



Maribor, 3. 11. 2014

Mestna občina Maribor
Ulica heroja Staneta 1

2000 Maribor

ZADEVA: **Strokovno mnenje* o dopustnosti neposredne oddaje posla**

Spoštovani,

na podlagi vašega naročila z dne 29. oktobra 2014 vam posredujemo strokovno mnenje o vprašanju, ali zakonska pravila dopuščajo, da Mestna občina Maribor (v nadaljevanju MOM) prenese pravice in obveznosti v zvezi z upravljanjem žičniških naprav neposredno (brez javnega razpisa) na Javno podjetje Marprom d.o.o. (v nadaljevanju Marprom).

Naročilu strokovnega mnenja so priloženi dokumenti:

- koncesijska pogodba za gradnjo nadomestne krožno kabinske žičnice na Mariborskem Pohorju z dne 31. 8. 2009 in aneks k pogodbi z dne 28. 10. 2009,
- koncesijska pogodba za izvajanje javne službe prevoza potnikov po žičniški napravi na Mariborsko Pohorje z dne 1. 12. 2009,
- koncesijska pogodba za graditev obstoječih žičniških naprav za prevoz oseb v Mestni občini Maribor na Mariborsko Pohorje z dne 18. 8. 2010.

Odgovor na postavljeno vprašanje temelji na sledečem dejanskem stanju:

Vse tri koncesijske pogodbe so bile sklenjene med MOM kot koncedentom in Športnim centrom Pohorje d.o.o. (v nadaljevanju ŠC Pohorje) kot koncesionarjem. S pogodbami se je ŠC Pohorje obvezal, da bo zgradil krožno kabinsko žičnico in nato izvajal javno službo prevoza potnikov po tej

* Pričujoče mnenje je izdelano na temelju skrbne analize obravnavanih vprašanj. Izraža mnenje sestavljavca in temelji na njegovem najboljšem strokovnem znanju. Zato izraža izključno le stališča Inštituta za gospodarsko pravo, ne pomeni pa uradnega mnenja, niti nasveta za konkretno delovanje. Zato Inštitut za gospodarsko pravo ne prevzema nobenih tveganj, povezanih z uporabo tega mnenja s strani naročnika ter ne izključuje možnosti drugačnih pravnih razlag odgovorov, stališč in sodb.

napravi ter zgradil, obnavljal in upravljal določene ostale žičniške naprave na Pohorju. Zoper ŠC Pohorje je bil uveden stečajni postopek, zato so na podlagi zakonskih in pogodbenih pravil koncesijska razmerja prenehala, žičniške naprave pa so prešle v last MOM. Obveznost MOM je, da zagotovi izvajanje javne službe prevoza na Pohorje. Poleg tega je v njenem interesu, da čim prej zagotovi ponovno obratovanje ostalih žičniških naprav, saj je zimska sezona pred vrati. Torej želi MOM prenesti pravice in obveznosti iz koncesijskih pogodb na novega izvajalca. Postopek izbire izvajalca, ki bi potekal na podlagi javnega razpisa, bi sklenitev pogodbe zavlekel za več mesecev.

MOM želi koncesijo oziroma obveznost upravljanja žičniških naprav prenesti na Marprom, ki je javno podjetje. Izvaja javno službo avtobusnega potniškega prometa in javno službo upravljanja avtobusne postaje. MOM je ustanoviteljica in edina družbenica Marproma. V nadzorni svet Marproma imenuje MOM štiri člane, preostala dva član sta predstavnika delavcev. Direktorja Marproma imenuje nadzorni svet na predlog župana.

Vprašanje je:

Ali zakonska pravila dopuščajo prenos pravic in obveznosti, povezanih z upravljanjem žičniških naprav, za katere je bila podeljena koncesija za graditev žičniških naprav s strani MOM, na novega izvajalca, konkretno na Marprom, brez postopka, ki bi temeljil na javnem razpisu?

Relevantni pravni viri:

- Zakon o gospodarskih javnih službah, Uradni list RS, št. 32/1993, 30/1998-ZZLPPO, 127/06-ZJZP, 38/10-ZUKN, 57/11-ORZGJS40, v nadaljevanju ZGJS,
- Zakon o žičniških napravah za prevoz oseb, Uradni list RS, št. 126/2003, 56/2013, 33/2014, v nadaljevanju ZŽNPO,
- Zakon o javno-zasebnem partnerstvu, Uradni list RS, št. 127/2006, v nadaljevanju ZJZP,
- Zakon o javnem naročanju, Uradni list RS, št. 128/2006, 16/2008, 19/2010, 18/2011, 43/2012-Odl. US, 90/2012, 12/2013-UPB5, 19/2014, v nadaljevanju ZJN-2,
- Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštne storitve Uradni list RS, št. 128/2006, 16/2008, 19/2010, 43/2011, 72/2011-UPB3, 43/2012-Odl. US, 90/2012, 19/2014, v nadaljevanju ZJNVETPS,
- Odlok o lokalnih gospodarskih javnih službah v Mestni občini Maribor, MUV, št. 12/2009,
- Odlok o koncesiji za gradnjo nadomestne krožno kabinske žičnice in koncesiji za izvajanje javne službe, MUV, št. 22/2009,
- Odlok o koncesiji za graditev obstoječih žičniških naprav za prevoz oseb v Mestni občini Maribor, MUV, št. 16/2010.

V nadaljevanju odgovarjamo zgolj na vprašanje ali lahko MOM glede na zakonska pravila izbire oziroma določi Marprom za novega upravljalca žičniških naprav brez postopka, ki bi temeljil na javnem razpisu.

ZŽNPO je *lex specialis* o gradnji in obratovanju žičniških naprav za prevoz oseb, a popolno ne ureja vseh vprašanj, ki so povezana s samo izgradnjo in obratovanjem žičniških naprav, med drugim popolno ne ureja vprašanj, ki se nanašajo na izbiro ali določitev upravljalca žičniških naprav. Za odgovor na postavljeno vprašanje je zato treba upoštevati tudi ZGJS, ZJZP in ZJN-2.

Ob tem je treba tudi upoštevati, da je bil ZŽNPO sprejet leta 2003, njegove kasnejše spremembe in dopolnitve niso bistvene, predvsem pa ne posegajo v pravila o izbiri, kot so bila določena leta 2003. Predpisi, ki danes podrobno urejajo pogoje in postopke za sklepanje pogodb s strani oseb javnega prava, so bili sprejeti po letu 2003. To sta predvsem ZJZP iz leta 2006 in ZJN-2, prav tako iz leta 2006.

Tudi izrazi, ki jih uporabljajo predpisi (ZŽNPO, ZGJS, ZJZP in ZJN-2) nimajo v vseh predpisih vedno enakega pomena. Ocena se nanaša predvsem na pojem koncesija.

ZGJS iz leta 1993 je še vedno matični predpis o načinu in oblikah izvajanja gospodarskih javnih služb. Koncesija po ZGJS je tista oblika izvajanja gospodarske javne službe, pri kateri koncedent (država, mesto, občina) prepusti opravljanje gospodarske javne službe osebi zasebnega prava. Gospodarske javne službe so dejavnosti, ki se ne izvajajo prosto na trgu. Če je neka dejavnost opredeljena kot gospodarska javna služba, je ne more izvajati vsaka oseba, kot to sicer velja za gospodarske dejavnosti. Koncedent odloči ali bo dejavnost, ki je gospodarska javna služba, izvajal on sam (sam neposredno ali pa v svojem javnem podjetju) ali pa bo izvajanje prepustil osebi zasebnega prava, to je koncesionarju. Občina ali mesto določita način izvajanja gospodarskih javnih služb z odlokom o gospodarskih javnih službah (7. člen ZGJS). Če odlok določi, da bo gospodarsko javno službo izvajala oseba zasebnega prava (na primer katera od gospodarskih družb), koncedent ne sme izbrati koncesionarja sam neposredno, ampak na podlagi javnega razpisa. Javni razpis omogoča, da vsi zainteresirani gospodarski subjekti pod enakopravnimi pogoji konkurirajo za pridobitev upravičenja za izvajanje gospodarske javne službe. Določbe ZGJS o javnem razpisu (35. in 36. člen) so dopolnjene in spremenjene s pravili ZJZP.

Gradnja in upravljanje žičniških naprav načelno ni gospodarska javna služba. V ZŽNPO pa je dana možnost lokalni skupnosti, da javni prevoz po določenih žičniških napravah opredeli kot izbirno lokalno gospodarsko javno službo (38. člen ZŽNPO).

Čeprav gradnja in upravljanje žičniških naprav načelno ni gospodarska javna služba, ZŽNPO govori o koncesiji za graditev žičniške naprave. Koncesijo za graditev žičniške naprave mora pridobiti vsakdo, četudi gradi žičniško napravo na svojem zemljišču in četudi ni namenjena javnemu prevozu (izjema je določena za vlečnice, ki izpolnjujejo pogoje iz tretjega odstavka 20. člena ZŽNPO). Razlogi, zaradi katerih je za gradnjo in upravljanje žičniške naprave treba pridobiti posebno javnopravno upravičenje, v ZŽNPO poimenovano koncesija za graditev žičniške naprave, so opredeljeni v 1. in 2. členu ZŽNPO. Gradnja in upravljanje žičniške naprave zahtevata posebno presojo zaradi varnosti potnikov, vplivov na okolje, na gospodarski ter splošni družbeni razvoj. Smiselno enaki razlogi za pogojevanje gradnje žičniške naprave s pridobitvijo posebnega javnopravnega upravičenja (koncesija) so navedeni tudi v obrazložitvi predloga zakona za prvo

obravnavo.¹ Na 25. strani je navedeno, da je koncesija (torej pridobitev javnopravnega upravičenja) potrebna predvsem zato:

- ker so možne lokacije žičniške naprave relativno redke in ni mogoče pravice graditi to napravo prepustiti stihiji pridobivanja zemljišč na teh lokacijah,
- da se investitorju zagotovi možnost razlastitve zemljišč, kjer bi se naj gradila žičniška naprava,
- da se po izgradnji žičniške naprave zagotovi njeno nemoteno obratovanje, kljub stečaju koncesionarja.

Koncesija in celotni postopek za podelitev koncesije po ZŽNPO torej nista namenjena temu, da se v Sloveniji omeji število oseb, ki gradijo in upravljajo žičniške naprave (da se zaradi javnega interesa omeji izvajanje žičničarskih dejavnosti ali pa privilegira izvajalce žičničarske dejavnosti, kar je razlog za koncesijo po ZGJS), ampak zato, da se v zvezi s to dejavnostjo in izgradnjo žičničarske infrastrukture posebej strogo presodijo okoljski, tehnični, varnostni in drugi pogoji ter da se omogoči gradnja tudi na zemljišču, ki ni v lasti investitorja.

V ZJZP in ZJN-2 ima izraz koncesija enak pomen, saj so tudi cilji ZJZP in ZJN-2 primerljivi, a ne enak pomen kot v ZŽNPO. ZJN-2 določa postopke in pogoje, ki veljajo za oddajo poslov s strani naročnikov. Naročniki so osebe, ki so zavezane ravnati po pravilih javnega naročanja. Pretežna večina naročnikov so osebe javnega prava. Le izjemoma so med naročnike uvrščene osebe zasebnega prava, a le če izvajajo določene dejavnosti in če so pod določenim vplivom države, mest, občin ali ostalih oseb javnega prava. Poglavitni cilj pravil o javnem naročanju je, da se zagotovi vsem zainteresiranim gospodarskim subjektom enakopraven dostop do poslov javnega sektorja oziroma naročnikov. Ta cilj je konkretiziran s formalnimi postopki in instituti javnega naročanja, najpomembnejši je javni razpis oziroma javna objava obvestila o javnem naročanju. Posamezne okoliščine ali razlogi terjajo, da so določeni posli izključeni iz pravil o javnem naročanju ali pa vsaj, da se smejo oddati po manj stogih postopkih in pogojih, kot veljajo za javna naročila. Med temi posli so tudi koncesije: koncesije gradenj in koncesije storitev.

Pravila ZJN-2 o pojmu koncesija so skopa (5. točka prvega odstavka 17. člena). Pojem pojasnjuje teorija, še bolj pa številne odločitve Sodišča EU. Koncesija se od javnega naročila razlikuje po tem, da pri koncesiji (kjer naročnik prav tako naroča blago, storitve ali gradnje) naročnik izvedbe posla ne plača, ampak prepusti svoji pogodbeni stranki (zasebnemu partnerju/koncesionarju) pravico do ekonomskega izkoriščanja v povezavi z blagom, storitvami ali gradnjami, ki so predmet koncesije. Pri tem pa mora biti ekonomski uspeh posla negotov. Ker naročnik izvedbe posla ne plača (podeli pa pravico do ekonomskega izkoriščanja) ter je ekonomsko tveganje na strani zasebnega partnerja, posel nima narave javnega naročila in ni podrejen pod stroga pravila o oddaji javnih naročil. Dejansko gre pri koncesijah, kot so opredeljene v pravilih javnega naročanja, za kompleksne posle in za vzpostavitev dolgotrajnih pogodbenih razmerij.

V Sloveniji je oddaja poslov, ki niso javno naročila, ampak so koncesija (koncesija v zgoraj opisanem pomenu), urejena v ZJZP. ZJZP je krovni prepis za vsa pogodbeno razmerja med javnimi partnerji

¹ Dostopno na: http://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C12565D400354E68C1256D660033D496&db=kon_zak&mandat=III&tip=doc in v Poročevalcu 60/2003.

(naročniki, osebami javnega prava) in zasebnimi partnerji (2., 3., 4. člen ZJZP). Če posebni predpis ne določa drugače, se za vzpostavitev pogodbenih razmerij med javnim in zasebnim partnerjem uporabljajo določbe ZJZP. ZJZP tudi podrobneje kot ZJN-2 določa, kdaj gre za koncesijsko in ne javnonaročniško razmerje. Okvirna pojasnitev koncesije po ZJZP (26., 27. člen) je takšna, kot je predstavljeno zgoraj.

ZJZP je kompleksen predpis in zasleduje različne cilje. V zvezi s sklepanjem pogodbenih razmerij med javnimi in zasebnimi partnerji pa poudarja zagotavljanje enakopravnosti in transparentnosti, kar velja tudi za oddajo javnih naročil po ZJN-2. Poglavitna razlika med ZJZP in ZJN-2 pri zagotavljanju enakopravnosti in transparentnosti je ta, da so obvezna ravnanja po ZJZP, zaradi posebne narave poslov, manj stroga in formalna.

Vsebinske opredelitve koncesije za graditev žičniške naprave po ZŽNPO ni mogoče primerjati s koncesijo po ZJN-2 in ZJZP. Kljub temu gradivo za sprejem ZŽNPO (obrazložitev predlog zakona za prvo obravnavo, stran 25) omenja Direktivo 93/37/EEC o javnem naročanju gradenj. Direktivo omenja, ker naj bi to bil predpis, ki prav tako uporablja izraz koncesija gradenj. Obrazložitev zakona tudi pojasnjuje, da bi naj bil pojem koncesija gradnje sicer novost v slovenskem pravnem redu (z izjemo Zakona o javnih cestah). Navedeno je tudi, da koncesija gradnje nima enakega pomena kot pojem koncesija gospodarske javne službe. Iz obrazložitve je razumeti, da bi naj bil institut koncesija gradnje primerljiv z institutom kot je dovoljenje, a da pojem koncesija zagotavlja izbiro najugodnejšega investitorja.² Toda v besedilu ZŽNPO ni nobene določbe, ki bi konkretizirala ali vsaj usmerjala razlago, kdaj je določen investitor najugodnejši (izjema velja le za primer, kadar gre za gospodarsko javno službo). Med poglavitnimi fazami postopka podelitve koncesije, kot je opisan v obrazložitvi predloga zakona za prvo obravnavo, pa javni razpis niti ni omenjen.³

Vloga javnega razpisa v ZGJS, ZJZP in ZJN-2 je enaka, čeprav so konkretna pravila vseh treh predpisov o javnem razpisu različna. Javni razpis oziroma javna objava poglavitnih značilnostih posla omogoča, da se vsakdo seznani z nameranim poslom. Javni razpis je poziv vsem zainteresiranim, da izkažejo namero za pridobitev posla in da si medsebojno konkurirajo. Oddaja koncesije za izvajanje gospodarske javne službe (po ZGJS), vzpostavitev javno-zasebnega partnerstva oziroma oddaja koncesije za drugačen posel (po ZJZP) ali oddaja javnega naročila (po ZJN-2) vključuje odplačnost v razmerju med javnim in zasebnim partnerjem. Zato merila za izbiro zasebnega partnerja (izbira med osebami, ki so se odzvale na javni razpis) temeljijo na ekonomskih koristih za javnega partnerja.

² V pravu se izraz dovoljenje (licenca) običajno uporabi za podelitev upravičenj, pri katerih imetništvo ni omejeno na določeno število in ga torej lahko pridobi vsakdo, ki izpolni določene pogoje (na primer gradbeno dovoljenje ali licenca za trgovanje z električno energijo). Če število izvajalcev ali imetnikov ni omejeno, javni razpis ni smiseln. Koncesija pa je upravičenje, pri katerih je število imetnikov omejeno, zato se-le ti izberejo na podlagi javnega razpisa in zagotavljanja enakopravnosti. Omejeno je število oseb, ki izvajajo določene posle ali dejavnosti, ni pa mišljena omejitev glede na geografsko pogojenost. Opisano razlikovanje v slovenskem pravnem redu ni uveljavljeno dosledno.

³ Stran 27, ki navaja, da je v zakonu predviden naslednji postopek: (i) zainteresirana oseba vloži vlogo o zainteresiranosti, (ii) koncedent na podlagi študije oceni potrebo po napravi (pred sprejemom lokacijskega načrta), (iii) če potreba obstoji, vlagatelj poda pobudo za ustrezno prostorsko-plansko ureditev, (iv) po sprejemu ustreznega prostorskega akta se sprejme koncesijski akt, (v) gradbeno dovoljenje lahko pridobi le imetnik koncesije za gradnjo.

Pri koncesiji za izvajanje gospodarske javne službe po ZGJS, javno-zasebnem partnerstvu oziroma koncesiji po ZJZP in oddaji javnega naročila po ZJN-2 zasebni partner dejansko izvaja »posek« javnega partnerja. Pri gradnji in obratovanju žičniške naprave ne gre za »posek« javnega partnerja (velja v primeru, da ne gre za gospodarsko javno službo), ampak za lastno gospodarsko dejavnost izvajalca. Le zato, ker je dejavnost take narave, da ima večji vpliv na družbeno okolje, kot ostale gospodarske dejavnosti, ker je treba zagotoviti posebne varnostne ukrepe in ker je izgradnja potrebne infrastrukture običajno pogojena z uporabo tujih zemljišč, je predvidena pridobitev posebnega javnopravnega upravičenja, ki je imenovano koncesija za graditev.

Postavljeno vprašanje o obveznosti javnega razpisa se nanaša na poseben primer, ko je koncesija gradnje že bila podeljena, sklenjene so že koncesijske pogodbe, žičniške naprave so že zgrajene in tudi že obratujejo oziroma so že obratovali. Ker je zoper koncesionarja uveden stečajni postopek, so nastopile pravne posledice po 32. členu ZŽNPO. Le-ta določa, da po začetku stečajnega postopka koncesionarja prenehajo koncesije za graditev žičniških naprav (prvi odstavek 32. člena ZŽNPO), žičniške naprave pa postanejo last koncedenta (drugi odstavek 32. člena ZŽNPO).

Namen pravil ZŽNPO o posledicah v primeru stečaja koncesionarja je jasno razviden. Namen 32. člena ZŽNPO je omogočiti, da se tudi po stečaju koncesionarja, ko koncesionar/stečajni dolжник dejansko preneha z izvajanjem dejavnosti, zagotovi obratovanje žičniških naprav. Obratovanje žičniških naprav je zagotovljeno predvsem s tem, da drugi odstavek 32. člena ZŽNPO omogoča, da postanejo žičniške naprave last koncedenta. V splošnih pravilih o posledicah stečaja je določeno, da se premoženje stečajnega dolžnika proda in se z izkupičkom poplačajo upniki stečajnega dolžnika.

ZŽNPO ne določa, kako sme oziroma mora ravnati koncedent po tem, ko je v primeru stečaja koncesionarja pridobil žičniške naprave (obveznosti koncedenta so določene le za primer, če gre za gospodarsko javno službo). Kot je že navedeno, je razumeti, da bi naj koncedent zagotovil nadaljnje obratovanje. Zato prvega odstavka 32. člena ZŽNPO, ki določa, da ob stečaju koncesionarja preneha koncesija, ni mogoče razumeti dobesedno. To ne pomeni, da prenehajo tudi vsa upravičenja, ki so bila dana na podlagi koncesije. Besedna zveza prenehanje koncesije iz prvega odstavka 32. člena ZŽNPO predvsem pove, da prenehajo upravičenja konkretne osebe. Po začetku stečajnega postopka tista oseba, ki ji je bila podeljena koncesija, ni več upravičena, da izvaja pravice in obveznosti v zvezi z gradnjo in obratovanjem žičniških naprav. Zaradi stečaja koncesionarja za graditev žičniške naprave pa naj žičniške naprave ne bi prenehale obratovati. Zato zakon sam prenaša naprave oziroma dejansko prenaša upravičenja na določeno osebo, na koncedenta. Namen prvega odstavka 32. člena ZŽNPO je omogočiti, da naj koncedent pridobi določena upravičenja v zvezi z obratovanjem žičniških naprav, kot jih je imel do stečaja in prenehanja koncesijskega razmerja izbrani koncesionar za graditev žičniške naprave.

Zaradi stečaja ŠC Pohorje je torej MOM pridobila žičniške naprave in določena ostala upravičenja. V nadaljevanju pojasnjujemo pogoje za prenos teh upravičenj na Marprom. Ločeno pojasnjujemo:

- pogoje za prenos oziroma podelitev upravičenj, ki niso povezan z izvajanjem gospodarske javne službe in

- pogoje za podelitev upravičenja za izvajanje gospodarske javne službe.

ZŽNPO ne konkretizira pravic in obveznosti koncedenta po stečaju osebe, ki ji je bila podeljena koncesija za graditev žičniške naprave, razen da določa, da postane koncedent lastnik naprav in da ima zato določene obveznosti do stečajne mase (četrti, peti, šesti in sedmi odstavek 32. člena ZŽPNO).

ZŽNPO določa, da koncesionarja v stečaju nasledi koncedent, a to ne pomeni, da koncedenta obvezuje, da mora on sam neposredno izvajati žičničarsko dejavnost, niti ga ne obvezuje, da žičničarsko dejavnost prepusti tretji osebi. Lahko jo izvaja sam ali pa prepusti izvajanje tretji osebi. MOM kot lastnica naprav in naslednica določenih upravičenj dosedanjega koncesionarja mora najprej sprejeti odločitev ali bo sama izvajala žičničarsko dejavnost ali pa bo ta posel prepustila tretji osebi. Če bo posel prepustila tretji osebi, mora pri izbiri te tretje osebe upoštevati pravila ZJN-2 oziroma ZJZP. Po izbiri oziroma določitvi konkretne osebe za izvajalca dejavnosti (in preden bo le-ta dejansko začel izvajati dejavnost) mora le-ta pridobiti tudi ustrezna javnopravna upravičenja kot so za izvajalca žičničarske dejavnosti določena v ZŽNPO in izvedbenih predpisih. Po pravilih ZŽNPO mu mora koncedent podeliti koncesijo za graditev žičniške naprave. V nadaljevanju pojasnjujemo, da mora Marpromu podeliti koncesijo neposredno, brez javnega razpisa.

MOM mora kot oseba javnega prava upoštevati splošna pravna pravila o izbiri pogodbenih strank s strani oseb javnega prava. Če ima oddaja posla naravo javnega naročila, mora MOM ravnati po ZJN-2, sicer po ZJZP. V mnenju je že navedeno, da so pravila o zagotavljanju enakopravnosti, transparentnosti in javnosti pri izbiri pogodbenih strank naročnikov najbolj stroga v zvezi z oddajo javnih naročil. Če so izpolnjeni pogoji o dovoljeni oddaji posla brez javnega razpisa po pogojih ZJN-2, so izpolnjeni tudi po ZJZP.

Oceno, da mora MOM pri izbiri upravljalca žičniških naprav upoštevati splošna pravna pravila o izbiri pogodbenih strank oseb javnega prava utemeljujemo s tem, da ZŽNPO ureja v III. poglavju (ki določa obveznost javnega razpisa) postopek za podelitev koncesije za primere, ko bi se naj žičniška naprava šele zgradila. Po stečaju koncesionarja, ko so naprave že zgrajene, ko že omogočajo obratovanje in ko je lastništvo naprav prešlo po zakonu na koncedenta, gre za poseben primer. Če tega posebnega primera ZŽNPO ne ureja (ne ureja načina podelitve koncesije po prenehanju že podeljene koncesije), veljajo splošna pravna pravila. Splošna pravna pravila za izbiro pogodbene stranke osebe javnega prava so v ZJN-2 oziroma ZJZP.

Pravila ZJN-2 omogočajo neposredno oddajo posla upravljanje žičniških naprav s strani MOM Marpromu na podlagi 8. točke prvega odstavka 17. člena. V 17. členu ZJN-2 so opisani posli, ki niso predmet javnega naročanja, četudi posel oddaja naročnik, zato zanje ne velja obveznost javne objave.

Izjema iz 8. točke 17. člena ZJN-2 je povzeta po sodni praksi Sodišča EU, v teoriji in poslovni praksi je poznana po angleškem izrazu *in-house* naročilo. Izjema temelji na oceni, da je treba pri opredelitvi naročnika in njegovih poslov izhajati iz ekonomske, organizacijske oziroma gospodarske povezanosti določenih oseb in ne zgolj iz pravne subjektivitete. Če oseba svoje

dejavnosti in naloge organizira tako, da ustanovi hčerinsko družbo ali več družb zato, ker je takšna organiziranost bolj učinkovita, davčno bolj smotrna ali iz kakršnihkoli drugačnih razlogov, ni smiselno, da bi po pravilih javnega naročanja hčerinsko družbo obravnavali kot tretjo osebo. Kajti če jo obravnavamo kot tretjo osebo, potem med naročnikom in to tretjo osebo ni dovoljeno neposredno sklepanje poslov. Torej bi moral naročnik, ki je del svoje dejavnosti prenesel na hčerko (ker je to za njegovo poslovanje smiselno), moral odslej posle te dejavnosti naročati po pravilih o javnem naročanju, ki pa seveda ne zagotavljajo, da bo posel dobila njegova hčerka. Po ZJN-2 vsaka hčerinska družba naročnika ne omogoča neposrednega sklepanja poslov. Zato so v osmi točki 17. člena ZJN-2 določeni pogoji, ko je možna oddaja posla povezani osebi naročnika neposredno. Za izjemo morajo biti izpolnjeni pogoji (kumulativno):

- naročnik mora imeti nad gospodarsko družbo nadzor, primerljiv nadzoru nad notranjimi organizacijskimi enotami,
- gospodarska družba izvaja pretežni del svojih dejavnosti za naročnika,
- gospodarski subjekt za javno naročilo, ki se odda kot *in-house* izjema, naroča blago, storitve ali gradnje po pravilih javnega naročanja, četudi sam ni naročnik,
- vrednost predmeta naročanja je enaka ali nižja od cen na trgu.

Praksa Sodišča EU o razlagi posameznih pogojev je obširna. Največ vprašanj se nanaša na pogoj o nadzoru naročnika, ki naj bi bil primerljiv nadzoru nad notranjimi organizacijskimi enotami. Sodišče je pojasnilo, da pogoj o primerljivem nadzoru ni izpolnjen, če je v družbi hčerki udeležen zasebni kapital.⁴ V primeru Marproma je pogoj nesporno izpolnjen, saj je MOM edina družbenica Marproma, torej ima MOM nad Marpromom nadzor, primerljiv nadzoru nad notranjimi organizacijskimi enotami. Izvajanje gospodarskih javnih služb se šteje kot izvajanje dejavnosti za naročnika. Če predstavljata gospodarski javni službi pretežni del dejavnosti Marproma, je izpolnjen tudi drugi pogoj.

ZJN-2 zavezuje družbo, kateri je bil posel dodeljen neposredno, po pravilih o *in-house* naročilih, da pri vseh nakupih blaga, storitev in gradenj, ki so povezani s tem poslom, ravna kot naročnik, četudi sicer ni naročnik. Ta pogoj dejansko na obveznosti Marproma ne vpliva. Marprom je javno podjetje in že zato naročnik (prvi in drugi odstavek 3. člena ZJN-2, prvi in drugi odstavek 3. člena ZJNVETPS).

ZJN-2 zavezuje naročnike, da ravnajo pri oddaji posla po *in-house* izjemi iz 8. točke prvega odstavka 17. člena ZJN-2 skrbno in gospodarno. Plačilo oziroma kakršnakoli drugačna odmena mora biti primerljiva s cenami na trgu, ki veljajo za istovrstne posle.

Pravila 8. točke prvega odstavka 17. člena ZJN-2 omogočajo, da MOM posel upravljanje žičniških naprav prepusti Marpromu neposredno, brez objave javnega razpisa. ZJZP enake izjeme izrecno ne določa. Ne glede na to, je posel upravljanja žičniških naprav mogoče oddati neposredno Marpromu, četudi bi bil posel po svoji vsebini podrejen ZJZP (ekonomsko tveganje na strani izvajalca), saj se s pogodbo med MOM in Marpromom ne vzpostavlja razmerje med javnim in zasebnim partnerjem. Marprom je javno podjetje MOM.

⁴ C-337/2005, sodba Sodišča (veliki senat) z dne 8. aprila 2008, Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki.

V začetku letošnjega leta je bila na ravni EU sprejeta Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb.⁵ Slovenija in ostale države članice jo bodo morale prenesti v svoj pravni red do 18. aprila 2016. Dejansko to pomeni, da bo moral Slovenija vprašanja, ki so sedaj urejena v ZJZP, urediti skladno s to direktivo. Direktiva izrecno določa, da so tako imenovani *in-house* posli izključeni iz te direktive in da jih lahko naročniki oddajo neposredno. Po pogojih iz prvega odstavka 17. člena direktive so posli izključeni, če so izpolnjeni pogoji:

- javni naročnik ali naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe in
- odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 % svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je zaupal javni naročnik ali naročnik, ki jo obvladuje, ali so ji jih zaupale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta javni naročnik ali naročnik, in
- v odvisni pravni osebi ni neposredne udeležbe zasebnega kapitala, razen v obliki neobvladujoče in nezaviralne udeležbe zasebnega kapitala, ki se zahteva na podlagi določb nacionalne zakonodaje, skladnih s Pogodbama, in ne vpliva odločilno na odvisno pravno osebo.

Ker pravila ZJN-2 in ZJZP omogočajo, da MOM posle povezane z upravljanjem žičniških naprav, ki jih je pridobila v last po stečaju dosedanjega koncesionarja, prepusti Marpromu brez javnega razpisa, je s tem dejansko omogočeno, da mu tudi neposredno, to je brez javnega razpisa podeli javnopravno upravičenje, katero je pogoj za izvajanje žičničarske dejavnosti – koncesijo za graditev žičniških naprav.

V strokovnem mnenju utemeljujemo dopustnost neposredne podelitve posla oziroma koncesije za graditev s pravili ZJN-2. Podelitev koncesije brez javnega razpisa še dodatno utemeljuje analogija s pravili 76. člena ZŽNPO, ki je umeščen med prehodne in končne določbe zakona. Drugi odstavek 76. člena ureja položaj oseb, ki so bile ob uveljavitvi ZŽNPO lastniki žičniških naprav. Določa, da morajo tudi v takšnem primeru osebe pridobiti koncesijo za graditev (pred uveljavitvijo ZŽNPO ni bil vzpostavljen sistem koncesij za graditev žičniških naprav), a da jo pridobijo brez javnega razpisa. Tudi analogija z drugim odstavkom 76. člena ZŽNPO omogoča sklepanje, da naj se v primeru, ko so naprave že grajene, koncesija podeli tistemu, ki postane lastnik teh naprav. Marprom sicer ni lastnik žičniških naprav, lastnik je MOM. Ker pa je Marprom javno podjetje MOM, predstavljata ekonomsko in organizacijsko celoto. Po analogiji z drugim odstavkom 76. člena ZŽNPO je MOM ali njeno javno podjetje upravičena do koncesije za graditev žičniških naprav.

ŠC Pohorje je bil tudi koncesionar za gospodarsko javno službo prevoza potnikov po žičniški napravi. Ker je s stečajem koncesionarja prenehala koncesija za gradnjo žičniške naprave (prvi odstavek 32. člena ZŽNPO), je prenehala tudi koncesija gospodarske javne službe na tej žičniški napravi (drugi odstavek 43. člena ZŽNPO). ZŽNPO določa, da mora stečajni upravitelj zagotoviti, da koncesionar izvaja javno službo tudi v teku stečajnega postopka do takrat, ko koncesijo prevzame druga oseba (osmi odstavek 32. člena ZŽNPO). Koncedenta pa zavezuje, da koncesijo za gradnjo in izvajanje javne službe prenese na drugega izvajalca (deseti odstavek 32. člena ZŽNPO).

⁵ UL L 94/1 z dne 28. 3. 2014.

Namen citiranih pravil je, da se tudi po stečaju koncesionarja zagotovi izvajanje javne službe. ZŽNPO govori o tem, da naj koncedent prenese koncesijo na drugega izvajalca. To pa ne pomeni, da določa, da se mora javna služba prevoza potnikov po žičniški napravi še naprej izvajati v obliki koncesije. Uvodoma je predstavljeno, da ZGJS omogoča različne oblike izvajanja gospodarske javne službe, enako tretji odstavku 40. člena ZŽNPO. Le v primeru, da se MOM odloči, da bo to gospodarsko javno službo še naprej prepustila v izvajanje osebi zasebnega prava kot koncesionarju po ZGJS, mora to tretjo osebo izbrati po javnem razpisu iz 36. člena ZGJS. Če pa sprejme odločitev, da bo gospodarsko javno službo izvajalo njeno podjetje, je javni razpis odveč.

Tudi v zvezi z izbiro izvajalca gospodarske javne službe po stečaju dosedanjega izvajalca oziroma koncesionarja velja enako, kot je predstavljeno pri izbiri novega koncesionarja za graditev po stečaju dosedanjega koncesionarja za graditev. Ker ZŽNPO teh vprašanj ne ureja, veljajo splošna pravna pravila, za javno službo so to pravila ZGJS. Toda tudi analogija s splošnimi določbami ZŽNPO o izvajanju gospodarske javne službe prevoza potnikov (38. do 47. člen) omogoča enako sklepanje, da sme MOM podeliti koncesijo za izvajanje javne službe Marpromu. Iz določb 40., 41. in 42. člena ZŽNPO je razumeti, da bi naj upravičenje za izvajanje gospodarske javne službe pridobila ista oseba, kot koncesijo za graditev žičniške naprave. V mnenju je že pojasnjeno, da je MOM upravičena, da podeli svojemu javnemu podjetju koncesijo za graditev žičniške naprave neposredno, brez javnega razpisa. Glede na citirana pravila ZŽNPO o izvajanju gospodarske javne službe, bi naj podelitev koncesije za graditev sovpadala s podelitvijo koncesije za izvajanje gospodarske javne službe.

Glede na navedeno povzemamo:

Ker so po stečaju ŠC Pohorje, koncesionarja za graditev žičniških naprav in koncesionarja za izvajanje javne službe prevoza potnikov, koncesije prenehale ter žičniške naprave na podlagi ZŽNPO prešle v last MOM, je MOM upravičena, da za koncesionarja za graditev žičniških naprav in izvajalca gospodarske javne službe prevoza potnikov izbere svoje javno podjetje Marprom.



Mnenje pripravila:
Prof. dr. Vesna Kranjc

Na podlagi 27. in 76. člena Zakona o žičniških napravah za prevoz oseb (Ur.l. RS, št. 126/2003; v nadaljevanju ZŽNPO) ter 16. člena Statuta Mestne občine Maribor (MUV št. 27/95, 13/98, 23/98, 5/2000, 10/2002, 6/2004, 13/2004 in 26/2005) je Mestni svet Mestne občine Maribor, na svoji 16. izredni seji, dne 28. junija 2010 sprejel

ODLOK

o koncesiji za graditev obstoječih žičniških naprav za prevoz oseb v Mestni občini Maribor

I. SPLOŠNE DOLOČBE

1. člen

(vsebina odloka)

Ta odlok je koncesijski akt za podelitev koncesije za graditev žičniške naprave za prevoz oseb (v nadaljevanju: koncesija) za žičniške naprave, za katere so ob uveljavitvi ZŽNPO imeli lastniki veljavno obratovalno dovoljenje (v nadaljevanju: žičniška naprava).

Posamezne žičniške naprave, ki so predmet koncesije po tem odloku, so določene v prilogi tega odloka, ki je njen sestavni del.

Prevoz oseb po žičniških napravah, ki so predmet koncesije po tem odloku, ni gospodarska javna služba.

2. člen

(izključna pravica)

Koncesionar za graditev žičniške naprave pridobi izključno pravico graditi žičniško napravo, ki je predmet posamezne koncesije.

II. PODELITEV KONCESIJE

3. člen

(način podelitve)

Na podlagi drugega odstavka 76. člena ZŽNPO se koncesija podeli brez javnega razpisa.

Koncesija iz prejšnjega odstavka se podeli na podlagi vloge lastniku posamezne žičniške naprave iz tretjega odstavka 76. člena ZŽNPO z upravno odločbo, ki jo izda Mestna uprava Mestne občine Maribor, Urad za komunalo, promet, okolje in prostor

4. člen

(pogoji za koncesionarja)

Koncesionar mora izpolnjevati naslednje pogoje:

- da ima veljavno registracijo za opravljanje žičniške dejavnosti,
 - da ima strokovno usposobljene kadre in zadostne tehnične zmogljivosti za opravljanje koncesije;
 - da ima obratovalno dovoljenje, veljavno na dan uveljavitve ZŽNPO,
 - ima poravnane vse davke, prispevke in druge javne dajatve
 - ni v postopku prisilne poravnave, stečaja ali likvidacije
- Če lastnik ne izpolnjuje pogojev iz prejšnjega odstavka, mora najkasneje v 3 mesecih po sklenitvi koncesijske pogodbe

določiti osebo, ki bo obratovala žičniško napravo in ki izpolnjuje pogoje iz prvega odstavka tega člena.

5. člen

(koncesijska pogodba)

Medsebojna razmerja med koncedentom in koncesionarjem se za posamezno žičniško napravo iz priloge tega odloka podrobneje uredijo s koncesijsko pogodbo.

Koncesijsko pogodbo sklene v imenu koncedenta župan.

6. člen

(pristojnost)

Za izdajo odločb in drugih posamičnih aktov v zvezi s koncesijo je pristojna Mestna uprava Mestne občine Maribor, Urad za komunalo, promet, okolje in prostor.

III. POGOJI KONCESIJE

7. člen

(trajanje koncesije)

Koncesija se za posamezno žičniško napravo podeli za čas, določen v prilogi tega odloka (v nadaljevanju: rok koncesije).

Rok koncesije se lahko podaljša največ za polovico roka koncesije, če je ob izteku roka koncesije glede na stanje žičniške naprave mogoče pričakovati, da bo žičniška naprava varno obratovala v času podaljšanja koncesije.

Rok koncesije se podaljša z odločbo, ki jo izda Mestna uprava Mestne občine Maribor, Urad za komunalo, promet, okolje in prostor, na zahtevo koncesionarja.

Koncesija se v času podaljšanja roka koncesije izvaja pod pogoji koncesijske pogodbe, o čemer se sklene aneks h koncesijski pogodbi.

8. člen

(prenos koncesije)

Koncesijo lahko koncesionar prenese na drugo osebo samo s soglasjem mestnega sveta.

9. člen

(prenehanje koncesije)

Koncesija preneha:

- zaradi prenehanja koncesijske pogodbe;
- zaradi stečaja koncesionarja;
- z odvzemom koncesije.

10. člen

(prenehanje koncesijske pogodbe)

Koncesijska pogodba preneha:

- s potekom roka koncesije,
- z odpovedjo zaradi bistvene kršitve koncesijske pogodbe,
- s sporazumno razvezo koncesijske pogodbe;

11. člen

(odvzem koncesije)

Koncedent z odločbo odvzame koncesijo:

- če koncesionar ne ravna skladno z izvršljivimi odločbami pristojnih inšpekcijskih organov, ki se nanašajo na žičniško

- napravo in njeno obratovanje;
- če najkasneje v enem letu ne začne z obratovanjem žičniške naprave, pa ne pride do sporazumne razveze koncesijske pogodbe;
 - če za eno leto preneha z obratovanjem žičniške naprave, pa se koncesionar in koncedent ne dogovorita drugače;
- Koncesijsko razmerje preneha z dokončnostjo odločbe o odvzemu koncesije.

okolščinam čimbolj primerneja stanja na vseh zemljiših in drugih površinah koncesije.

Odstranitev žičniške naprave se podrobneje uredi v koncesijski pogodbi.

IV. KONČNA DOLOČBA

**12. člen
(odstranitev žičniške naprave)**

Koncesionar mora po prenehanju koncesijskega razmerja odstraniti žičniško napravo, razen če se s koncedentom ne dogovorita drugače.

Odstranitev žičniške naprave obsega razgraditev žičniške naprave, odstranitev objektov in naprav koncesije in vzpostavitev

**14. člen
(uveljavitev)**

Ta odlok začne veljati naslednji dan po objavi v Medobčinskem uradnem vestniku.

Številka: 35900-88/2009
Datum: 28. junij 2010

Župan
Franc Kangler, s. r.

Priloga – žičniške naprave, ki so predmet koncesije

Zap. št.	Ime naprave	Izvedba	Pogon	Napajanje	Proizvajalec	Leto gradnje		Trajanje koncesije (let)	Nadmorska višina		Višinska razlika (m)	Dolžina (m)	Kapaciteta (oseb/uro)	Lokacija	
						I. lokacija	relokacija		spodaj (m)	zgoraj (m)				parc. št.	k. o.
1	Bellevue	vlečnica	zgoraj	spodaj	Metalna	1962		15	1020	1050	30	250	600	680, 655/2, 691, 692, 508/4, 676, 508/3, 511/2, 516/7	Pekre
2	Bolfenk	vlečnica	zgoraj	spodaj	Metalna	1964		15	859	1041	182	653	720	679, 676, 678	Pekre
3	Habakuk	vlečnica	spodaj	zgoraj	Metalna	1969		15	764	915	151	660	890	531/20, 531/4, 687, 531/21, 1337/1, 1336, 1330, 1339/1, 1327, 1329/1	Pekre Zg. Radvanje
4	Videc	vlečnica	zgoraj	spodaj	Metalna	1973		15	964	1150	186	957	1000	404/13	Zg. vrhov dol
5	Stolp	dvosedežnica	spodaj	zgoraj	Doppelmayr	1977	2003	23	1025	1147	122	944	1200	494/2	Hrastje
														1330, 1337/1	Zg. Radvanje
6	Steme	dvosedežnica	spodaj	zgoraj	Doppelmayr	1980	1998	25	888	1046	158	1074	1202	687, 531/18, 531/14, 685, 531/9, 530/2, 529/6, 684, 528/6, 527/5, 527/9, 526/5, 525/4, 524/10, 682, 524/9, 518/5, 680, 511/2, 506/2, 653/1	Pekre
7	Radvanje	dvosedežnica	zgoraj	spodaj	Doppelmayr	1971	1992	20	336	570	234	770	1474	1320/2, 1339/3, 1339/1, 1320/1, 1230, 1276, 1231, 1232/2, 1179/3, 1178/1	Zg. Radvanje