



REPUBLIKA SLOVENIJA

ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Železna cesta 16, 1000 Ljubljana



Zadeva: 0700-50/2023/15

Datum: 19. 11. 2024

Zagovornik načela enakosti (Zagovornik) na podlagi 21. člena v povezavi s 37. členom Zakona o varstvu pred diskriminacijo¹ (ZVarD) ter prvega odstavka 207. člena Zakona o splošnem upravnem postopku² (ZUP) v postopku, začetem na predlog predlagateljic XX, YY in WW, ki jih po pooblastilu zastopa vodja pravne pomoči pri konkretnem sindikatu, v zadevi ugotavljanja diskriminacije po ZVarD zoper konkretni zdravstveni inštitut, ki ga zastopa generalni direktor, izdaja naslednjo

ODLOČBO

1. Ugotovi se, da je zdravstveni inštitut, s tem, ko ni pravočasno izvedel postopka ocenjevanja v skladu s 4. členom Uredbe o napredovanju javnih uslužbencev v plačne razrede³ (Uredba), in sicer za javne uslužbenke

- XX za leto 2016 in 2017,
- YY za leto 2016 in 2017,
- WW za leto 2016, 2017 in 2018;

kršil prepoved posredne diskriminacije iz 4. člena v povezavi z drugim odstavkom 6. člena ZVarD.

2. Stroški v tem postopku niso nastali.

OBRAZLOŽITEV:

Zagovornik je dne 28. 7. 2023 prejel predlog za obravnavo diskriminacije, ki so ga vložile javne uslužbenke na zdravstvenem inštitutu (ZI) - XX, YY in WW, ki jih po pooblastilu zastopa vodja pravne pomoči pri sindikatu (predlagateljice), ker v letih, ko so bile odsotne oziroma delno odsotne zaradi starševskega varstva, ZI zanje ni izvedel postopka ocenjevanja delovne uspešnosti v skladu s 4. členom Uredbe, s čimer naj bi bila posledično kršena njihova pravica do napredovanja v plačne razrede. Predlagateljice so v predlogu zatrjevale, da jih je ZI s tem, ko jih v letu izrabe dopusta zaradi starševskega varstva ni ocenil, posredno diskriminiral zaradi osebne okoliščine nosečnosti oz. starševstva.

¹ Uradni list RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg.

² Uradni list RS, št. 24/06 – uradno prečiščeno besedilo, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13, 175/20 – ZIUOPDVE in 3/22 – ZDeb.

³ Uradni list RS, št. 51/08, 91/08, 113/09, 22/19, 43/21, 121/21.

Zagovornika so seznanile tudi s stališčem ZI, da njihova ocenitev za nazaj ni mogoča, saj niso pravočasno uveljavljale varstva po 17.a členu Zakona o sistemu plač v javnem sektorju⁴ (ZSPJS). Skupaj s predlogom so predlagateljice posredovale tudi dopis Ministrstva za notranje zadeve, Direktorata za javni sektor številka 100-1057/2013 z dne 19. 3. 2014, iz katerega je razvidno mnenje MNZ, da sme predstojnik javne uslužbenice oceniti za pretekla ocenjevalna obdobja, če razpolaga z verodostojnimi kazalniki za določitev ocene na način iz četrtega odstavka 4. člena Uredbe tudi v primerih, ko javni uslužbenci izgubijo pravice iz 17.a člena ZSPJS, ker v rokih ne zahtevajo, da se jih oceni; ali ko javni uslužbenci ne zahtevajo sodnega varstva; oziroma tudi, če nezakonitosti in nepravilnosti pri izvajanju predpisov ne ugotovi inšpektor. Predlagateljice so se sklicevale na sodno prakso, in sicer na sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani (VDSS) Pdp 596/2019 z dne 21. 11. 2019, ki so jo tudi priložile.

V predlogu so predlagateljice navedle naslednje podrobnosti v zvezi s prisotnostjo na delu:

XX

- ni bila ocenjena v letu 2016, ko je bila na porodniškem dopustu od 27. 5. 2016 do 31. 12. 2016, poleg tega pa je bila odsotna tudi zaradi letnega dopusta in bolniškega staleža. Delo je v letu 2016 dejansko opravljala 8 dni;
- ni bila ocenjena v letu 2017, ko je bila do dne 23. 6. 2017 na porodniškem dopustu, nato pa je bila do dne 7. 9. 2017 na dopustu. Delo je v letu 2017 dejansko opravljala od 8. 9. do 31. 12. 2017.

YY

- ni bila ocenjena v letu 2016, ko je bila na porodniškem dopustu od sredine meseca julija do 31. 12. 2016, poleg tega pa je bila odsotna tudi zaradi letnega dopusta in bolniškega staleža. Delo je v letu 2016 dejansko opravljala 84 delovnih dni;
- ni bila ocenjena v letu 2017, ko je bila na porodniškem dopustu do meseca avgusta, poleg tega pa je bila odsotna tudi zaradi letnega dopusta in bolniškega staleža. Delo je v letu 2017 dejansko opravljala 51 delovnih dni.

WW

- ni bila ocenjena v letu 2016, ko je bila na porodniškem dopustu od meseca maja do 31. 12. 2016, poleg tega pa je bila odsotna tudi zaradi letnega dopusta in bolniškega staleža. Delo je v letu 2016 dejansko opravljala 52 delovnih dni;
- ni bila ocenjena v letu 2017, ko je bila na porodniškem dopustu do meseca julija, poleg tega pa je bila odsotna tudi zaradi letnega dopusta in bolniškega staleža. Delo je v letu 2017 dejansko opravljala 7 delovnih dni;
- ni bila ocenjena v letu 2018, ko je bila na porodniškem dopustu od meseca junija do 31. 12. 2018, poleg tega pa je bila odsotna tudi zaradi letnega dopusta in bolniškega staleža. Delo je v letu 2018 dejansko opravljala 12 delovnih dni.

Zagovornik je najprej presojal, ali so podani pogoji za izvedbo postopka ugotavljanja diskriminacije. Ugotovil je, da so predlagateljice vložile predlog za obravnavo diskriminacije po 5. poglavju ZVarD, v katerem se smiselno uporabljajo določbe ZUP. V postopkih

⁴ Uradni list RS, št. 108/09 - uradno prečiščeno besedilo, 107/09 - odl. US, 98/09 - ZIUZGK, 13/10, 59/10, 85/10, 94/10 - ZIU, 107/10, 35/11 - ORZSPJS49a, 110/11 - ZDIU12, 27/12 - odl. US, 40/12 - ZUJF, 104/12 - ZIPRS1314, 46/13, 46/13 - ZIPRS1314-A, 101/13 - ZIPRS1415, 50/14, 25/14 - ZFU, 95/14 - ZUPPJS15, 82/15, 90/15 - ZUPPJS16, 88/16 - ZUPPJS17, 23/17 - ZDOdv, 67/17, 84/18, 75/19 - ZUPPJS2021, 49/20 - ZIUZEOP, 61/20 - ZIUZEOP-A, 152/20 - ZZUOOP, 175/20 - ZIUOPDVE, 15/21 - ZDUOP, 112/21 - ZNUPZ, 206/21 - ZDUPŠOP, 204/21, 17/22 - skl. US, 52/22 - odl. US, 139/22, 72/23 - odl. US;

ugotavljanja diskriminacije, ki jih vodi po 33. ali 34. členu ZVarD (oz. 5. poglavju), ima Zagovornik pristojnost izdajanja odločb, s katerimi ugotovi obstoj diskriminacije ali pa tega ne ugotovi oziroma predlog zavrne.

Zagovornik je po preučitvi predloga ocenil, da so predlagateljice z njim izpolnile trditveno breme ter izkazale, da bi v zadevi lahko šlo za diskriminacijo. Skladno s 40. členom ZVarD se v primeru, kadar diskriminirana oseba izkaže dejstva, ki upravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, dokazno breme prevale na domnevnega kršitelja, ki ima možnost dokazati nasprotno. Tako je v primeru izkazanega suma diskriminacije na domnevnem kršitelju, da dokazuje morebitno upravičenost svojih praks. Glede na navedeno je v obravnavani zadevi dokazno breme prešlo na ZI. Smiselno enako določa tudi šesti odstavek 6. člena Zakona o delovnih razmerjih⁵ (ZDR-1).

Skladno s 37. členom ZVarD je Zagovornik ZI kot domnevnemu kršitelju dne 9. 8. 2023 posredoval v seznanitev predlog za obravnavo diskriminacije z vsemi prilogami in ga pozval, da se do navedb predlagateljic opredeli. Zagovornik je ZI posebej opozoril na pravilo obrnjenega dokaznega bremena (40. člen ZVarD) ter na negativne posledice, če se v predmetnem postopku ne bo odzval s posredovanjem trditev in dokazov, ki bi ga razbremenile domneve diskriminacije.

*

ZI je v dopisu številka 982-0004/2023-2 z dne 22. 8. 2023 navedel, da je pri ocenjevanju ravnal v skladu z navodilom Ministrstva za javno upravo (MJU), in sicer z dopisom številka 1000-77/2011/2 z dne 3. 2. 2011, iz katerega izhaja, da »mora odgovorna oseba oz. nadrejeni javnega uslužbenca, v primerih določitve ocene zaposlenim, ki so v obdobju enega leta prisotni na delu zgolj nekaj dni ali nekaj tednov zaradi starševskega varstva, samostojno presoditi, ali glede na opravljene delovne naloge javnemu uslužbencu sploh lahko določi oceno ali ne, saj je prisotnost na delu osnovni predpogoj, da se rezultati ter delovne in strokovne kvalitete lahko ocenijo«. ZI je navedel, da položaja delavk, ki so fizično prisotne na delu in opravljajo delo, ter delavk, ki so odsotne, nista primerljiva, različna obravnava pa temelji na objektivnih dejstvih in navodilih MJU. Glede sodbe VDSS Pdp 596/2019 z dne 21. 11. 2019, na katero se sklicujejo predlagateljice, je ZI navedel, da je ta bila izdana v primeru delavke, ki se ni strinjala z (ne)oceno in se je poslužila pravnih sredstev, ki jih imajo na voljo vsi javni uslužbenci, ki niso zadovoljni z oceno, in sicer je pravočasno vložila zahtevo za preizkus ocene v skladu s 17. členom ZSPJS ter sprožila sodni spor po 200. členu ZDR-1. V zvezi z navedenim je ZI poudaril, da predlagateljice niso vložile zahteve za preskus ocene oz. niso zahtevale sodnega varstva, zato so njihove (ne)ocene postale dokončne in pravnomočne in ni več pravne podlage za ponovno oceno ali ugotavljanje, ali so bile ocenjene pravilno, potekli pa so tudi zastaralni roki za morebitne ostale sodne ali prekrškovne postopke. ZI je ocenil, da bi poseg v dokončne in pravnomočne ocene brez pravne podlage pomenil nezakonito oškodovanje javnih sredstev, saj bi spremembe ocen za zavod imele finančne posledice. ZI je nadalje navedel, da po prejemu sodbe VDSS Pdp 596/2019 z dne 21. 11. 2019 sledi spremenjeni sodni praksi in ocenjuje vse delavke, ki so zaradi starševskega

⁵ Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 - popr., 47/15 - ZZSDT, 33/16 - PZ-F, 52/16, 15/17 - odl. US, 22/19 - ZPosS, 81/19, 36/20 - ZIUPPP, 49/20 - ZIUZEOP, 61/20 - ZIUZEOP-A, 80/20 - ZIUOOPE, 98/20 - ZIUOPDV, 152/20 - ZZUOOP, 175/20 - ZIUOPDVE, 203/20 - ZIUPOPdVE, 195/20, 15/21 - ZDUOP, 28/21 - skl. US, 43/21, 112/21 - ZNUPZ, 119/21 - ZČmIS-A, 202/21 - odl. US, 206/21 - ZDUPŠOP, 15/22, 54/22 - ZUPŠ-1, 141/22 - ZNUNBZ, 88/23 - ZOPNN-F, 95/23 - ZIUOPZP, 114/23, 117/23 - ZIUOPZP-A, 136/23 - ZIUZDS.

varstva prisotne najmanj en dan v letu. ZI je podrejeno predlagal, da se v postopek pritegne tudi MJU, ki je izdalo navodilo številka 1000-77/2011/2 z dne 3. 2. 2011.

Dopisu je priložil dokumente, na katere se je skliceval, in sicer dopis MJU - odgovor na vprašanje glede ocenjevanja številka 1000-77/2011/2 z dne 3. 2. 2011; pojasnila MJU (številka 11, 12 in 13), kot so dostopna na spletni strani; sodbo VDSS Pdp 728/2010 z dne 18. 8. 2010; dopis ZI MJU številka 113-1/2020-1 z dne 27. 1. 2020 in odgovor MJU številka 0100-63/2020/2 z dne 12. 2. 2020; prvo stran dopisa ZI sindikatu številka 113-00001/2022-3 z dne 28. 3. 2023; ter sodbo VDSS X Pdp 781/2022 z dne 10. 1. 2023.

*

Odgovor ZI je Zagovornik v izjasnitev posredoval predlagateljicam, ki so z dopisom številka 05-93/2023 z dne 5. 9. 2023 nasprotovale vsem stališčem ZI, odgovoru pa so priložile tudi dopis MJU številka 1002-359/2022/2 z dne 6. 4. 2022 (odgovor v zvezi z ocenjevanjem v primeru odsotnosti zaradi porodniškega dopusta); ter prijavo kršitev inšpektoratu za javni sektor z dne 26. 5. 2022, ki jih je Zagovornik nato posredoval ZI.

Glede Pojasnila MJU so predlagateljice izpostavile, da je bilo mnenje MJU iz leta 2011, na katerega se delodajalec sklicuje, v kasnejših letih revidirano in dopolnjeno s stališči sodne prakse. Navedbo delodajalca, da je po prejemu sodbe VDSS Pdp 596/2019 z dne 21. 11. 2019 sledil sodni praksi in internim delodajalcem dal navodilo, da v bodoče ocenjujejo vse delavke, prisotne vsaj en dan, predlagateljice razumejo kot zavedanje in priznanje spornosti dotedanje prakse. Glede argumentov delodajalca, da predlagateljice niso pravočasno vložile zahteve za preizkus letne ocene po 17. členu ZPJS, zaradi česar jih ni več mogoče oceniti za pretekla ocenjevalna obdobja, predlagateljice odgovarjajo, da takšno stališče pomeni izvotlitev njihovega pravnega varstva iz naslova zakonske prepovedi diskriminacije, saj onemogoča odpravo posledic diskriminacije, ki se kaže v prikrajšanju delavk v pravici do napredovanja v plačne razrede in do višje plače iz tega naslova. Glede argumenta delodajalca, da se glede iste zadeve vodi postopek pri Inšpektoratu za javni sektor, predlagateljice navajajo, da je sindikat vložil prijavo kršitev zoper delodajalca v zvezi z neocenjevanjem javnih uslužbenk na porodniškem dopustu, vendar se navedena postopka zaradi različnih pristojnosti Inšpektorata za javni sektor ter Zagovornika medsebojno ne izključujeta.

*

Zagovornik je z dopisom št. 0700-50/2023/6 z dne 16. 11. 2023 ZI v seznanitev posredoval odziv predlagateljic z dne 5. 9. 2023 ter ga seznanil s svojimi ugotovitvami in mu omogočil, da se izjasni pred izdajo odločbe.

ZI je z dopisom 982-4/2023-4 z dne 29. 11. 2023 ponovno zavrnil očitke, da je v obravnavani zadevi ravnal diskriminatorno, ter predlagal, da se predmetni postopek ustavi. Podredno je ZI predlagal prekinitev postopka do odločitve v inšpekcijskem postopku št. 0611-97/2022, ki ga vodi Inšpektorat za javni sektor, oziroma, da se Zagovornik in omenjeni inšpektorat povežeta in se vodi en postopek. Navedel je, da je nezakonito, da Zagovornik vodi predmetni postopek, saj Zagovornik opravlja naloge inšpekcijskega nadzora, zato mora pri svojem postopanju upoštevati določbe 42. člena Zakona o prekrških⁶ (ZP-1). ZI je ponovil, da so ocene delavk dokončne in pravnomočne, saj se delavke niso poslužile pravnih sredstev, zato jih v skladu z

⁶ Uradni list RS, št. 29/11 - uradno prečiščeno besedilo, 21/13, 111/13, 74/14 - odl. US, 92/14 - odl. US, 32/16, 15/17 - odl. US, 27/17 - ZPro, 73/19 - odl. US, 175/20 - ZIUOPDVE, 195/20, 5/21 - odl. US, 15/21 - ZDUOP, 123/21 - ZPrCP-F, 206/21 - ZDUPŠOP, 38/24.

določbo 158. člena Ustave Republike Slovenije⁷ (Ustava) njihovih ocen ni mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti, razen v primerih in v postopku, določenih z zakonom, pri čemer ZSPJS v 17.a členu določa tak postopek, vendar pa se ga delavke niso poslužile. Poudaril je tudi, da je Zagovornik vezan na instituta pravnomočnosti in zastaranja ter da je nedopustno prejudiciranje, da so bile delavke prikrajšane pri napredovanju zaradi tega, ker niso bile ocenjene, saj ni rečeno, da bi delavke izpolnile pogoje za napredovanje oz. bi bile avtomatično ocenjene z oceno odlično.

Diskriminacijo opredeljuje 4. člen ZVarD, skladno s katerim pomeni diskriminacija vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničenje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti. Diskriminacija je prepovedana. Skladno s prvim odstavkom 5. člena ZVarD enako obravnavanje pomeni odsotnost neposredne in posredne diskriminacije zaradi katere koli osebne okoliščine osebe, kakor tudi odsotnost drugega ravnanja, ki v skladu s tem zakonom pomeni diskriminacijo.

6. člen ZVarD določa, da neposredna diskriminacija obstaja, če je oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno, kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb, posredna diskriminacija pa, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.

Diskriminacijo podobno kot ZVarD opredeljuje tudi ZDR-1 v 6. členu (prepoved diskriminacije in povračilnih ukrepov). Drugi odstavek navedenega člena med drugim določa tudi, da mora delodajalec enako obravnavo glede na osebne okoliščine zagotavljati delavcu pri napredovanju, četrti odstavek pa, da šteje za diskriminacijo manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom.

Pri diskriminaciji mora biti specifična osebna okoliščina odločilen razlog za slabšo obravnavo. Mednje skladno s 1. členom ZVarD, oziroma podobno tudi s prvim odstavkom 6. člena ZDR-1, štejejo spol, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katera koli druga osebna okoliščina, med katere štejemo tudi nosečnost in starševstvo. Gre za prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statuse, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto, ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka.

V 13. členu ZVarD so določene izjeme od prepovedi neposredne diskriminacije, in sicer je v prvem odstavku določeno, da diskriminacije po tem zakonu ne predstavlja neenako obravnavanje, če takšno različno obravnavanje temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna, potrebna in sorazmerna. Izjeme od posredne diskriminacije so določene v drugem odstavku 6. člena ZVarD oziroma v tretjem odstavku 6. člena ZDR-1.

⁷ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a.

Da bi lahko govorili o diskriminaciji skladno z ZVarD, morajo biti tako izpolnjeni naslednji pogoji:

- obstoj osebne okoliščine,
- poseg v človekovo pravico, svoboščino, drugo pravico, pravni interes ali ugodnost,
- prikrajšanje v primerjavi z drugimi posamezniki ali skupinami v primerljivem položaju,
- vzročna zveza med osebno okoliščino in obravnavo, ki je je predlagatelj deležen, ter
- odsotnost izjem od prepovedi diskriminacije.

*

Postopek preverjanja izpolnjevanja pogojev za napredovanje javnih uslužbencev na delovnem mestu oziroma v nazivu v višji plačni razred je urejeno z ZSPJS in z Uredbo. ZSPJS v 16. in 17. členu določa pogoje za napredovanje, v 17. členu pa napotuje na Uredbo, ki določa postopek in način preverjanja izpolnjevanja pogojev za napredovanje.

Uredba v prvem odstavku 4. člena določa, da se javne uslužbenke, ki so pri proračunskem uporabniku zaposleni za določen ali nedoločen čas, za polni delovni čas ali delovni čas, krajši od polnega delovnega časa, oceni enkrat letno najkasneje do 15. marca (v letu, ki sledi ocenjevalnemu obdobju) za ocenjevalno obdobje od 1. januarja do 31. decembra. Skladno s tretjim odstavkom 4. člena se pri postopku ocenjevanja ocenijo javni uslužbenci, ki so v prejšnjem koledarskem letu opravljali delo najmanj 6 mesecev. Ocenijo se tudi tisti javni uslužbenci, ki so zaradi napotitve s strani delodajalca odsotni več kot 6 mesecev in ki so odsotni več kot 6 mesecev zaradi poškodbe pri delu, poklicne bolezni in starševskega varstva (porodniški dopust).

Osnovno pravilo, ki ga določa Uredba za pridobitev ocene je, da je javni uslužbenec v preteklem koledarskem letu opravljal delo najmanj 6 mesecev. Uredba pa določa tudi izjeme, ko se javni uslužbenec oceni, čeprav je bil odsoten v preteklem koledarskem letu več kot 6 mesecev, in sicer v naslednjih primerih:

- napotitev s strani delodajalca,
- poškodbe pri delu,
- poklicne bolezni in
- starševskega varstva (porodniški dopust).

Odsotnost zaradi starševskega varstva zajema odsotnost zaradi koriščenja dopusta, kot ga določa Zakon o starševskem varstvu in družinskih prejemkih⁸ (ZSVDP), torej odsotnost zaradi koriščenja materinskega, očetovskega ali starševskega dopusta.

Javnega uslužbenca se oceni po kriterijih, ki jih v 17. členu določa ZSPJS. Ti kriteriji so rezultati dela, samostojnost, ustvarjalnost in natančnost pri opravljanju dela, zanesljivost pri opravljanju dela, kvaliteta sodelovanja in organizacijo dela ter druge sposobnosti v zvezi z opravljanjem dela. V zvezi s pravico do pridobitve ocene je treba opozoriti tudi na odločitev Višjega delovnega in socialnega sodišča, opravilna številka Pdp 728/2010, v kateri je sodišče odločilo, da je »prisotnost na delu osnovni predpogoj, da se rezultati ter delovne in strokovne kvalitete lahko ocenijo. To pa pomeni, da javnega uslužbenca, ki je odsoten celotno ocenjevalno obdobje, ni mogoče oceniti«.

V primerih določitve ocene zaposlenim, ki so v obdobju enega leta krajše obdobje opravljali delo (zgolj nekaj dni ali nekaj tednov), pa mora odgovorna oseba oziroma nadrejeni javnega uslužbenca, ki ga določi odgovorna oseba, samostojno presoditi, ali glede na opravljene

⁸ Uradni list RS, št. 26/14, 90/15 - ZIUPTD, 90/15, 69/15, 75/17 - ZIUPTD-A, 75/17 - ZUPJS-G, 14/18, 64/18, 46/19, 81/19, 49/20 - ZIUZEOP, 203/20 - ZIUPOPDVE, 158/20, 92/21, 17/22, 25/23, 153/22, 196/21 - ZDOsk, 163/22 - ZDOsk-A, 84/23 - ZDOsk-1, 15/24.

delovne naloge, javnemu uslužbencu lahko določi oceno ali ne⁹. Iz sodbe VDSS Pdp 596/2019, na katero se sklicujejo tudi predlagateljice, izhaja, da je bilo že 18 dni opravljanja dela v koledarskem letu dovolj, da bi javna uslužbenka morala biti ocenjena in da je neocenitev zaradi koriščenja pravice do materinskega in starševskega varstva pomenila prepovedano diskriminacijo javne uslužbenke.

Javni uslužbenec, ki ni bil ocenjen, se v skladu z določbo petega odstavka 4. člena Uredbe oceni ob naslednjem roku ocenjevanja. V skladu s 3. členom Uredbe se preverjanje izpolnjevanja pogojev za napredovanje javnih uslužbencev izvede na osnovi treh letnih ocen delovne uspešnosti.

*

V obravnavanem primeru predlagateljice zatrjujejo kršitev, ki se nanaša na področje dela in zaposlovanja, ki je varovana po 2. členu ZVarD in na katerem je diskriminacija prepovedana.

Zagovornik kot osebno okoliščino v smislu ZVarD in ZDR-1, na podlagi katere posamezniki uživajo varstvo pred diskriminacijo, prepoznava nosečnost oziroma starševstvo. Predlagateljice so obstoj te osebne okoliščine zatrjevale, ZI pa obstoju le-te ni ugovarjal, zato Zagovornik šteje, da je osebna okoliščina nosečnosti oziroma starševstva pri predlagateljicah podana.

Iz navedb predlagateljic izhaja, da je XX v letu 2016 delo opravljala 8 delovnih dni, v letu 2017 pa od 8. 9. do 31.12. 2017; da je YY v letu 2016 delo opravljala 84 delovnih dni ter 51 delovnih dni v letu 2017; ter da je WW v letu 2016 delo opravljala 52 delovnih dni, v letu 2017 ga je opravljala 7 delovnih dni, v letu 2018 pa 12 delovnih dni, pri čemer ZI takšnim navedbam predlagateljic ni ugovarjal, zato je Zagovornik štel te navedbe za neprerekane. Prav tako med strankami postopka ni bilo sporno dejstvo, da predlagateljice niso bile ocenjene glede svojega dela v letih 2016 ter 2017, WW pa tudi ne za delo v letu 2018, zato je Zagovornik ta dejstva štel za izkazana.

ZI tudi ni zatrjeval, da predlagateljicam glede na opravljene delovne naloge ni bilo mogoče določiti ocene, ker v zatrjevanih letih sploh niso bile prisotne. S tem, ko predlagateljice v posameznih obdobjih niso bile ocenjene, čeprav so bile določen čas prisotne na delovnem mestu in hkrati ni bilo zatrjevano niti izkazano, da jim glede na opravljene delovne naloge ocene ni bilo mogoče določiti, je mogoče pritrditi predlagateljicam, da so bile prikrajšane. Triletno obdobje, po poteku katerega se v skladu z določbami Uredbe preveri, ali izpolnjujejo pogoje za napredovanje, se je izteklo dve oziroma tri leta kasneje in so predlagateljice posledično toliko kasneje dobile možnost napredovanja (prvi odstavek 3. člena Uredbe). Zaradi navedenega je bilo poseženo v njihovo pravico iz naslova delovnega razmerja, in sicer do napredovanja v plačne razrede, saj se je preverjanje izpolnjevanja pogojev za napredovanje izvedlo kasneje, kot bi se, če osebna okoliščina starševstva oziroma nosečnosti pri njih ne bi bila prisotna.

V zvezi z argumentom ZI, da je nedopustno prejudiciranje, da so bile delavke prikrajšane pri napredovanju, ker niso bile ocenjene, saj ni rečeno, da bi izpolnile pogoje za napredovanje oziroma bi bile avtomatično ocenjene z oceno odlično, Zagovornik ugotavlja, da ni relevanten. Posredna diskriminacije, za katero gre v obravnavanem primeru, v skladu z ZVarD namreč obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila

⁹ Takšno stališče je zavzelo tudi Ministrstva za javno upravo v dokumentu: Odgovori na najpogostejša vprašanja v zvezi z ocenjevanjem in napredovanjem z dne 26. 8. 2021 (točka 12). Dostopno na:

<https://www.gov.si/assets/ministrstva/MJU/Placni-sistem/napredovanje-ocenjevanje/Odgovori-na-najpogostejša-vprašanja-v-zvezi-z-ocenjevanjem-in-napredovanjem-26.-8.-2021.docx>

zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe. Torej dokazovanje, da bi predlagateljice res izpolnile pogoje za napredovanje oziroma da bi bile res ocenjene z oceno odločno, za ugotovitev diskriminacije oziroma za namene tega postopka niti ni potrebno.

Predlagateljice so bile s tem, ko v zgoraj navedenih časovnih obdobjih niso bile ocenjene, razlogi, ki bi takšno opustitev opravičevali, pa niso bili ne zatrjevani, še manj pa izkazani, prikrajšane v primerjavi z drugimi posamezniki v primerljivem položaju, in sicer v primerjavi s sodelavci, torej s posamezniki, ki v navedenih letih niso bili odsotni iz dela zaradi nosečnosti oziroma starševstva in so bili ocenjeni, prikrajšane pa so bile, kot že rečeno, pri uveljavljanju pravice do napredovanja oziroma do tega, da se jih oceni, zaradi česar je bilo preverjanje, ali izpolnjujejo pogoje za napredovanje, izvedeno dve oziroma tri leta kasneje, kot bi bilo, če osebna okoliščina starševstva oziroma nosečnosti pri njih ne bi bila prisotna. Zagovornik se tudi ne strinja s stališčem ZI, da gre v primeru predlagateljic za drugačen položaj v primerjavi z delavkami, ki so ves čas delale. Že citirana sodna praksa, kateri so sledila tudi revidirana navodila MJU, nenazadnje pa tudi spremenjena praksa ZI, kot navaja tudi sam v predmetnem postopku, kažejo na to, da je položaj obeh navedenih skupin primerljiv, prikrajšanje posameznikov z osebno okoliščino starševstva oz. materinstva pa se kaže prav v posegu v njihove pravice.

Ker je razlog tako za odsotnost predlagateljic, kot tudi za njihovo neoceno in za potencialen poseg v pravico do napredovanja, njihova osebna okoliščina nosečnosti oziroma starševstva, je Zagovornik ugotovil obstoj vzročne zveze med ugotovljeno osebno okoliščino in obravnavo, ki so je bile predlagateljice deležne.

Ker je Zagovornik ugotovil prikrajšanje oziroma manj ugoden položaj oseb z določeno osebno okoliščino, je v nadaljevanju moral presoditi še, ali takšno ravnanje objektivno temelji na legitimnem cilju in ali so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Ugotavljal je torej, ali bi takšna neenaka obravnava lahko pomenila izjemo od prepovedi posredne diskriminacije po drugem odstavku 6. člena ZVarD.

Izjeme od prepovedi posredne diskriminacije so upoštevaje drugi odstavek 6. člena ZVarD oziroma tretji odstavek 6. člena ZDR-1 podane, če omenjena navidezno nevtralna določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem oziroma zakonitem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna. Iz navedb ZI, da bi bila s tem, ko bi bile predlagateljice za navedena časovna obdobja ocenjene, nezakonito oškodovana javna sredstva, saj bi imele spremembe ocen za ZI finančne posledice, gre sklepati, da je ZI prikrajšanje javnih sredstev, do katerega bi prišlo zaradi potencialnega napredovanja in posledično višjih plač predlagateljic, štel kot legitimni cilj, ki opravičuje opisano diskriminatorno prakso. Zagovornik je ugotovil, da so temeljne pravice predlagateljic kot delavk urejene z ZDR-1 ter posebnimi predpisi, ki veljajo za javne uslužbenke, ki tovrstnega poseganja v pravico do letne ocene oziroma do napredovanja ne opravičujejo. Zato je presodil, da zaščita javnih sredstev pred prikrajšanjem ne predstavlja legitimnega cilja za neenako obravnavo. Obstoj legitimnega cilja za neoceno predlagateljic tudi ne izhaja iz navodila MJU številka 1000-77/2011/2 z dne 3. 2. 2011, za katerega je ZI navajal, da predstavlja podlago za obravnavano ravnanje, pri čemer se Zagovornik strinja z obrazložitvijo predlagateljic, da gre pri omenjenih navodilih za usmeritve, iz katerih pa izhaja, da mora v primeru določitve ocene zaposlenim, ki so v obdobju enega leta prisotni na delu zgolj nekaj dni ali nekaj tednov, odgovorna oseba samostojno presoditi, ali je mogoče glede na opravljene delovne naloge javnemu uslužbencu določiti oceno ali ne.

Nadalje je ZI navajal, da ocene ne more izvesti, ker so njihove (ne)ocene postale dokončne in pravnomočne in so potekli vsi prekluzivni roki za preskus ocene oziroma za zahtevo za sodno varstvo. Kot pravilno opozarjajo predlagateljice, navedeno ne drži, kar izhaja tudi iz navodila MJU številka 100-1057/2013 z dne 19. 3. 2013, v katerem je navedeno, da

predstojnik sme oceniti javne uslužbenke za pretekla ocenjevalna obdobja v tekočem napredovalnem obdobju, če razpolaga z verodostojnimi kazalniki za določitev ocene na način iz četrtega odstavka 4. člena uredbe.

Ker v postopku ni bilo ugotovljeno, da bi opisano ravnanje ZI temeljilo na legitimnem cilju, Zagovornik tudi ni ugotavljal, ali so sredstva za doseganje cilja ustrezna in nujno potrebna.

Po pregledu vseh ugotovljenih dejstev in izvedenih dokazov, ki in kakor so jih predstavile predlagateljice in ZI, je Zagovornik prepoznal znake posredne diskriminacije glede na drugi odstavek 6. člena ZVarD oziroma tretji odstavek 6. člena ZDR-1. Predlagateljice, kot osebe z osebno okoliščino starševstva oziroma materinstva, so bile, so ali bi lahko bile zaradi take navidezno nevtralne prakse ZI, ki je določbo tretjega odstavka 4. člena Uredbe uporabljal tako, da jih sploh ni ocenjeval, v manj ugodnem položaju kot druge osebe, ki te osebne okoliščine nimajo.

Glede na navedeno Zagovornik ugotavlja, da je ZI z ravnanjem oziroma opustitvijo – s tem, ko za javne uslužbenke XX za leto 2016 in 2017, YY za leto 2016 in 2017 in WW za leto 2016, 2017 in 2018 ni pravočasno izvedel postopka ocenjevanja v skladu s 4. členom Uredbe, kršil prepoved posredne diskriminacije iz 4. člena ZVarD v povezavi z drugim odstavkom 6. člena ZVarD. Do podobnega zaključka vodi tudi uporaba četrtega odstavka 6. člena ZDR-1, ki izrecno določa, da se manj ugodno obravnavanje delavcev, ki je povezano z nosečnostjo ali starševskim dopustom, šteje za diskriminacijo. Iz izvedenih dokazov namreč izhaja, da predlagateljice v kritičnem času niso bile ocenjene (manj ugodna obravnava) izključno zaradi njihove osebne okoliščine nosečnosti oziroma starševstva, kar v skladu s citirano določbo ZDR-1 šteje za diskriminacijo. Poleg tega pa ZI tudi ni izkazal, da predlagateljic glede na njihovo konkretno prisotnost v posameznem koledarskem letu ni mogel oceniti oziroma zakaj jih ni mogel oceniti. Iz pojasnil ZI namreč ne izhajajo konkretni razlogi, zakaj je odgovorna oseba oz. nadrejeni presodil, da glede na opravljene delovne naloge predlagateljic v tistem času, ko so bile prisotne na delu v letih 2016, 2017 oziroma 2018, ni mogoče določiti ocene.

*

Zagovornik ni sledil predlogu ZI, da naj se predmetni postopek prekine do odločitve v inšpekcijskem postopku, ki so ga predlagale predlagateljice in ga pod št. 0611-97/2022 vodi Inšpektorat za javni sektor. ZI se pri tem sklicuje na 129. člen ZUP, da ne moreta o isti zadevi teči dva upravna postopka.

Postopek pred Inšpektoratom za javni sektor je inšpekcijski postopek v skladu z določbami Zakona o inšpekcijskem nadzoru¹⁰ (ZIN), torej gre za druge vrste postopek, katerega namen je odprava nepravilnosti. Namen predmetnega postopka pa je ugotovitev diskriminacije po 33. do 37. členu (5. poglavju) ZVarD. Da ne gre za položaj, ki je opredeljen v 129. členu ZUP in na katerega se sklicuje ZI, kaže že vpogled v preostale določbe ZVarD. Te namreč inšpekcijski nadzor nad izvajanjem zakona opredeljujejo v drugih členih, in sicer členih od 42 do 44 (7. poglavje) ZVarD. Ker Zagovornik v tem postopku ne opravlja inšpekcijskega nadzora po določbah 42. do 44. člena (7. poglavje) ZVarD, ampak postopek ugotavljanja diskriminacije po določbah 33. do 37. člena ZVarD (5. poglavje), tako ne gre slediti mnenju, da gre za odločanje o isti zadevi in tudi ni potrebno ravnati, kot določa 129. člen ZUP.

Zagovornik zavrača tudi ugovore zastaranja, ki jih je podajal ZI, pri čemer se je skliceval na roke, kot so določeni po ZP-1. Zagovornik ob tem pojasnjuje, kot je navedel že zgoraj, da sta postopek ugotavljanja diskriminacije po 5. poglavju ZVarD in prekrškovni postopek različna postopka; prvi je upravni ugotovitveni postopek po ZVarD, drugi pa je postopek kaznovalne narave po ZP-1, zato instituti prekrškovnega prava v predmetni zadevi niso relevantni.

¹⁰ Uradni list RS, št. 43/07 - uradno prečiščeno besedilo, 40/14.

Zagovornik v predmetnem postopku ugotavlja, ali konkretno ravnanje ZI predstavlja kršitev prepovedi diskriminacije po ZVarD in ZDR-1. Takšen postopek ugotavljanja diskriminacije se zaključi z izdajo upravne ugotovitelne odločbe, s katero Zagovornik ugotovil obstoj ali neobstoj diskriminacije. Ta upravni akt ni izvršljiv in ne posega v obstoječa razmerja oziroma jih ne spreminja, razveljavlja, ali nalaga obveznosti kršiteljem. Zato morebitni potek rokov iz 42. člena ZP-1, na katere se sklicuje ZI, na omenjeni upravni akt ali poseben ugotovitelni postopek, v katerem je bil izdan, nima nikakršnega vpliva. Da Zagovornik v svojem upravnem postopku nima prekrškovnih pooblastil, je mogoče preveriti tudi z vpogledom v 44. člen ZVarD (prekrškovni organ), ki določa, da so prekrškovni organi po tem zakonu pristojne inšpekcije, ki so na posameznem upravnem področju po zakonu pristojne za inšpekcijski nadzor na področju, na katerem je prišlo do diskriminacije.

Iz navedb ZI bi bilo mogoče sklepati tudi, da zatrjuje, da so potekli materialni roki za uveljavljanje pravic. Materialni roki so določeni v materialnih predpisih in pomenijo čas, v katerem lahko stranka uveljavlja neko pravico iz materialnega predpisa. Zagovornik ugotavlja, da v ZVarD ni določb glede rokov za vložitev predloga za obravnavo diskriminacije, zato ni mogoče ugotoviti, da bi kakršenkoli rok že potekel. Pri tem v zvezi s časovno veljavnostjo ZVarD Zagovornik pojasnjuje, da se ta uporablja od 24. 5. 2016 dalje, torej je dne 15. 3. 2017, v času, ko bi predlagateljice morale biti ocenjene za delo v letu 2016, že veljal.

Zagovornik tudi ni upošteval predloga ZI, da se v postopek pritegne MJU. Kot pojasnjeno, MJU daje le nezavezujoča priporočila glede uporabe Uredbe in sprejem odločitve glede tega, ali se bo izvedla ocena dela predlagateljic, ni bila v njegovi pristojnosti. Tudi sicer posameznih navodil ni mogoče razlagati na način, kot ga je podajal ZI, kar je Zagovornik že pojasnil predhodno.

Zagovornik je glede na vse navedeno v predmetni zadevi odločil, kot izhaja iz 1. točke izreka te odločbe.

*

Skladno s prvim odstavkom 35. člena ZVarD je postopek pri Zagovorniku za stranke brezplačen. Zato je Zagovornik odločil, da posebni stroški v tem postopku niso nastali, kakor izhaja iz 2. točke izreka te odločbe.

Pouk o pravnem sredstvu:

Zoper to odločbo ni pritožbe, dovoljen pa je upravni spor. Upravni spor lahko stranka sproži s tožbo, ki jo v 30 dneh od vročitve odločbe vloži na Upravno sodišče Republike Slovenije, Fajfarjeva ulica 33, 1000 Ljubljana. Stranka tožbo vloži neposredno pisno ali jo pošlje po pošti. Skupaj z morebitnimi prilogami jo vloži v najmanj treh izvodih. K njej mora priložiti tudi to odločbo v izvirniku ali prepisu.

Postopek vodila:

Petra Klepec LL.M. (ZRN)
Samostojna Svetovalka Zagovornika

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Poslano:

- Predlagateljicam: XX, YY in WW - vsem vročiti po zastopnici, vodji pravne pomoči pri sindikatu, (osebno po ZUP),

- Zdravstveni inštitut (osebno po ZUP),
- zbirka dok. gradiva.