencijo, in sicer tako, da oblat pri sodišču vloži oblikovalno tožbo, s katero od sodišča zahteva izdajo oblikovalne sodne odločbe (uveljavi t. i. tožbeno oblikovalno pravico). Oblikovalni temelj oblikovalne pravice je določba 631. člena OZ, ki navaja pogoje za uveljavitev zahtevka, zato gre pri neposrednem zahtevku podizvajalca za zakonito oblikovalno pravico. Pri odgovoru na vprašanje, ali je oblikovalna pravica podizvajalca tožbena oblikovalna pravica, je treba izhajati iz oblikovalnega temelja, predvsem pa tudi iz namena, zaradi katerega je bil omenjeni pravni institut uzakonjen. Nekateri avtorji¹⁰ glede opredelitve oblike uveljavljanja oblikovalne pravice izhajajo zlasti iz jezikovne razlage oblikovalnega temelja (npr. ko oblikovalni temelj določa, da stranka lahko »zahteva razveljavitev pogodbe«, gre za tožbeno oblikovalno pravico, ko temelj določa, da »stranka lahko odstopi od pogodbe«, pa naj bi šlo za opsijsko pravico). Na podlagi takšnega razmejevanja med načinoma uveljavljanja opsijskih pravic bi bilo mogoče sklepati, da bi bilo neposredni zahtevek podizvajalca mogoče uveljaviti zgolj kot tožbeni oblikovalni zahtevek, saj 631. člen OZ vsebuje glagol zahtevati. Kljub temu je pri ugotavljanju načina uveljavljanja podizvajalčevega neposrednega zahtevka treba izhajati iz namena instituta, da doseže poplačilo podizvajalca v primeru, da glavni izvajalec svoje obveznosti plačila ne izpolni. Če bi bil podizvajalčev neposredni zahtevek tožbeni oblikovalni zahtevek, bi to pomenilo, da bi se razmerje med podizvajalcem in naročnikom posla vzpostavilo šele z nastopom pravnomočnosti oblikovalne sodbe,¹¹ kar bi popolnoma izjalovilo njegov namen. Upoštevati je namreč treba, da je bistvo instituta podizvajalčevega neposrednega zahtevka prav v poplačilu podizvajalca, ki ga ta v okviru že vzpostavljenih pravnih razmerij ne more doseči. Da je bil zakonodajalčev namen pri uzakonitvi omenjenega instituta prav zaščita podizvajalcev (v obliki njihovega lažjega poplačila), potrjuje tudi primerjalnopravna analiza, zlasti analiza zakonodajnega postopka ob prenovitvi instituta v Franciji,¹² od koder institut izhaja.¹³

¹⁰ Prim. Aleš Galič, v: L. Ude, A. Galič, nav. delo, str. 164.

¹¹ Gl. tudi sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 458/2001 z dne 23. januarja 2002.

¹² Več o tem v magnetogramu razprave ob obravnavi predloga Zakona št. 75-1334 v Narodni skupščini Francije dne 28. junija 1975, zlasti glej razpravo prvopodpisanega pod predlogom zakona, poslanca Luciena Neuwirtha (JORF – Débats parlementaires – Assemblée nationale du 29 juin 1975 n° 63, str. 5014–5021).

¹³ Gl. J.-P. Babando, nav. delo, str. 101 in nasl.

Za uveljavitev instituta neposrednih zahtevkov podizvajalca mora biti izpolnjenih več pogojev, prvi med njimi je obstoj podizvajalčeve terjatve do podjemnika (glavnega izvajalca). Ker je uporaba instituta odvisna od okoliščine, ali ima podizvajalec terjatev do podjemnika, v primeru poplačila odpade potreba po uveljavitvi pravovarstvenega zahtevka, s tem pa tudi potreba po uveljavitvi oblikovalne pravice. Drugi pogoj je, da ima podjemnik (glavni izvajalec) v času, ko podizvajalec zahteva neposredno plačilo od naročnika, dospelo terjatev do naročnika. To pomeni, da podizvajalec po 631. členu OZ nima pravice zahtevati izpolnitve terjatve od naročnika posla, če je naročnik že izpolnil svojo obveznost do podjemnika (glavnega izvajalca). V zvezi s tem pogojem je treba poudariti tudi, da neposrednega zahtevka podizvajalca ni mogoče uveljaviti, če terjatev glavnega izvajalca do naročnika posla v času uveljavitve neposrednega zahtevka podizvajalca (še) ne obstaja.¹⁴ Omenjeni pogoj je pomemben zaradi zaščite naročnikovega pravnega položaja, saj preprečuje, da bi naročnik za isto delo plačal dvakrat, in sicer enkrat svojemu sopogodbenu – podjemniku, drugič pa še podizvajalcu na podlagi postavljenega neposrednega zahtevka. Poleg tega ta pogoj olajša pravni položaj naročnika, ki zgolj zaradi dejstva, da glavni izvajalec ni poplačal podizvajalca, slednji pa je zaradi tega uveljavil neposredni zahtevek, ne sme biti v bistveno slabšem položaju, oziroma je pomembno, da se pri tem čim manj poseže v njegov pravni položaj.

Nadaljnji pogoj za uveljavitev neposrednega zahtevka podizvajalca je, da se morata podizvajalčeva terjatev do podjemnika (glavnega izvajalca) in tudi podjemnikova terjatev do naročnika nanašati na isto delo.¹⁵ Takšen pogoj narekuje pravilo, da je treba izjeme razlagati restriktivno (neposredno plačilo podizvajalcu je izjema od relativnosti obligacijskih razmerij), hkrati pa bi širitev priznavanja neposrednih zahtevkov podizvajalcev, ki bi se izplačevali iz vsot, ki jih naročnik dolguje podjemniku za katerokoli delo, med podizvajalci lahko povzročila konflikte, saj bi se s tem lahko poseglo v pravice drugih podizvajalcev. Ker je bistvo obravnavanega pravnega instituta v tem, da skuša zagotoviti poplačilo podizvajalčevih terjatev, če jih podjemnik ni poplačal, in preprečiti situacijo, da bi naročnik plačal dvakrat ali pa del celo ne bi plačal, je treba identiteto del obravnavati strogo in ozko. Sicer striktno obravnavanje omenjenega pogoja neizogibno povzroči, da je uveljavljanje obravnavanega instituta težavnejše, saj je obstoj omenjenega pogoja težje dokazati. Vendar je treba dodati, da je uporaba instituta sama po sebi izjema od splošno uveljav-

¹⁴ Tako tudi sklep Višjega sodišča v Celju opr. št. Cpg 296/2012 z dne 6. februarja 2013, podobno izhaja tudi iz sodbe Vrhovnega sodišča RS opr. št. III Ips 69/2008 z dne 21. decembra 2010.

¹⁵ Gl. tudi Nina Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, III. knjiga), str. 820–821.

ljenega načela relativnosti obligacijskih razmerij, izjeme pa je treba razlagati omejujoče (*exceptio est strictissimae interpretationis*), zato je umesten zaključek, da je med možnimi razlagami v primeru interpretacije izjem treba izbrati tisto, ki govori v prid splošnega pravila in izjeme omejuje.

Zadnji pogoj za uveljavitev obravnavanega instituta je, da podjemnik podizvajalčeve terjatve do njega pripozna. Pripoznavo je namenjena predvsem zaščiti naročnika, ker nima pregleda nad obsegom (razmejitvijo) storitev, ki sta jih izvedla podjemnik in podizvajalec, saj mu (pogosto) ni znano, kakšno je pravno razmerje med njima oziroma kakšen je obseg storitev, ki se jih namesto podjemnika zaveže opraviti podizvajalec. Omeniti velja, da je sodobno hrvaško pravo ob pripravi novega zakona, ki ureja obligacijska razmerja, pogoj pripoznave podizvajalčevih terjatev opustilo.¹⁶ Pripoznavo mora biti izrecna, kar pomeni, da mora glavni izvajalec eksplicitno izjaviti, katere terjatve podizvajalca obstajajo, na katera dela se nanašajo in kolikšna je njihova višina. Pomembno je tudi vprašanje, kateri subjekt lahko pripozna terjatve. Glede na obstoječo ureditev lahko izjavo o priznanju podizvajalčeve terjatve da le podjemnik (glavni izvajalec), saj je le on v pogodbenem razmerju s podizvajalcem,¹⁷ iz enakega razloga pa podjemnikovo terjatev lahko pripozna le naročnik. Ta pogoj torej zagotavlja, da naročnik plača le terjatve v nesporni višini,¹⁸ zato je za izpolnitev tega pogoja treba ugotoviti obstoj in tudi višino pripoznanih terjatev.¹⁹ Pogoj pripoznave terjatev pa omogoča tudi zlorabe, saj lahko podjemnik, zavedajoč se, da s pripoznavo terjatev vpliva na obstoj potencialnega neposrednega zahtevka podizvajalca, prav zaradi preprečitve uveljavitve takega zahtevka odkloni pripoznavo podizvajalčevih terjatev. Uveljavitev podizvajalčevega neposrednega zahtevka namreč pomeni, da v višini postavljenega zahtevka ne bo poplačan podjemnik, ampak bo namesto njega poplačila deležen podizvajalec. Z neposrednim zahtevkom podizvajalca in njegovim poplačilom v višini, kot je postavljen, se obveznost podjemnika do podizvajalca zmanjša, saj naročnik opravi plačilo namesto glavnega izvajalca. Zato se na prvi pogled zdi, da je položaj, ki nastane z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca, z vidika udeležencev tristranskega razmerja nevtralen oziroma da se položaj glavnega izvajalca z uspešno uveljavitvijo zahtevka v ničemer ne poslabša, vendar pa to ne velja v vseh primerih (tak je npr. primer, ko je glavni izvajalec insolventen). V zvezi s pogoji za uveljavitev instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev velja omeniti še notifikacijsko dolžnost. Nekateri pravni teore-

¹⁶ Člen 602 Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08).

¹⁷ Gl. npr. sodbo Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cp 368/99 z dne 1. marca 2000.

¹⁸ Prim. T. B. Blagojević, nav. delo, str. 1508.

¹⁹ Prim. sodba Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 702/2009 z dne 18. marca 2010.

tiki²⁰ jo razlagajo kot podizvajalčevo dodatno zavezo, ki mora biti izpolnjena za pravilno uveljavitev pravnega instituta, vendar pa na uveljavitev pravnega instituta ne vpliva, saj gre pri dolžnosti za dodatno zavezo, ki je sankcionirana odškodninsko, zato njena kršitev ne vpliva na uveljavitev instituta, ampak povzroči zgolj odškodninsko odgovornost podizvajalca podjemniku, ko podizvajalec krši svojo notifikacijsko dolžnost.

Neposredni zahtevek podizvajalca je torej pravni institut, ki podizvajalcu, ki je opravil storitev za glavnega izvajalca, omogoča, da v primeru, da ga glavni izvajalec ne poplača, mimo volje glavnega izvajalca doseže poplačilo svoje terjatve pri naročniku posla.

Z institutom neposrednih plačil podizvajalcem je zakonodajalec skušal zagotoviti plačilno disciplino za tiste primere javnih naročil, pri katerih ponudniki sodelujejo s podizvajalci. Ker so neposredna plačila podizvajalcem povezana z nekoliko drugačnimi pogoji, njihova uveljavitev pa ima tudi drugačne pravne posledice, je to pravzaprav drug pravni institut, ki vsaj deloma sledi istemu cilju kot neposredni zahtevki podizvajalcev, tj. poplačilu terjatev podizvajalcev v primeru, da jih ne poplača glavni izvajalec. Če je neposredni zahtevek podizvajalca pravica in je torej od njegove volje odvisno, ali bo s postavitvijo zahtevka uveljavil oblikovalno pravico, ki jo zahtevek vsebuje, in doseglj vzpostavitev pravnega razmerja z naročnikom posla, so neposredna plačila podizvajalcem predvsem obveznost (javnega) naročnika, da v primeru javnega naročila, pri katerem izbrani ponudnik sodeluje s podizvajalcem, (namesto in mimo izbranega ponudnika) neposredno poplačuje podizvajalce. Vprašanje zase je, ali takšna obveznost tudi dejansko obstaja. Glede na to, da ZJN-2 v osmem odstavku 71. člena (posredno) določa, da so neposredna plačila podizvajalcem obvezna, je bolj verjetna interpretacija, da takšna obveznost obstaja in mora naročnik prednostno poplačevati podizvajalce, če ti še niso poplačani. V teoriji pa je mogoče najti tudi pravno povsem korektne drugačne interpretacije.²¹

Že iz definicije pojmov v 15.a točki 2. člena ZJN-2 in 16.a točki 2. člena ZJNVETPS izhaja, da je pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem mogoče uporabiti tako za subjekte, katerih vsebina izpolnitvenega ravnanja v korist izbranega ponudnika (glavnega izvajalca) je izvedba storitve, kakor tudi za tiste, katerih vsebina izpolnitvenega ravnanja je dobava blaga (dobavitelji). To pomeni, da je domet instituta neposrednih plačil podizvajalcem v sistemu prava javnih naročil širši od dometa instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev po 631. členu OZ, ki je omejen na pravna razmerja na podlagi pogodbe

²⁰ S. Cigoj, nav. delo (1985), str. 1788.

²¹ Gl. V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 239–258.

o delu (podjemne pogodbe) in pravna razmerja, ki so iz podjemnega razmerja izpeljana (npr. pravna razmerja, nastala na podlagi gradbene pogodbe).

Formalna osnovna pogoja, ki sta hkrati podlaga za neposredno plačilo podizvajalcu, sta obstoj ponudnikovega pooblastila naročniku, da neposredno plačuje podizvajalcem, in soglasje podizvajalca, da sme naročnik namesto ponudnika poplačati podizvajalčevo terjatev do ponudnika. Iz desetega odstavka 71. člena ZJN-2 izhaja nadaljnji pogoj, da mora podizvajalčeve terjatve ponudnik (glavni izvajalec) potrditi, saj je ponudnik ob predložitvi svojih računov oziroma situacij naročniku dolžan priložiti tudi potrjene račune oziroma situacije svojih podizvajalcev. Ob tem velja omeniti nekoliko ponesrečeno dikcijo v drugi povedi osmega odstavka 71. člena ZJN-2 (74. člena ZJNVETPS), ki določa, da mora naročnik v razpisni dokumentaciji med drugim navesti, da so neposredna plačila podizvajalcem skladno z ZJN-2 (oziroma ZJNVETPS) obvezna, pri čemer je obstoj te obveznosti nakazan le posredno, v zakonu pa ni izrecno določena. Zaradi takšne norme obstaja precejšnja negotovost, za kakšno obveznost v obravnavanem primeru sploh gre oziroma ali ta glede na dejstvo, da je njen obstoj v zakonu le nakazan, sploh obstaja. Kljub tej nedoločenosti se zdi bolj verjetna interpretacija, da obveznost neposrednih plačil podizvajalcem obstaja, kar pomeni, da bi naročnik moral poplačevati podizvajalce, četudi tega od njega podizvajalci ne zahtevajo. Ko torej naročnik dobi račun izbranega ponudnika (temu računu je priložen potrjen račun oziroma potrjena situacija podizvajalca), naj bi torej preveril, ali je ponudnik podizvajalca že poplačal, in če tega ni storil (in so terjatve podizvajalca dospele), mora plačati podizvajalcu. Zaradi naročnikove obveznosti, da plača podizvajalcu tudi, če podizvajalec ne uveljavi neposrednega zahtevka (pri institutu neposrednih plačil podizvajalcem), pogoj obstoja dospele ponudnikove (podjemnikove) terjatve do naročnika (kot izhaja iz 631. člena OZ) pri institutu neposrednih plačil podizvajalcem ne pride do izraza. Naročnik kot nosilec obveznosti neposrednih plačil podizvajalcem torej poplačuje podizvajalce (če obstajajo in njihove terjatve še niso poplačane) in izbranega ponudnika, pri poplačevanju pa naj bi vedno dal prednost nepoplačanemu podizvajalcu.²² Zato je logično, da je poplačilo mogoče le, če dela, ki naj bi bila predmet podizvajalčevega neposrednega plačila, še niso plačana. Pri tem ne kaže zanemariti dejstva, da je zakonodajalec način neposrednih plačil uredil zelo pomanjkljivo oziroma na

²² Pri tem velja omeniti stališče sodne prakse (prim. sodba Višjega sodišča v Mariboru opr. št. I Cpg 331/2012 z dne 8. novembra 2012), da je temeljni pogoj za neposredno plačilo podizvajalcu obstoj dospele terjatve glavnega izvajalca do naročnika. Takšno stališče v načelu nasprotuje 6. členu Uredbe o neposrednih plačilih, saj naročnik glavnemu izvajalcu ne bi smel opraviti nobene izpolnitve, če potrjeni situaciji oziroma računu ne bi bile priložene potrjene situacije oziroma računi, ki so jih izstavili (nominirani) podizvajalci.



način, ki omogoča več različnih interpretacij, kar pravni varnosti prav gotovo ni v prid.

Da bi bilo mogoče izvesti neposredna plačila podizvajalcem, osmi odstavek 71. člena ZJN-2 (74. člena ZJNVETPS) določa obvezne sestavine pogodbe o izvedbi javnega naročila v primeru, da se javno naročilo izvaja s podizvajalci. Pogodba o izvedbi javnega naročila mora vsebovati vrsto del, ki jih bo izvedel podizvajalec, podatke o podizvajalcu ter predmet, količino, vrednost, kraj in rok izvedbe teh del.

ZJN-2 v devetem odstavku 71. člena (74. člena ZJNVETPS) določa tudi, da mora imeti ponudnik, ki javno naročilo izvede z enim ali z več podizvajalci, ob sklenitvi pogodbe z naročnikom ali med njenim izvajanjem sklenjene pogodbe s podizvajalci, pri čemer mora podizvajalec naročniku posredovati kopijo pogodbe, ki jo je sklenil s svojim naročnikom (ponudnik v razmerju do naročnika), v petih dneh od njene sklenitve. Obvezne sestavine pogodbe o izvedbi javnega naročila in podizvajalčeva obveznost posredovanja sklenjene pogodbe s ponudnikom pa niso obveznosti, ki bi imele vpliv na uveljavitev instituta neposrednih plačil podizvajalcem. Kršitev omenjenih obveznosti je namreč sankcionirana kot prekršek, na obveznost plačila podizvajalcu pa ne vpliva. Ureditev neposrednih plačil podizvajalcem dopolnjuje Uredba o neposrednih plačilih podizvajalcu pri nastopanju ponudnika s podizvajalcem pri javnem naročanju (Uredba o neposrednih plačilih),²³ ki pa ne vsebuje dodatnih pogojev za uveljavitev (izvedbo) neposrednih plačil podizvajalcem, ampak zgolj natančneje ureja nekatera vprašanja v zvezi z omenjenim pravnim institutom.

Neposredna plačila podizvajalcem so torej poseben pravni institut v okviru prava javnih naročil, ki zavezuje naročnika, da v primeru javnih naročil, pri katerih izbrani ponudnik sodeluje s podizvajalcem in ta ni poplačan, neposredno (mimo volje izbranega ponudnika) poplača podizvajalca.

Tako institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev kakor tudi institut neposrednih plačil podizvajalcem sledita istemu cilju, tj. poplačilu podizvajalca v primeru, ko glavni izvajalec svoje obveznosti plačila ne izpolni; pri neposrednih plačilih podizvajalcem je naročnik tisti, ki naj bi dosegel izpolnitev tega cilja, pri neposrednih zahtevkih podizvajalcev pa je podizvajalcem samim prepuščeno, ali bodo ta cilj dosegli ali ne. Pristop instituta neposrednih plačil podizvajalcem, ki izhaja iz prava javnih naročil, izkazuje javni interes pri njegovi uveljavitvi, pristop instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev kot obligacijskopravnega instituta pa izkazuje načelo svobodne volje pri urejanju obligacijskih razmerij. Posledica uveljavitve tega načela pri obravnavanem pravnem

²³ Ur. l. RS, št. 66/07, 19/10.

institutu je, da je podizvajalcu prepuščeno, ali bo uveljavil oblikovalno pravico in vzpostavil razmerje z naročnikom (temu pa bo sledil plačilni zahtevek) ali pa bo poplačilo svojih terjatev še naprej iskal pri glavnem izvajalcu, s katerim je v pogodbenem (obligacijskem) razmerju.

3. PRAVNA NARAVA INSTITUTOV IN POMEN RAZLIK MED NJIMA

Po uveljavitvi Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR)²⁴ komentatorji institutu neposrednih zahtevkov podizvajalcev niso namenjali posebne pozornosti. Po mnenju nekaterih komentatorjev²⁵ naj bi obravnavani institut pomenil posebno zakonsko pooblastilo podizvajalcem, da se obrnejo neposredno na naročnika z zahtevo, naj jim izplača terjatve iz vsote, ki jo dolguje podjemniku, če so podizvajalčeve terjatve priznane. V korelaciji s pooblastilom podizvajalca je zakonska dolžnost naročnika, da (ob izpolnitvi pogojev) plača podizvajalcu.

Prof. Cigoj v komentarju²⁶ ugotavlja, da je smisel instituta neposrednega zahtevka podizvajalca, da zakon napravi izjemo od relativnosti obligacijskega razmerja tako, da ustvari direktno zakonito vez med strankami, ki med seboj niso v pogodbenem razmerju, in sicer zakon podeli direktno tožbo (*actio directa*) tistim, ki so za podjemnika napravili določen izdelek, proti naročniku, ki je za dela, ki so jih oni opravili, zavezan podjemniku. V drugem razdelku komentarja 612. člena ZOR analizira pogoje za uveljavitev instituta, pri tem pa je poudarjeno, da zaradi uveljavitve instituta nasproti naročniku poleg podjemnika nastopi (vsaj) še en upravičenec, sodelavec (podjemnik) na podlagi »zakonite cessio«. Prof. Cigoj je zavzel stališče, da mora naročnik v primeru neposrednega zahtevka podizvajalca slednjemu dati prednost pred plačilom podjemniku, saj zakonito nastala zaveza naročnika nastane v trenutku, ko podjemnik izjavi svojo zahtevo v obliki neposrednega zahtevka podizvajalca. Komentar Obligacijskega zakonika²⁷ institut obravnava kot izjemo od splošnega pravila iz 125. člena OZ, ki določa, da pogodbe ustvarjajo pravice in obveznosti samo za pogodbeni stranki, odgovora na vprašanje pravne narave instituta pa ne daje.

Zaslediti je mogoče tudi posamezna stališča, da naj bi pri institutu neposrednih zahtevkov podizvajalcev šlo za obliko cesije pravice do izterjave.²⁸ Takšno stališče izhaja iz pravne teorije, po kateri vsako pravico lahko tvori več upravi-

²⁴ Ur. l. SFRJ, št. 29/78, 39/85, 2/89, 45/89, 57/89, 88/99, 83/01, 30/02, 87/02.

²⁵ I. Bukljaš, B. Vizner, nav. delo, str. 1912.

²⁶ S. Cigoj, nav. delo (1985), str. 1787–1788.

²⁷ Nina Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, III. knjiga), str. 820–821.

²⁸ V. Kranjc, nav. delo (2014), str. 101–102.

čenj, v sklop katerih spada tudi pravovarstveni zahtevki,²⁹ njegov sestavni del pa je tudi pravica do izterjave. Z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca naj bi torej na podizvajalca prešla pravica zahtevati izpolnitev, sama terjatev pa naj bi ostala v premoženjski sferi glavnega izvajalca. To bi pomenilo, da je z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca glavni izvajalec izgubil pravico zahtevati izpolnitev, še vedno pa ostane v pravnem položaju upnika v razmerju do naročnika posla in mu ta lahko veljavno opravi izpolnitev. Ker bi bilo s tem institut neposrednega zahtevka podizvajalca enostavno mogoče obiti, poleg tega pa v tem primeru pojmovno ne bi mogla nastati pravna posledica, ko bi naročnik posla po uveljavitvi neposrednega zahtevka veljavno izpolnitev lahko opravil le podizvajalcu, takšna pravna konstrukcija ne ustreza bistvu, s tem pa tudi ne pravni naravi obravnavanega instituta.

Institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev najbolj ustreza pravnemu institutu zakonite cesije.³⁰ Z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalec stopi v neposredno pravno razmerje, ki pred tem ni obstajalo, tj. pravno razmerje med podizvajalcem in podjemnikom. Pomembna pravna posledica uveljavitve neposrednega zahtevka podizvajalca je, da naročnik svoje obveznosti (v uveljavljenem delu) ne sme izpolniti podjemniku, ampak je izpolnitev zavezan opraviti podizvajalcu, glavnemu izvajalcu pa veljavne izpolnitve ne more opraviti. Če bi imel naročnik možnost izbirati, ali bo opravil izpolnitev podjemniku ali pa podizvajalcu, bi bil institut odvisen od njegove volje, s tem pa namen instituta ne bi bil dosežen. Ker je podizvajalčeva terjatev na podlagi neposrednega zahtevka zaradi pogojev uveljavitve instituta terjatev, ki je eksistenčno vezana na podjemnikovo terjatev do naročnika in je po svoji vsebini tudi terjatev, ki izhaja iz plačila za isto delo, opravljeno za naročnika, sta terjatvi podizvajalca do naročnika, ki nastane na podlagi neposrednega zahtevka, in terjatev podjemnika do naročnika na podlagi osnovne podjemne pogodbe v svojem bistvu identični, razlika je le v njunem nosilcu (upniku, ki terjatev uveljavlja).

Situacija, v kateri bi hkrati obstajali dve terjatvi dveh različnih subjektov za plačilo istega dela, bi z vidika naročnika pomenila, da bi se njegov pravni položaj zaradi uveljavitve neposrednega zahtevka podizvajalca spremenil toliko, da bi namesto enemu upniku za isto delo dolgoval plačilo dvema upnikoma, pri tem pa bi lahko veljavno izpolnil le podizvajalcu. Če bi neposredne zahtevke podizvajalcev opredelili kot svojevrstno (*sui generis*) obliko zahtevka, bi to v položaj naročnika neizogibno poseglo, saj ob odsotnosti izrecne zakonske

²⁹ M. Pavčnik, nav. delo (2001), str. 158.

³⁰ Stališča o takšni pravni naravi instituta izhajajo tudi iz posamičnih sodnih odločb slovenskih sodišč – prim. sklep Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. II Cpg 266/2010 z dne 11. maja 2010.

podlage nobena *ad hoc* zaščita ne more zagotoviti enake ravni zaščite naročnikovih pravic. Pravno gledano je konsistentnejša rešitev, da je naročnik v zvezi z naročenim delom v enem samem upniško-dolžniškem razmerju, kajti tudi v pogodbeno razmerje je stopil z enim samim subjektom.

Če zavzamemo stališče, da s postavljenim neposrednim zahtevkom podizvajalca terjatev podjemnika (glavnega izvajalca) do naročnika obstaja še naprej, poleg nje pa v razmerju do naročnika nastopi še podizvajalčeva terjatev, nastane za dolžnika (naročnika) nekoliko nenavaden položaj, še zlasti, če upoštevamo, da naročnik ne sme opraviti izpolnitve podjemniku, ampak jo je zavezan opraviti podizvajalcu. Takšna pravna posledica cesije izhaja iz določila drugega odstavka 419. člena OZ, da je po obvestitvi dolžnika (naročnika) ta izpolnitveno ravnanje zavezan opraviti samo še prevzemniku (podizvajalcu). Ker v primeru neposrednih zahtevkov podizvajalcev postavitev zahtevka pomeni obvestitev dolžnika, je z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca naročnik zavezan opraviti izpolnitev podizvajalcu kot prevzemniku terjatve. Položaj, v katerem dolžnik enemu od dveh upnikov ne sme opraviti izpolnitve, isti upnik pa od dolžnika ni upravičen zahtevati izpolnitve, tako močno odstopa od bistva obligacijskega razmerja kot oblike pravnega razmerja,³¹ da izgubi naravo pravnega razmerja. Če en subjekt ni zavezan opraviti izpolnitvenega ravnanja drugemu subjektu, drugi subjekt pa izpolnitvenega ravnanja drugega subjekta ni upravičen zahtevati, o pravem pravnem razmerju ne more biti govora. Če torej podjemnik ob postavljenem neposrednem zahtevku podizvajalca ni upravičen od naročnika zahtevati izpolnitve, potem po naravi stvari ne more biti nosilec terjatve do naročnika in torej terjatve do naročnika nima več. Ker pa se z neposrednim zahtevkom podizvajalca vzpostavi terjatev podizvajalca do naročnika, sledi iz tega logičen sklep, da podizvajalčeva terjatev stopi na mesto podjemnikove. Ker se terjatev nanaša na plačilo za isto delo, pa se sam po sebi ponudi nadaljnji sklep, da gre pri terjatvi podizvajalca, ki jo ta uveljavlja z neposrednim zahtevkom, za isto terjatev, se razlikujeta samo glede nosilca. Kadar se srečamo s pravnim položajem, pri katerem ista terjatev preide z enega nosilca na drugega, pa to v celoti ustreza pravnemu položaju cesije. Ker je nastop cesije v konkretnem primeru odvisen od izpolnitve z zakonom opredeljenih pogojev, je to oblika zakonite cesije.

Iz opisa instituta neposrednih plačil podizvajalcem izhaja, da gre pri njem za dve pooblastitvi, in sicer za pooblastilo izbranega ponudnika (glavnega izvajalca) naročniku, da neposredno plačuje podizvajalcem, poleg tega pa tudi soglasje podizvajalca, dano naročniku, na podlagi katerega naročnik namesto

³¹ Obligacijsko razmerje kot oblika pravnega razmerja med dvema subjektoma, v katerem je eden izmed udeleženi subjektov (dolžnik) zavezan opraviti določeno izpolnitveno ravnanje drugemu subjektu (upniku).

ponudnika poravna podizvajalčevo terjatev do ponudnika. Besedilo instituta v celoti ustreza pojmu nakazila (asignacije), ki ga ureja 1035. člen OZ. Tudi pri asignaciji gre namreč za dve pooblastitvi, saj z njo ena oseba, nakazovalec (asignant), pooblasti drugo osebo, nakazanca (asignata), da na njen račun izpolni nekaj določeni tretji osebi, prejemniku nakazila (asignatarju), tega pa pooblašča, da v svojem imenu sprejme to izpolnitev. Če asignacijsko razmerje prevedemo v podizvajalsko razmerje, bi imel naročnik položaj asignata, glavni izvajalec (izbrani ponudnik) položaj asignanta, podizvajalec pa položaj asignatarja.

Kljub temu da pravni institut neposrednega plačila podizvajalcem ustreza pravnemu razmerju asignacije, pa je pomembno poudariti, da v obravnavanem asignacijskem razmerju praviloma ne pride do izjave sprejema nakazila s strani asignata (naročnika) oziroma da do tega praviloma pride kvečjemu konkludentno s plačilom. Nobeno pravilo ZJN-2 ali ZJNVETPS namreč ne določa, da bi moral naročnik kakorkoli izjaviti, da nakazilo (asignacijo) sprejema, kar pomeni, da podizvajalec na podlagi same asignacije ne pridobi pravice neposredno zahtevati izpolnitev od naročnika. Sprejem nakazila je sicer lahko opravljen, po drugi strani pa naročnik k temu z ničimer ni zavezan oziroma je kvečjemu zavezan k dejanskemu sprejemu asignacije v obliki plačila na njeni podlagi.

Del pravne teorije je zavzel stališče, da zaradi odsotnosti sprejema asignacije s strani naročnika kot asignata asignacijsko razmerje ne nastane,³² ker pa ni povsem natančno. Za vzpostavitev asignacije akcept (sprejem) asignacije s strani asignata namreč ni potreben, res pa je, da šele s sprejemom nakazila (asignacije) prejemnik nakazila (asignatar, podizvajalec) pridobi abstraktno pravico zahtevati izpolnitev od asignata (naročnika). Nakazilo namreč z nakazančevim (asignatovim) sprejemom zgolj pridobi dodatno pravno kvaliteto, posledica katere je nastanek enostranskega obveznostnega pravnega posla, s čimer postane zaveza asignata abstraktna.³³ Stališče, da nakazilno razmerje nastane že z enostranskim asignantovim dejanjem brez privolitve druge stranke (asignata), ki pa je možna in daje dodatno kvaliteto, je zagovarjal tudi Cigoj.³⁴ V svojem komentarju ZOR pojasnjuje, da asignacija sama ne vsebuje nobene zaveze asignata, da asignacijo sprejme, kakor tudi ne zavezuje asignatarja, da se po asignaciji ravna.³⁵ Da nakazilo nastane tudi brez asignatovega sprejema nakazila, izhaja tudi iz več določb OZ, npr. iz določbe tretjega odstavka 1031.

³² V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 252–253.

³³ Renato Vrenčur, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, IV. knjiga), str. 1079.

³⁴ S. Cigoj, nav. delo (1986), str. 2625.

³⁵ Prav tam, str. 34.

člena OZ, po kateri ima uvedba stečaja nad premoženjem nakazovalca po samem zakonu za posledico preklic nakazila, razen če je nakazanec že sprejel nakazilo pred uvedbo stečaja in če ob sprejemu ni vedel in ni bil dolžan vedeti za stečaj. Če pri razmerju, nastalem na podlagi dveh pooblastitev asignanta, ne bi šlo za nakazilo, zakon ne bi določil, da uvedba stečaja nad asignantovim premoženjem povzroči prenehanje nakazila. Da gre tudi brez asignatovega sprejema nakazila za nakazilo, izhaja tudi iz določbe prvega odstavka 1045. člena OZ, po kateri nakazanec ni dolžan sprejeti nakazila, čeprav je nakazovalčev dolžnik. In končno, zaslediti je tudi stališče, da v primeru pravnega instituta neposrednih plačil podizvajalcem ne moremo govoriti o asignaciji tudi zato, ker ni izpolnjen pogoj dvojne pooblastitve iz 1035. člena OZ, saj naj bi ZJN-2 predvideval samo eno od dveh pooblastitev, tj. pooblastitev asignanta (glavnega izvajalca) asignatu (naročniku posla), da opravi izpolnitev asignatarju (podizvajalcu), druga pooblastitev (tj. pooblastitev asignanta asignatarju) pa naj bi manjkala, saj ZJN-2 predvideva le podizvajalčevo soglasje, na podlagi katerega naročnik namesto ponudnika poravna podizvajalčevo terjatev do ponudnika. Pri predložitvi tega soglasja naj torej ne bi imeli opraviti s pooblastitvijo asignata v smislu 1035. člena OZ.³⁶ Soglasja, ki ga poda podizvajalec (asignatar), ni mogoče obravnavati izolirano, ampak je treba upoštevati tudi dejstvo, da omenjeno soglasje naročniku predloži ponudnik (glavni izvajalec) tako, da ga priloži svoji ponudbi. S predložitvijo ponudbe, ki ji je priloženo soglasje podizvajalca, ponudnik izjavi voljo, da naročnik neposredno poplačuje terjatve podizvajalca, podizvajalec pa jo s soglasjem sprejema, kar po vsebini ustreza pooblastitvi asignatarja v smislu 1035. člena OZ.

Zaključimo torej lahko, da ima pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem pravno naravo asignacije,³⁷ pri tem pa akcept asignacije s strani asignata ni predviden oziroma ni obvezen, če se ta zgodi, pa razmerje med asignatom in asignatarjem postane neodvisno oziroma abstraktno glede na temeljno razmerje med asignantom in asignatarjem, kar pomeni, da asignat (naročnik) v tem primeru iz tega razmerja ne more uveljavljati nobenih ugovorov.

Pomen razlikovanja med institutoma je v tem, da institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev zaradi narave zakonite cesije podizvajalcem omogoča višjo raven pravne varnosti, zlasti če je nad glavnim izvajalcem začel stečajni postopek, saj ob njegovi uveljavitvi (če do nje pride pred začetkom stečaja nad glavnim izvajalcem) terjatev glavnega izvajalca do naročnika preide v premoženje podizvajalca in se ta iz te terjatve lahko poplača. Ker je pravna posledica

³⁶ Nina Plavšak, v: M. Juhart, N. Plavšak, nav. delo (2004, IV. knjiga), str. 115.

³⁷ Tako tudi sodna praksa – prim. sodbo Višjega sodišča v Mariboru opr. št. I Cpg 331/2012 z dne 8. novembra 2012.

(uvedbe) stečajnega postopka nad glavnim izvajalcem (asignantom) med drugim tudi prenehanje asignacijskega razmerja (tretji odstavek 1046. člena OZ), če ni prišlo do asignatovega akcepta (kar je pri neposrednih plačilih podizvajalcem običajno), pa ta institut podizvajalcem v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem ne zagotavlja pravne varnosti. Če se instituta izključujeta, je pravna posledica, da podizvajalci v okviru prava javnih naročil v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem dejansko ostanejo brez zaščite. Razlika med institutoma torej ni le teoretična, ampak ima tudi povsem praktične posledice.

4. RAZMERJE MED PRAVNIMA INSTITUTOMA NEPOSREDNIH ZAHTEVKOV PODIZVAJALCEV IN NEPOSREDNIH PLAČIL PODIZVAJALCEM

Kot izhaja iz zgornjega prikaza, sta pravna instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev in neposrednih plačil podizvajalcem dva različna pravna instituta z različno pravno naravo. V zvezi z njima se kot pomembno nakazuje vprašanje njunega medsebojnega razmerja, zlasti ali se izključujeta ali pa dopolnjujeta. Ključnega pomena za razlago razmerja med njima je razlagalni argument vrste *argumentum a cohaerentia*, tj. *argument specialnosti*, ki izhaja iz izhodišča, da je treba enako obravnavati subjekte, ki spadajo v isto kategorijo.³⁸ V okviru omenjenega razlagalnega argumenta je pomembno opozoriti zlasti na derogacijsko klavzulo, ki določa, da mlajši specialnejši zakon razveljavlja starejšega splošnega (*Lex specialis posterior derogat legi generali priori*).³⁹ V primeru obravnavanih institutov in zakonov, ki ju urejajo, se zastavlja vprašanje, ali sta OZ in ZJN-2⁴⁰ v razmerju splošnega in posebnega zakona oziroma ali sta v podobnem pravnem razmerju splošnega in posebnega zakona tudi pravna instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev in neposrednih plačil podizvajalcem. Pri opredelitvi omenjenega razmerja je ključno vprašanje, kateri je splošni (generalni), kateri pa posebni (specialni) zakon. Prof. Pavčnik⁴¹ s splošnim zakonom razume tista tipska pravna pravila, ki se nanašajo na širši krog pravnih subjektov in (ali) širši krog vedenj in ravnanj, medtem ko posebni zakon meri na pravne subjekte in (ali) tipe vedenj in ravnanj, ki so ožji v primerjavi s širšo skupino subjektov in (ali) širšim tipom vedenj in ravnanj. Ključno je ugotoviti, katero pravno določilo je širše oziroma ožje, in glede na to uporabiti ustrezno derogacijsko klavzulo.

³⁸ M. Pavčnik, nav. delo (2004), str. 114–115.

³⁹ Prav tam, str. 116.

⁴⁰ Enaki zaključki veljajo tudi za pravna razmerja, ki jih ureja ZJNVETPS.

⁴¹ M. Pavčnik, nav. delo (2004), str. 116–117.

Na vprašanje, kateri zakon je splošni (generalni) in kateri posebni (specialni), je mogoče odgovoriti ob upoštevanju dveh osnovnih kriterijev, subjektivnega (v smislu pravnih naslovljencev) in objektivnega (glede vedenj in ravnanj, ki jih določeni zakon oziroma določeno pravno pravilo ureja). Ob uporabi obeh kriterijev v primeru obeh institutov težko pridemo do jasnih zaključkov oziroma je glede tega več možnih interpretacij. Če obravnavamo zakona kot celoti, je odgovor na vprašanje, kateri zakon je glede vprašanj, ki jih ureja, splošen (generalen), kateri pa poseben (specialen), relativno jasen. Na področju, ki ga ureja ZJN-2 (pravni posli javnih naročnikov, pri čemer je zlasti v sklenitveni fazi treba upoštevati posebna postopkovna pravila), ima omenjeni zakon glede na OZ, ki se uporablja za vse oblike obligacijskih razmerij, položaj posebnega (specialnega) zakona, OZ pa položaj splošnega zakona. Do podobnega zaključka pridemo tudi, če omenjena zakona primerjamo po subjektivnem kriteriju. Če je OZ splošni zakon, ki velja za kar najširši krog pravnih naslovljencev, pa je ZJN-2 posebni (specialni) zakon, saj je krog njegovih pravnih naslovljencev bistveno ožji in velja za v zakonu točno določene subjekte (4. člen ZJN-2).

Tudi po objektivnem kriteriju (glede pravnih razmerij, ki jih urejata) lahko pridemo do zaključka, da je ZJN-2 glede razmerij, ki jih ureja, poseben (specialen) zakon glede na splošnega (generalnega) – OZ. Sklop pravnih razmerij, ki jih ureja ZJN-2, spada predvsem v sklenitveno fazo sklepanja pravnih poslov, torej fazo, pri kateri se lahko najbolj uveljavi poglobitni namen pravil o javnem naročanju, tj. zagotoviti konkurenco pri poslovanju z javnim sektorjem oziroma naročniki ter zagotoviti gospodarno rabo javnih sredstev.⁴²

Če bi bil ZJN-2 koherenten in sistematičen zakon, bi morali biti vsi v njem vsebovani instituti v skladu s cilji pravil javnega naročanja, predvsem pa v skladu z načeli, ki jih zakon navaja. Pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem v kategorijo teh pravnih institutov zanesljivo ne spada, saj ne izkazuje namena zaščite konkurence ali gospodarne rabe javnih sredstev, ampak gre (takšen je bil vsaj namen njegove uzakonitve v ZJN-2, ki izhaja iz gradiva predloga novele) za institut, namenjen zagotavljanju finančne (plačilne) discipline.⁴³ Pri obravnavanem pravnem institutu bi kot namen lahko označili tudi namen za-

⁴² V. Kranjc, nav. delo (2007), str. 27–28.

⁴³ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju (Prva obravnava, EVA 2009-1611-0142), št. 00712-67/2009/13, z dne 19. novembra 2009, v: Poročevalec Državnega zbora RS, letnik XXXV, št. 151/2009, z dne 24. novembra 2009 <<http://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/ca20e005be98906c2a7abf3ed5cd36c0a66e242869269194510819691382f8c8>> (19. 7. 2014); Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštinih storitev (Prva obravnava, EVA 2009-1611-0143), št. 00712-68/2009/9, z dne 19. novembra 2009 v: Poročevalec Državnega zbora RS, letnik XXXV, št. 151/2009, z dne 24. novembra 2009 <<http://imss.dz-rs.si/IMiS/>

ščite naročnika, saj je naročniku brez dvoma v interesu, da je soočen z jasnimi pravili, komu in pod katerimi pogoji naj opravi svojo izpolnitev.

Zaradi opisanih specifičnih lastnosti instituta, ki v sistem pravil o oddaji javnih naročil sistemsko ne spada, pri razlagi razmerja omenjenega instituta do instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev nastopi težava oziroma se pojavlja težnja po njegovi interpretaciji v nasprotju z namenom, zaradi katerega naj bi bil institut uzakonjen. Če bi institut neposrednih plačil podizvajalcem (zlasti glede razmerja do instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev) interpretirali z uporabo sistemske razlage, torej tako, da bi ga obravnavali kot institut prava javnih naročil, kamor ga je zakonodajalec uvrstil, potem bi pomenil *lex specialis* oziroma poseben zakon v razmerju do splošnega instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev iz 631. člena OZ. Sistemska razlaga torej napotuje na sklep, da institut neposrednih plačil podizvajalcem izključuje institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev, kar bi se kot pomembno pokazalo zlasti v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem, kjer institut neposrednih plačil podizvajalcem zaradi drugačne pravne narave podizvajalcem zagotavlja bistveno nižjo kakovost zaščite kot institut neposrednih zahtevkov. Uveljavljeni neposredni zahtevek podizvajalca bi se namreč štel za neposredni zahtevek v okviru pravnega instituta neposrednih plačil podizvajalcem v okviru asignacije na dolg, zaradi tega pa ne bi moglo priti do učinka zakonite cesije, do katere bi prišlo, če bi bil zahtevek uveljavljen na podlagi 631. člena OZ. Po drugi strani nas namenska razlaga napotuje na sklep, da se pravna instituta ne bi smela izključevati, saj imata podoben namen – poplačilo podizvajalcev v primeru, da jih glavni izvajalec ne poplača. Drugi razlagalni argumenti, ki so uveljavljeni v pravni teoriji,⁴⁴ nam jasnega odgovora na vprašanje razmerja med institutoma ne dajejo. In končno, ni odveč opozoriti na izkušnje iz nekaterih primerjalnih pravnih sistemov, npr. Francije, ki poznajo oba instituta in se ta po posebni zakonski določbi izključujeta (11. člen Zakona (št. 75-1334, z dne 31. decembra 1975) o podizvajalskih razmerjih).⁴⁵

Če obravnavana instituta izločimo iz sistemskega okvira, v katerega spadata, in ju primerjamo z vidika pravnih naslovljencev, v korist katerih naj bi bila uzakonjena, pa bi lahko prišli do zaključka, da je pravni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev specialnejši, saj med pravne naslovljence (podizvajalce) v okviru pravnega instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev spadajo zgolj podjemniki, med pravne naslovljence neposrednih plačil podizvajalcev

ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/ca20e005eb575e0d293b3d-d7a25d8c2fd8bf36a2f3cda42a10d4ee1afcd5f577> (19. 7. 2014).

⁴⁴ M. Pavčnik, nav. delo (2004), str. 56–82.

⁴⁵ Loi n° 75-1334 du 31 decembre 1975, Relative à sous-traitance (JORF du 3 janvier 1976, str. 148).

pa poleg podjemnikov tudi dobavitelji blaga. Ob takšnem izhodišču bi institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev (kadar so zanj podani pogoji) izključil možnost uveljavljanja zahtevka za neposredno plačilo v okviru instituta neposrednih plačil podizvajalcem. Takšna interpretacija bi podizvajalcem ponudila višjo raven zaščite v primeru stečaja nad glavnim izvajalcem, saj pride z uveljavitvijo neposrednega zahtevka podizvajalca do pravnega učinka zakonite cesije, torej terjatev glavnega izvajalca do naročnika z uveljavitvijo neposrednega zahtevka preide v premoženje podizvajalca, in če pred plačilom podizvajalcu pride do stečaja nad glavnim izvajalcem, ta na tako pridobljeno terjatev ne vpliva in se podizvajalec iz tako pridobljene terjatve lahko poplača. Kljub vsemu pa je ob predstavljenem razumevanju specialnosti in generalnosti predpisov treba omeniti pomislek, da je zaradi nejasne določitve podizvajalčeve pravice, da uveljavi neposreden zahtevek tudi v okviru instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev, nekoliko nezanesljiv zaključek, kdo je pravzaprav pravni naslovljenec omenjenega pravnega instituta. Ker je težišče omenjenega instituta pri naročniku posla in pri njegovem neposrednem poplačevanju podizvajalcev (pri čemer tudi obveznost neposrednih plačil ni nedvoumno določena), je možni naslovljenec tega instituta naročnik. Ker je krog naročnikov v okviru sistema javnih naročil bistveno ožji, kot je krog možnih naročnikov v okviru podjemne pogodbe po splošnih pravilih obligacijskega prava, zlahka pridemo tudi do povsem nasprotnega zaključka, da je namreč pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem glede na institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev poseben.

Ob vsem navedenem ne kaže prezreti, da je institut neposrednih plačil podizvajalcem nedodelan, saj obveznost plačila podizvajalcem ni natančno določena, poleg tega pa šele prek (ene od možnih) interpretacij lahko pridemo do zaključka, da imajo podizvajalci tudi v okviru instituta neposrednih plačil možnost uveljavljati neposredne zahtevke. Pri takšni relativni nedodelanosti instituta, njegovi neustrezni umeščenosti v sistem prava javnih naročil in ob popolni odsotnosti pravil, ki bi institut razmejevala od instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev, je edini in najbolj zanesljiv zaključek, ki ga je glede tega razmerja mogoče zapisati, da pozitivna ureditev prav gotovo ne prispeva k pravni varnosti in da je precej dvoumna. Kljub predstavljenima alternativnima interpretacijama glede razmerja splošnosti in posebnosti institutov pa se ob trenutni normativni podlagi nekoliko bolj verjetna zdi razlaga, da je institut neposrednih plačil podizvajalcem glede na institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev specialen in njegovo uporabo izključuje.⁴⁶ Takšno razlago podpira več argumentov, ki so bili predstavljeni, medtem ko k nasprotnemu

⁴⁶ Drugače V. Kranjc, nav. delo (2012), str. 255, in tudi posamezna stališča v sodni praksi – prim. sklep Višjega sodišča v Celju opr. št. Cpg 232/2013 z dne 9. oktobra 2013.

razumevanju napotuje le namenska razlaga, pri čemer pa je tudi ta zrelativizirana z namenom, ki ga iz instituta ni mogoče natančno razbrati. Če bi zakonodajalec želel doseči drugačen rezultat, bi moral pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem določiti v posebnem pravnem aktu zunaj sistema pravil javnih naročil, nadalje bi moral jasneje opredeliti namen, ki ga institut neposrednih plačil podizvajalcem sploh ima, in končno, sprejeti bi moral pravilo, ki bi uredilo pravno razmerje med institutom, da bi bilo na njegovi podlagi mogoče določeni institut pravilno uporabljati. Le takšen pristop bi zadostno prispeval k pravni varnosti, ki bi morala biti zakonodajalcu temeljno vodilo pri normativni aktivnosti.

5. SKLEP

Zakonodajalec je v želji po ureditvi podizvajalskih razmerij na področju javnih naročil ter v prizadevanju za zagotovitev plačilne discipline ravnal precej nepremišljeno in brez upoštevanja dejstva, da je pravni red že pred tem urejal pravni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev, vpeljal institut neposrednih plačil podizvajalcem. Pri tem pa je institut nomotehnično slabo izdelal in popolnoma prezrl daljnosežnost posledic, ki iz urejanja takšnega instituta izhajajo. Ker hkrati ni ustrezno uredil razmerij z že urejenim institutom neposrednih zahtevkov podizvajalcev, je odprl široko polje različnih, alternativnih interpretacij, ki ustvarjajo pravno negotovost. S tem se mu je cilj, ki naj bi ga dosegel z ureditvijo instituta neposrednih plačil podizvajalcem, izjalovil, po drugi strani pa se je ob tem v veliki meri zrelativiziral tudi v izhodišču povsem korektno urejeni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev.

Vzporedno z institutom neposrednih zahtevkov podizvajalcev je zakonodajalec v okviru sistema prava javnih naročil torej uredil pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem, ki je rezultat večletnih bolj ali manj uspešnih zakonodajalčevih poskusov, da bi ustrezno uredil položaj podizvajalcev (vsaj) v okviru sistema javnih naročil. Institut je (milo rečeno) neposrečeno urejen na način, ki postavlja več vprašanj, kot daje odgovorov. Izhodiščna težava je dejstvo, da je bil institut v sistem prava javnih naročil umeščen povsem nedomišljeno in ne oziraje se na pravne posledice, ki jih takšna uzakonitev prinaša. Institut je urejen v ZJN-2 in ZJNVETPS, kamor že sistemsko ne spada, saj omenjena zakona urejata postopek oddaje javnih naročil v sklenitveni fazi, medtem ko pravni institut neposrednih plačil podizvajalcem spada v fazo izpolnjevanja pogodbenih obveznosti po oddaji javnega naročila in bi ga že zato moral vsebovati poseben zakon. Če je zakonodajalec že ocenil, da bi institut spadal v sistem prava javnih naročil, bi mu bilo treba nameniti vsaj poseben člen v zakonu, če ne že kar posebnega poglavja, tako pa je uvrščen med določ-

be zakona, ki urejajo pripravo razpisne dokumentacije in osnutka pogodbe o oddaji javnega naročila. Zakonodajalec je pri ureditvi instituta očitno izhajal iz pomanjkljivega dojetja obsega problema, ki ga je z institutom želel urediti (razrešiti problem neplačil podizvajalcev), v sklopu česar bi bil moral izhajati iz pravnih možnosti podizvajalcev, ki jim jih daje pozitivnopravna ureditev zlasti v okviru instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev v 631. členu OZ. Zakonodajalec bi torej moral najprej opraviti analizo obstoječega stanja in oceniti, ali je potrebna dopolnitev, in ko bi bila pravilna ocena postavljena ter bi padla odločitev o tem, da je potrebna posebna ureditev v sklopu javnega naročanja, bi moral biti prvi korak ustrezna razmejitev obeh pravnih režimov. V tem okviru bi bilo treba nedvoumno določiti, ali se obstoječa instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev izključujeta (kakor je to denimo določil francoski zakonodajalec) ali pa se dopolnjujeta in je v tem primeru treba urediti, kako in kdaj ju je mogoče uporabljati. Namesto tega je zakonodajalec poleg že urejenega pravnega instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev uredil še en institut – institut neposrednih plačil podizvajalcev, ki se v pomembnih značilnostih razlikuje od instituta neposrednih zahtevkov podizvajalcev, vprašanje njunih medsebojnih razmerij pa je ostalo neurejeno. Na podlagi takšne ureditve sta možna dva enakovredna sklepa: da je mogoče instituta uporabljati hkrati (da se torej ne izključujeta), kar je mogoče opaziti v sodni praksi, k temu pa se nagiba tudi del pravne teorije, ali da se instituta izključujeta (takšno stališče zavzema tudi ta prispevek).

Opozoriti je treba, da vprašanje, kateri ob obeh sklepih je pravilen, sploh ni osrednji problem, ampak je bistveno, da se takšno vprašanje v urejenem pravnem sistemu sploh ne bi smelo zastaviti. Cilj tega prispevka ni, da bi našel absoluten odgovor za pravno negotovost, ki jo je ustvaril zakonodajalec, ampak da opozori na probleme in prispeva k odpravi negotovosti, ki v pravnih razmerjih obstajajo. Na tem mestu je edina pravno korektna rešitev nastalega problema sprejem posebnega zakona, ki bi natančneje uredil tako institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev kakor tudi institut neposrednih plačil podizvajalcev, natančno določil razmerja med institutoma in natančno uredil tudi pogoje za njuno uveljavitev. Šele na podlagi takšne jasne razmejitve med institutoma bo praksa, ki se vzpostavlja v zadnjih letih in se srečuje s hudimi ovirami, ki ji jih je postavil zakonodajalec, lahko uveljavila rešitve, ki bodo čim bolj težile k cilju, ki bi moral biti v podstati vsakega zakona, tj. pravni varnosti.

Literatura

- Jean Pierre Babando: *La sous-traitance dans la construction (Marchés publics, marchés privés)*. LexisNexis, Pariz 2005.
- Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Savremena administracija, Beograd 1980.
- Ivan Bukljaš, Boris Vizner: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima: opći i posebni dio obligacija*. Progres, Zagreb 1979.
- Stojan Cigoj: *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijh dr. Stojana Cigoja (III. knjiga)*. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1985.
- Stojan Cigoj: *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijh dr. Stojana Cigoja (IV. knjiga)*. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1986.
- Stojan Cigoj: *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1981.
- Miha Juhart (ur.) in Nina Plavšak (ur.): *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem (3. knjiga)*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Miha Juhart (ur.) in Nina Plavšak (ur.): *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem (4. knjiga)*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Vesna Kranjc: Ali ZJN-2 določa obvezna neposredna plačila podizvajalcem, v: *Podjetje in delo*, 38 (2012) 2, str. 239–258.
- Vesna Kranjc: *Neposredna zahteva podizvajalcev do naročnika pri razmerjih, ki izhajajo iz javnih naročil*, v: *Pravosodni bilten*, 35 (2014) 1, str. 95–118.
- Vesna Kranjc: *Zakon o javnem naročanju (ZJN-2), Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštne storitve (ZJNVETPS) (uvodna pojasnila)*. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Marijan Pavčnik: *Argumentacija v pravu*, 2. izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2004.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava – prispevek k razumevanju prava*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
- Lojze Ude (ur.) in Aleš Galič (ur.): *Pravdni postopek – zakon s komentarjem (2. knjiga)*. GV Založba, Ljubljana 2010.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.454.3:351.712(497.4)

HRASTNIK, Blaž: Razmerje med neposrednimi zahtevki podizvajalcev in neposrednimi plačili podizvajalcem**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 11-12**

Prispevek obravnava pravni institut neposrednih zahtevkov podizvajalcev kot obligacijskopравни institut in institut neposrednih plačil podizvajalcem kot pravni institut prava javnih naročil zlasti z vidika njunih medsebojnih razmerij. Uvodoma opredeljuje oba instituta in njuno pravno naravo (neposrednih zahtevkov podizvajalcev kot obliko zakonite cesije in neposrednih plačil podizvajalcem kot obliko asignacijskega razmerja), v osrednjem delu pa kritično obravnava njuno medsebojno razmerje, kot izhaja iz pozitivne ureditve v slovenskem pravnem redu. Prispevek opozarja, da je vprašanje ureditve njunih medsebojnih razmerij, čeprav pomembno, povsem neurejeno, kar povzroča veliko negotovosti v pravnih razmerjih. Posebej je poudarjeno, da je razmerje med institutoma mogoče interpretirati bodisi kot razmerje institutov, ki se dopolnjujeta, ali kot razmerje institutov, ki se izključujeta. V prispevku je zavzeto stališče, da so neposredna plačila podizvajalcem glede na neposredne zahtevke podizvajalcev specialni institut, in njegovo uporabo izključuje, pri čemer pa je poudarjeno, da trenutna ureditev dopušča tudi drugačno razlago, kar kaže, da ureditev ne zagotavlja pravne varnosti, kar bi moral biti njen cilj.

Original Scientific Article

UDC: 347.454.3:351.712(497.4)

HRASTNIK, Blaž: The Relationship between Direct Subcontractor Claims and Direct Payments to Subcontractors**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12**

The article includes legal analysis of the relationship between the direct subcontractor claims as a rule of the law of obligations and direct payments to subcontractors as a part of public procurement rules. The article primarily defines both sets of rules and defines their legal nature (direct subcontractor claims as a *cessio legis* and direct payments to subcontractors as a part of assignment of receivables). In the main part of the article, the author critically examines the legal relationship based upon the regulation in the Slovenian law. He emphasises that the relationship, although important, is completely unregulated and that causes significant uncertainty in legal relationships. It is in particular stressed that both sets of rules can be regarded either as complementary or as exclusive. Following that, the author regards direct payments to subcontractors as *lex specialis* in respect to the direct subcontractor claims and therefore excludes its use; provided that the current Slovenian legislation may also support the opposite interpretation and that reveals that the current regulation does not deliver the necessary legal certainty.