



**Občina Tolmin**  
Ulica padlih borcev 2,  
5220 TOLMIN

**Urad župana**

Številka: 160 - 0002/2014

Datum: 2. oktober 2017

## **OBČINSKI SVET OBČINE TOLMIN**

**Ulica padlih borcev 2**

**5220 TOLMIN**

Zadeva: **Predlog za sprejem sklepa o začetku postopka za oceno ustavnosti Zakona o lekarniški dejavnosti**

V občini Tolmin, oziroma konkretnije v mestu Tolmin lekarniško dejavnost na podlagi Pogodbe o koncesiji št. 2/93 z dne 23. 12. 1993, kot koncesionarka opravlja Martina Klanjšček, mag. farm. (v nadaljnjem besedilu: koncesionarka). Omenjeno pogodbo je s koncesionarko sklenila takratna Občina Tolmin (zgolj zaradi doslednosti je potrebno opozoriti, da ne gre za sedanjo Občino Tolmin, ki je bila ustanovljena na podlagi Zakona o ustanovitvi občin ter o določitvi njihovih območij (Uradni list RS, št. 108/06 – uradno prečiščeno besedilo in 9/11), šele ob koncu leta 1994). Pogodba je z današnjega vidika precej pomanjkljiva, saj ne ureja vseh vprašanj v zvezi z izvajanjem koncesije (ne vsebuje npr. niti določb o trajanju koncesije). Koncesionarka je lekarniško dejavnost v Tolminu, na podlagi zgoraj navedene pogodbe opravljala vse do danes, oziroma jo še vedno opravlja. Ob zgoraj navedenem velja opozoriti, da je Občina Tolmin, ki je bila pravna prednica današnje Občine Tolmin (torej tista, ki je obstajala pred letom 1994) v letu 1993 sprejela tudi Odlok o ustanovitvi javnega zavoda Tolminske lekarne, vendar je kasneje za opravljanje lekarniške dejavnosti podelila koncesijo zasebnikom.

Koncesionarka je v juniju 2016 vložila vlogo s katero je zaprosila za izdajo dopolnilne odločbe k odločbi o koncesiji in aneksa k pogodbi o koncesiji, na podlagi katerih bi dejavnost, ki jo je doslej opravljala kot zasebna lekarna v bodoče opravljala prek kapitalske družbe z omejeno odgovornostjo. Državni zbor RS je namreč ob koncu lanskega leta sprejel Zakona o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/2016 v nadaljevanju: ZLD – 1), ki je začel veljati 25. 1. 2017 in ki, za razliko od dotlej veljavnega Zakona o lekarniški dejavnosti omogoča, da to dejavnost, na podlagi koncesije, opravlja tudi pravna oseba. Na podlagi zakona, ki je veljal do leta 2017 je namreč dejavnost lahko opravljal le posameznik, kot zasebnik. Po našem mnenju je sporen 121. člen Zakona o lekarniški dejavnosti, ki ureja možnost »prehoda« koncesije z zasebnika na pravno osebo.

ZLD -1 v 3. odstavku 5. člena določa, da »Mrežo lekarniške dejavnosti v skladu s tem zakonom na primarni ravni zagotavlja občina ali več sosednjih občin skupaj, na sekundarni in

terciarni ravni pa država.«. V nadaljevanju pa zakon za zagotavljanje te mreže lekarniške dejavnosti na primarni ravni prvenstveno določa ustanovitev javnega lekarniškega zavoda, ki ga ustanovi na svojem območju občina ali več sosednjih občin (27. člen ZLD - 1), ali podelitev koncesije fizični ali pravni osebi (39. in 40. člen ZLD - 1), ki jo za svoje območje, po postopku, ki ga določa zakon, prav tako podeli občina. Po uveljavitvi novega Zakona o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/2016 v nadaljevanju: ZLD – 1) je koncesionarka dne 7. 6. 2017 vložila vlogo s katero, ob sklicevanju na 121. člen zgoraj navedenega zakona občino obvešča, da je ustanovila gospodarsko družbo in zato predlaga, da ji Občina Tolmin kot koncedent izda »dopolnilno odločbo k odločbi o koncesiji in aneks k pogodbi o koncesiji z upoštevanjem novega pravnega statusa koncesionarja«. Iz same vloge in tudi iz razgovorov, ki so naknadno potekali med obema strankama je ugotoviti, da koncesionarka meni, da bi morala občina pravni osebi, ki jo je ustanovila koncesionarka, izdati odločbo in z njo skleniti aneks k pogodbi o koncesiji za nedoločen čas.

Zahteva koncesionarke temelji na 121. čl. novega ZLD – 1, ki se glasi:

- »(1) Ustanovitelj uskladi akte o ustanovitvi, organiziranost in delovanje obstoječih javnih zavodov s tem zakonom v dveh letih od uveljavitve tega zakona.
- (2) Koncesijske odločbe in pogodbe, ki so bile po uveljavitvi Zakona o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06) podeljene oziroma sklenjene za nedoločen čas, se z dnem uveljavitve tega zakona štejejo za podeljene, in sicer za obdobje od najmanj 15 do največ 30 let, šteto od uveljavitve tega zakona. Pri določitvi trajanja koncesije mora koncedent upoštevati naravo lekarniške dejavnosti in obseg njenega izvajanja, dosedanja vlaganja v izvajanje lekarniške dejavnosti in stopnjo njihove amortiziranosti, morebitna potrebna nova vlaganja in druge okoliščine. Koncedent po uradni dolžnosti izda odločbo o spremembi koncesijske odločbe in koncesionarju predlaga sklenitev aneksa h koncesijski pogodbi. Če koncesionar ne želi skleniti aneksa h koncesijski pogodbi glede trajanja koncesije, veljajo določbe odločbe o spremembi koncesijske odločbe.
- (3) Izvajalci lekarniške dejavnosti, ki na dan uveljavitve tega zakona ne izpolnjujejo pogojev iz 26. člena tega zakona, svojo dejavnost uskladijo z določbami tega zakona najpozneje v enem letu od uveljavitve tega zakona.
- (4) Ne glede na določbe 81. člena tega zakona lahko samostojno izdajajo zdravila pri izvajalcu lekarniške dejavnosti tudi inženirji farmacije z višjo strokovno izobrazbo, razen priprave in izdaje zdravil, ki vsebujejo narkotične in psihotropne učinkovine v skladu z zakonom, ki ureja proizvodnjo in promet s prepovedanimi drogami.
- (5) V skladu s šesto alinejo drugega odstavka 89. člena tega zakona laboratoriji izvajalcev lekarniške dejavnosti pridobijo certifikate skladnosti z dobro proizvodno prakso v dveh letih od uveljavitve tega zakona.
- (6) Magistrom farmacije, ki na dan uveljavitve tega zakona opravljajo strokovno delo pri izvajalcu lekarniške dejavnosti, pristojna zbornica na podlagi vloge podeli prvo licenco za obdobje sedmih let.
- (7) Izvajalec lekarniške dejavnosti, ki na dan uveljavitve tega zakona opravlja lekarniško dejavnost na podlagi koncesije in je registriran kot zasebni zdravstveni delavec, se lahko statusno preoblikuje v gospodarsko družbo na davčno nevtralen način na podlagi smiselne uporabe določb zakona, ki ureja gospodarske družbe in se nanašajo na statusno preoblikovanje podjetnika.«

Pred zdaj veljavnim ZLD 1 je veljal Zakon o lekarniški dejavnosti (v nadaljevanju ZLD), ki je bil sprejet v letu 1992 (Uradni list RS, št. 9/92), kasneje pa je bil še večkrat spremenjen ali dopolnjen. Omenjeni zakon je bil v primerjavi s sedanjim precej manj obsežen, zato so bile

tudi določbe, ki so urejale koncesijsko opravljanje lekarniške dejavnosti manj natančne. Nesporno je, da je ZLD dovoljeval le podelitev koncesije posameznikom, torej fizičnim osebam, ne pa tudi pravnim osebam (14. člen zakona). Zakon izrecno ni omejeval časa za katerega se podeli koncesija, zaradi česar je bila dopustna tudi podelitev koncesije za nedoločen čas. Ob upoštevanju dejstva, da se je koncesija lahko podeljevala samo posameznikom pa je jasno, da je bila koncesija posredno dodeljena za določen čas. Koncesija je bila namreč vezana na osebo posameznika, ki mu je bila podeljena in je zato najkasneje z njegovo upokojitvijo ali smrtjo (pod določenimi pogoji so z opravljanjem dejavnosti lahko nadaljevali dediči, vendar še največ pet let) prenehala.

V kolikor bo obveljala sporna ureditev 121. člena ZLD – 1 se bo ureditev koncesij spremenila tako, da bodo koncesionarji, ki jim je bila koncesija (sicer osebno) podeljena za nedoločen čas spremenila v koncesijo za nedoločen čas, katere nosilec bo pravna oseba. Ob tem pa je potrebno upoštevati, da je pravna oseba oziroma njeni deleži lahko tudi predmet prodaje. ZLD – 1 sicer določa, da mora biti delež nosilca dejavnosti – magistra farmacije v takšni družbi večji od polovice, to pa je tudi edina omejitev. Na podlagi zgoraj navedene določbe ZLD – 1 naj bi koncesionar, ki mu je bila koncesija podeljena za nedoločen čas (kot rečeno pa je bila takšna koncesija, ker je bila vezana na koncesionarjevo osebo posredno podeljena za določen čas) pred letom 2006, takšno koncesijo prenesel na pravno osebo in bo ta koncesija dejansko postala koncesija za nedoločen čas, poleg tega pa bo tudi sama pravna oseba lahko predmet nadaljnjih prodaj. Ni namreč dvoma, da se bo tudi v zvezi z nadaljnjim poslovanjem družb, ki opravljajo lekarniško dejavnost uporabljal Zakon o gospodarskih družbah, ki na splošno ureja delovanje gospodarskih družb.

Z izpodbijano določbo zakona je torej zakonodajalec ustvaril možnost:

- da se koncesija iz koncesije, ki je bila ob upoštevanju dejstva, da je bila vezana na fizično osebo, vsaj posredno podeljena za določen čas spremeni v dejansko koncesijo za nedoločen čas;
- da se koncesija podeljena za nedoločen čas s spremembo lastništva pravne osebe tudi »prenaša«;
- da gre za očitno izjemo, saj zgoraj opisana ureditev velja le za koncesionarje, ki jim je bila koncesija podeljena pred letom 2006, vsi ostali koncesionarji, ki bodo opravljali lekarniško dejavnost pa bodo lahko imeli koncesijo le za obdobje od petnajst do trideset let (zakaj je zakonodajalec menil, da je takšna neenakost med koncesionarji utemeljena iz samega zakona ne izhaja, saj se le – ta ne sklicuje na kakšno konkretno določbo Zakona o javno – zasebnem partnerstvu, temveč kar na zakon na splošno).

Vse zgoraj navedeno pridobi še dodatno težo v kolikor upoštevamo še določbe 55. člena o prenehanju koncesijske pogodbe, saj ta lahko preneha le:

- po poteku časa za katerega je bila sklenjena (ta razlog v primeru koncesije za nedoločen čas seveda odpade);
- s smrtjo koncesionarja (ta razlog v primeru, ko je nosilec pravna oseba prav tako odpade);
- s sporazumom (ta način je seveda mogoč le v primeru, da z njim soglašata obe stranki);
- s smrtjo nosilca lekarniške dejavnosti, če ne pride do prenosa lastniškega deleža na novega ustreznega nosilca dejavnosti (za kar je rok kar pet let po smrti);
- z odpovedjo zaradi kršitve pogodbe;
- zaradi stečaja koncesionarja.

Glede na opisane razloge ima torej koncedent možnost zahtevati prenehanje koncesijske pogodbe le v primeru kršitve pogodbe, glede vseh ostalih možnosti gre za prenehanje koncesije na podlagi zakona oziroma dejstev na katere koncedent nima nobenega vpliva.

ZLD – 1 nadalje v 56. členu ureja tudi odvzem koncesije, torej razloge zaradi katerih lahko koncedent odvzame koncesijo. Tudi v tem primeru so določeni le t.i. krivdni razlogi (neizpolnjevanje pogojev, kršitev določb pogodbe, ravnanje v nasprotju z ukrepi iz nadzora).

Na podlagi vsega zgoraj navedenega je torej jasno, da je s spremembo zakona prišlo do spremembe pogojev glede pogodb o koncesiji podeljenih pred letom 2006, ki je bila predhodno, glede na to, da je bila vezana na osebo koncesionarja, vsaj posredno podeljena za določen čas v dejansko pogodbo za nedoločen čas. Nadalje je s spremembo zakona s katero je mogoč prenos koncesije na pravno osebo omogočeno tudi spreminjanje lastništva (in s tem uprave) te pravne osebe, brez kakršnegakoli vpliva občine kot koncedenta. V konkretnem primeru, pa naj bi se poleg vsega zgoraj navedenega vse opisane spremembe izvedle tako, da koncedent ne bi bil upravičen tudi do nobene koncesnine. To pomeni, da bi bila koncesija, torej ekskluzivna pravica opravljati določeno dejavnost na določenem ozemlju za (dejansko) nedoločen čas podeljena pravni osebi, na lastništvo katere koncedent nima nobenega vpliva, za podeljeno pravico pa tudi ne more zahtevati nobenega nadomestila. Dejansko bi torej občina kot koncedent nekomu podelila koncesijo za vedno, brez nadomestila in od takšne koncesije (razen v primeru krivdnih razlogov) ne bi mogla odstopiti, niti je ne bi mogla odvzeti. Zakon s takšno rešitvijo postavlja v neenakopraven položaj nosilce koncesije lekarniške dejavnosti, ki so to koncesijo pridobili za nedoločen čas pred letom 2006 in tiste, ki so je pridobili (morda prav tako za nedoločen čas) po letu 2006. Vsi tisti, ki so koncesijo pridobili po omenjenem letu, so lahko namreč nosilci koncesije le za določen čas (tudi če so bili prej nosilci koncesije za nedoločen čas), tisti, ki so koncesijo pridobili pred letom 2006 pa so nosilci koncesije lahko le za določen čas. Prav tako se bodo tudi koncesije, ki bodo podeljene po uveljavitvi novega ZLD – 1 lahko podeljevale le za določen čas od 15 do 30 let.

V konkretnem primeru občine Tolmin pa je potrebno opozoriti tudi, da je koncesijska pogodba sklenjena pred približno 25. leti popolnoma neustrezna za današnje obdobje, saj ne vsebuje niti vsega, kar določa ZLD – 1, vendar ob stališču koncesionarja in tudi Ministrstva za zdravje občina, kot koncedent na to nima nobenega vpliva, saj lahko izda le odločba o prenosu koncesije in sklene aneks k koncesijski pogodbi s katerim se ta uskladi le v delu, ki se nanaša na statusno preobrazbo koncesionarja.

Ob vsem zgoraj navedenem pa ne gre pozabiti, da je izključna pravica opravljati lekarniško dejavnost na določenem območju za prebivalce tega območja zelo pomembna pravica, kar še zlasti velja v primeru Občine Tolmin, ki za izvrševanje te pomembne dejavnosti skrbi izključno prek koncesije, saj nima lastnega zavoda. Zakonodajalec pa si je v zvezi z zagotavljanjem tako pomembne dejavnosti nepremišljeno dovolil, da je določil, da se koncesija zanjo lahko podeli pravni osebi, za nedoločen čas, z zelo omejenimi možnostmi odstopa od pogodbe ali odvzema koncesije, pri čemer te izjeme v zakonu niti ni izrecno navedel v zakonu, temveč se bolj podrazumeva. Prav tako pa v zakonu tudi ni opredeljen postopek podelitve takšne koncesije, saj ZLD – 1 v 2. odstavku 121. člena določa le postopek podelitve koncesije koncesionarjem, ki se jim koncesija spremeni iz koncesije za nedoločen čas v določen čas (torej tistim, ki jim je bila koncesija podeljena po letu 2006), ničesar pa ne določa glede postopka »prenosa« koncesije za nedoločen čas na pravno osebo.

Menimo, da izpodbijana določba zakona neposredno posega v pravice občine, kot samoupravne lokalne skupnosti, saj občino zavezuje k določenemu ravnanju, ki bi bilo lahko za občino celo škodljivo, sami občini pa s tem v zvezi sploh ne dopušča možnosti presoje ali odločanja o (dejanski) podelitvi koncesije za nedoločen čas, v nasprotju, sicer v istem zakonu določenim splošnim načelom, da se koncesija podeljuje za določen čas od 15 do 30 let.

Glede na navedeno menimo, da je izpodbijana določba 121. člena ZLD – 1 v nasprotju z Ustavo RS in sicer 9., 74. in 140. členom. Izpodbijana zakonska določba namreč posega neposredno v delovno področje oziroma pristojnosti občine, ki ji jo je država pravzaprav prenesla z ZLD – 1, saj občini odvzema pristojnost odločanja o tem ali naj določeni pravni

osebi podeli koncesijo za opravljanje lekarniške dejavnosti, in v kolikor ji jo podeli, pod kakšnimi pogoji. Pristojnost občini za podelitev koncesije pravni osebi je hkrati s tem, ko ji jo je podelil torej isti zakon tudi odvzel, v kolikor je bila koncesija pred leto 2006 podeljena za nedoločen čas zasebniku, ki je ustanovitelj pravne osebe. Hkrati s posegom v lokalno samoupravo pa je zakon z izpodbijano določbo posegel tudi v področje podjetništva in povzročil neupravičeno razliko med gospodarskimi subjekti, saj samo tistim, ki so koncesijo pridobili pred letom 2006 omogoča prenos in s tem podaljšanje v nedoločen čas, vsi preostali (tudi, če so koncesijo že pred tem pridobili za nedoločen čas), pa jo lahko pridobijo le za določen čas.

Izpodbijana zakonska določba je v neskladju tudi z direktivo 2014/23/EU z dne 26. 2. 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb in zaenkrat resda še bodočim Zakonom o podeljevanju koncesiji, ki je še v parlamentarni proceduri in je »namenjen« prenosu zgoraj navedene direktive v slovenski pravni red. Oba predpisa namreč med temeljnimi načeli podelitev koncesiji za gradnje in/ali druge storitve navajata prav časovno omejenost in odplačnost podelitve koncesijske pravice, torej načeli, ki ju ZLD -1 v zgoraj navedeni določbi ne upošteva.

Menimo, da je uvodoma citirana določba 121. čl. ZLD – 1 v nasprotju z ustavo in, ker gre za določbo, ki posega v pravice in obveznosti občine v zvezi z izvrševanjem javnih pooblastil, je občina na podlagi 23.a člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/2007 – uradno prečiščeno besedilo in 109/2012; v nadaljevanju ZUstS) legitimirana tudi, da z zahtevo začne postopek za oceno ustavnosti zgoraj navedenega zakona oziroma konkretne določbe. Dveta alineja zgoraj navedenega člena ZUstS določa, da v primeru, da se posega v ustavni položaj ali v ustavne pravice samoupravne lokalne skupnosti z zahtevo prične postopek predstavnikiški organ lokalne skupnosti, torej občinski svet. Navedeno torej pomeni, da mora o tem ali bo vložena zahteva za presojo ustavnosti posamezne zakonske določbe odločiti občinski svet.

Na podlagi zgoraj navedenega občinskemu svetu predlagamo, da sprejme naslednji

## **S K L E P**

Občina Tolmin, kot samoupravna lokalna skupnost na podlagi določbe 9. alineje 1. odstavka 23.a člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/2007 – uradno prečiščeno besedilo in 109/2012) z zahtevo začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti Zakona o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/2016), še zlasti pa 121. člena zgoraj navedenega zakona.

Občinski svet Občine Tolmin pooblašča Župana Občine Tolmin za vložitev zgoraj navedene zahteve pri ustavnem sodišču, s katero naj predlaga ugotovitev neustavnosti, odpravo predpisa in odpravo neustavnih/nezakonitih pravnih posledic.

Pripravil:  
Davorin Simčič  
Direktor občinske uprave

Uroš Brežan,  
ŽUPAN

Priloge: - pogodba o koncesiji št. 2/93 z dne 23. 12. 1993;  
- vloga za izdajo dopolnilne odločbe z dne 1. 6. 2017;  
- elektronsko sporočila Ministrstva za zdravje RS z dne 9. 6. 2017.