

Uporaba pravil Obligacijskega zakonika za razmerja iz koncesijske pogodbe: koncesijska pogodba na meji med javnim in zasebnim

JANEZ AHLIN

IZVLEČEK Posebno pravno naravo koncesijske pogodbe kot enega izmed pravnih poslov, ki predstavlja pravni okvir, v katerem se srečujeta tako javni kot zasebni interes in se usklajujeta za vzajemno korist, opredeljuje prepletanje splošnih pravil obligacijskega prava ter posebnih pravnih institutov, ki izvirajo iz sfere javnega prava. Pravna narava pogodbenih razmerij, ki nastajajo med upravnimi in zasebnopravnimi subjekti namreč terja posebno ureditev posameznih pravnih institutov, ki naj odsevajo javni interes kot pomembno vodilo za sklepanje teh pogodb ter poseben pravni položaj javnopravnega subjekta kot nosilca tega javnega interesa. Kljub sprejetju novega ZJZP v zakonodajni ureditvi koncesijske pogodbe, ki še vedno ostaja različno urejena v prej sprejetih specialnih določbah področnih zakonov, še vedno ostajajo nekatere pomanjkljivosti in dileme, ki jih pogodbeni praksa bolj ali manj učinkovito zapolnjuje. Za pravne položaje, ki so na prvi pogled klasično civilistični, so zakonodajalec oz. sodna praksa v večini razvitih držav oblikovali posebna, modificirana pravila civilnega prava. Ta so sčasoma prehajala in postala del javnega (upravnega) prava. Tako je npr. francoski pravni red najbolje razvil pravila javnega pogodbenega prava in pravni institut upravne pogodbe, ki se s strani slovenskih upravnopravnih teoretikov skuša vedno bolj umeščati tudi v naš pravni red.

KLJUČNE BESEDE: • koncesijska pogodba • koncesijsko javno-zasebno partnerstvo • javni interes • načelo enakosti strank • obligacijsko pravo

NASLOV AVTORJA: Mag. Janez Ahlin, Državno pravobranilstvo, Šubičeva ulica 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: janez.ahlin@antarion.si.

ISSN 1581-5374 Print/1855-363X Online © 2008 Lex localis (Maribor, Graz, Trieste, Split)

UDK: 347.4:351.71(497.3)

Članek je dostopen na spletni strani <http://pub.lex-localis.info>.

Application of the Rules of the Code of Obligations for Concession Contract Relations: Concession Contract on the Boundary between the Public and Private Interests

JANEZ AHLIN

ABSTRACT The special legal nature of the concession contract (as one of the legal transactions) which represents a legal framework where the public and private interests meet (two parties cooperate for mutual benefit) is characterised by intertwining of general rules of obligation law and special legal institutes that originate from the sphere of public law. The legal nature of the contractual relationships that arise between administrative and private entities requires special regulation of individual institutes that should reflect the public interest as an important guiding principle for concluding these contracts, and a special legal position of a public law entity as a holder of this public interest. Despite adoption of the new Public-Private Partnership Act in the legislative regulation of the concession contract that still remains variously regulated in previously adopted special provisions of sectoral laws, there are still some deficiencies and dilemmas that are more or less effectively dealt with in the contractual practice. For the legal positions that are classically civil at first sight, the legislator or court practice have laid down special modified rules of civil law in most developed countries. In the course of time, these rules became part of public law / administrative law. Thus, the French legal order has best developed the rules of the public contractual law and the legal institute of the administrative contract that the Slovenian administrative theoreticians try more and more to introduce also into our legal order.

KEY WORDS: • concession contract • concession partnership • public-private partnership • public interest • party equality principle • law of obligations

CORRESPONDENCE ADDRESS: Janez Ahlin, MSc, State Attorney's Office, Šubičeva ulica 2, SI-1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: janez.ahlin@antarion.si.

ISSN 1581-5374 Print/1855-363X Online © 2008 Lex localis (Maribor, Graz, Trieste, Split)
UDK: 347.4:351.71(497.3)
Available online at <http://pub.lex-localis.info>.

1 Uvod

Pravni termin koncesija je v slovenskem pravnem prostoru prisoten že iz časa pred drugo svetovno vojno.¹ Kljub vsemu koncesija v povojnem obdobju bivše Jugoslavije ni imela svojega mesta vse do konca 80-ih let prejšnjega stoletja, ko je na zvezni ravni bivše SFRJ pojem koncesije uporabljal Zakon o tujih vlaganjih /ZTV/ (Uradnem listu SFRJ 77/88). Zakon o zavodih /ZZ/ (Ur. l. RS, št. 12/91, 45/94, 8/96, 36/00 in 127/06) in Zakon o gospodarskih javnih službah /ZGJS/ (Ur. l. RS; št. 32/1993 do 30/1998 in 127/06), ki sta del današnje pozitivne ureditve, prav tako pa tudi v letu 1993 sprejeti Zakon o varstvu okolja /ZVO/ (Ur. l. RS, št. 32/93)², ki je v slovenski pravni red vpeljal koncesijo za upravljanje, rabo in/ali izkoriščanje naravnih dobrin, kljub uporabi pojma koncesije, slednjega neposredno ne definirajo. Pojem je v zakonu podrobneje opredelil šele v letu 2006 sprejeti Zakon o javno-zasebnem partnerstvu /ZJZP/ (Ur. l. RS; št. 127/2006), ki je »koncesijsko partnerstvo« opredelil kot obliko pogodbenega javno-zasebnega partnerstva. Tako pravnim praktikom kot teoretikom se ob tem gotovo poraja vprašanje, kakšen pomen in pravne posledice ima za koncesijo (kot tip pravnega razmerja) opredelitev in ureditev koncesijskega razmerja v ZJZP. Do uveljavitve ZJZP je bilo namreč za pravno ureditev koncesijskih pogodb (in tudi na splošno koncesijskega razmerja) značilno zgolj parcialno ter partikularno urejanje institutov tega pravnega področja. Skupni imenovalc vseh določil o koncesijskih pogodbah po posameznih področnih zakonih pa je normativna neizdelanost, ki je ob pomanjkanju sodne prakse privedla do številnih problemov v pogodbeni praksi. Uporaba splošnih določil Obligacijskega zakonika /OZ/ (Ur. l. RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 in 29/2007, čistopis je objavljen v Ur. l. RS, št. 40/2007) namreč ni mogla nadomestiti pomanjkljive normativne ureditve koncesij. Pričakovanja teorije in prakse, da bo vendarle sprejet zakon, ki bo enotno in celovito uredil koncesijsko razmerje, so se dokončno izjalovila, ko predvideni Zakon o koncesijah /ZKon/ ni bil sprejet. Prav zaradi povedanega se zastavlja vprašanje, kakšen je bil namen ali vsaj ambicija zakonodajalca, ki je v novem ZJZP opredelil koncesijsko razmerje ter uvedel nekatere nove rešitve, ki jih dosedanja pravna ureditev ni ustrezno reševala. To zlasti velja za posebno ureditev stavbne pravice izvajalca javno-zasebnega partnerstva (73. člen ZJZP) in izločitvene pravice v primeru stečaja nad koncesionarjem (81. člen ZJZP) ter za ureditev enostranskega posega v razmerje javno-zasebnega partnerstva (76. člen ZJZP).

Posebno pravno naravo koncesijske pogodbe kot enega izmed pravnih poslov, ki predstavlja pravni okvir, v katerem se srečujeta tako javni kot zasebni interes in se usklajujeta za vzajemno korist, opredeljuje prepletanje splošnih pravil obligacijskega prava ter posebnih pravnih institutov, ki izvirajo iz sfere javnega prava. Pravna narava pogodbenih razmerij, ki nastajajo med upravnimi in zasebnopravnimi subjekti namreč terjaja posebno ureditev posameznih pravnih institutov, ki naj odsevajo javni interes kot pomembno vodilo za sklepanje teh pogodb ter poseben pravni položaj javnopravnega subjekta kot nosilca tega

javnega interesa. Kljub sprejetju novega ZJZP pa v zakonodajni ureditvi koncesijske pogodbe, ki še vedno ostaja različno urejena v prej sprejetih specialnih določbah področnih zakonov, še vedno ostajajo nekatere pomanjkljivosti in dileme, ki jih pogodbeni praksa bolj ali manj učinkovito zapolnjuje. Za pravne položaje, ki so na prvi pogled klasično civilistični, so zakonodajalec oz. sodna praksa v večini razvitih držav oblikovali posebna, modificirana pravila civilnega prava. Ta so sčasoma prehajala in postala del javnega (upravnega) prava. Tako je npr. francoski pravni red najbolj razvil pravila javnega pogodbenega prava in pravni institut upravne pogodbe, ki se s strani slovenskih upravnopravnih teoretikov skuša vedno bolj umeščati tudi v naš pravni red. Slednje se že odraža v nekaterih določilih veljavne zakonodaje. Še bolj pa se je institut upravne pogodbe intenziviral v osnutku ZKon, ki naj bi poenotil sedanjo razpršeno zakonodajo s tega področja, čeprav zakon kasneje ni bil sprejet.

2 Pojem in vsebina koncesijskega razmerja

Zaradi pestrosti pojavnih oblik pogodbenih razmerij, ki jih teorija označuje s pojmom koncesija, je težko postaviti enotno definicijo tega pojma, ki bi upoštevala vse različice in oblike, da ne omenjamo različnih specifičnih in netipičnih kategorij koncesij. V različnih pravnih sistemih se pojem uporablja za zelo različna pravna razmerja in dejavnosti. Definicije avtorjev se med seboj močno razlikujejo glede na pravni red in pravno vejo, kateri pripadajo (Grile in Juhart, 1991: 3). Skupno številnim definicijam je, da javnopravni subjekt podeli dovoljenje ali odobritev praviloma zasebnopravnemu subjektu za opravljanje dejavnosti, ki je navadno v pristojnosti države. Po stališču slovenske upravnopravne teorije naj bi bila koncesija, upošteva določbo 29. člena ZGJS, poleg dovoljenja za izvrševanje določene pravice tudi dolžnost to podeljeno pravico izvajati (Čebulj, 1996: 238).

Koncesijsko razmerje je pravno razmerje, ki praviloma nastane s sklenitvijo koncesijske pogodbe med koncedentom in koncesionarjem. Glavna dilema, s katero se ukvarjajo tako teoretiki kot tudi praktiki, je v tem, ali je to razmerje zgolj zasebnopravno razmerje ali pa gre za posebno pravno razmerje, v katero koncedent vstopa kot javna oblast, torej *ex iure imperii*, in ima posledično iz tega naslova v pravnem razmerju posebna pooblastila, ki jih sicer ne bi imel, če bi v razmerju nastopal *de iure gestionis*. Od slednjega je odvisen tudi obseg uporabe splošnega pogodbenega prava za to razmerje.³ Predmet koncesijske pogodbe je namreč podelitev pravic, ki jih lahko sopogodbeniku podeli le koncedent kot javna oblast in ki jih v običajni pogodbi zasebnega prava svojemu sopogodbeniku ne bi mogel podeliti drugi zasebnopravni subjekt (Pirnat, 2003: 1607). To ima seveda za razmerje oz. za položaj pogodbenih strank v razmerju bistvene posledice.⁴ Nasprotno pa velja tudi, da zgolj udeležba javnopravnega subjekta v pravnem razmerju (sama po sebi) še ne zadostuje za to, da bi imel ta subjekt v razmerju posebna pooblastila ali pravice. Če npr. država sklene prodajno ali menjalno

pogodbo s subjektom zasebnega prava, v tem razmerju nastopa kot enakopraven subjekt, torej brez posebnih pooblastil ali pravic v primerjavi s tistimi, ki bi jih imel na njenem mestu drugi zasebnopravni subjekt. Država torej vstopa v razmerje *de iure gestionis*, zaradi česar pa se narava tako sklenjene pogodbe v ničemer ne razlikuje od narave pogodbe, sklenjene med dvema zasebnopravnima subjektoma.

2.1 Pravna narava koncesijske pogodbe

Za koncesijsko pogodbo je značilna dvojna narava, ki združuje tako zasebnopravne kot tudi oblastvene elemente, kaže pa se v posebni ureditvi nekaterih vprašanj, kar je neposredna posledica ambivalentnosti te pogodbe. Vprašanje pravne narave koncesijske pogodbe je med pravnimi teoretiki sporno vprašanje. Nekateri uvrščajo koncesijsko pogodbo v sfero javnega prava, nekateri v sfero civilnega pogodbenega prava (kontraktualistična teorija), spet drugi pa omenjeno dilemo odpravljajo s stališčem, da gre za pogodbo *sui generis*, kar pa je zaradi pravne nekategoriziranosti tega pojma v teoriji kritizirano (Grilc in Juhart, 1991: 18)⁵. »Izvirni greh« opisane spora med zagovorniki kontraktualistične in antiktraktualistične teorije koncesijske pogodbe je v tem, da koncesijska pogodba združuje dva povsem nasprotujoča si pola, in sicer javni interes, s katerim v razmerje vstopa koncedent, ter zasebni interes, s katerim v razmerje vstopa koncesionar. Najbližje dvojni naravi koncesijske pogodbe je t.i. mešana teorija. Koncesijska pogodba namreč vsebuje tako določbe, glede katerih se stranki sporazumeta (*les clauses contractuelles*), kot tudi tista določila, ki so le izraz volje javne oblasti (*les clauses d' un caractère réglementaire*) (Mužina, 2004: 276 – 278). Slednje, torej reglementarne sestavine koncesijske pogodbe, skušajo na izčrpen način regulirati materijo, torej po vzoru zakonodajnega urejanja, zaradi česar pa seveda bistveno omejujejo manevrski prostor ene pogodbene stranke pri dogovarjanju vsebine koncesijske pogodbe. Hkrati naj bi te sestavine potrošnikom, torej tretjim osebam, ki niso udeleženske koncesijskega razmerja, vsaj do neke mere omogočale vpogled v koncesijsko razmerje ter v obveznosti koncesionarja iz koncesijskega razmerja, ki so seveda namenjene zadovoljevanju določenega javnega interesa (Grilc in Juhart, 1991: 19).

Gornja izvajanja pravnih teoretikov je mogoče strniti z ugotovitvijo, da koncesijska pogodba združuje kombinacijo javnopravnih in zasebnopravnih elementov, pri čemer javni interes močno vpliva na oblikovanje pogodbene razmerja. Ne nazadnje tudi ZJZP v 7. členu izrecno opredeljuje kot namen sprejetega zakona 'varovanje javnega interesa v razmerju' ter 'zagotavljanje vpliva javnega partnerja na to, da se predmet javno-zasebnega partnerstva izvaja v javnem interesu', pri čemer je skladno s 15. členom ZJZP zagotavljanje javnega interesa v pristojnosti javnega partnerja. Ravno varovanje javnega interesa je pri razvoju tega tipa pravnega razmerja botrovalo priznanju posebnega položaja javne oblasti v pogodbenem razmerju (Mužina, 2004: 272). V pravni teoriji in praksi se

je tako oblikovalo stališče, da je koncesijska pogodba ena izmed značilnih pojavnih oblik upravne pogodbe (Mužina, 2004: 274 in Pirnat, 2000: 151 *et seq.*).

2.2 Tipologija koncesij v pozitivnopravni zakonodaji

V pravni literaturi je mogoče najti različne delitve in razvrstitve vrst ter tipov koncesij. V nadaljevanju bo podana razvrstitev tipov koncesij upoštevaje obstoječo pozitivnopravno ureditev Republike Slovenije, ki kljub uveljavitvi ZJZP ohranja specialne ureditve koncesij glede na posamezna področja regulacije. Določilo 1. odst. 3. člena ZJZP namreč predvideva subsidiarno uporabo tega zakona, in sicer glede postopkov sklepanja ter izvajanja javno-zasebnega partnerstva, kolikor ni s posebnim zakonom ali podzakonskim predpisom posamezno vprašanje urejeno drugače.

Pozitivnopravna ureditev pozna naslednje tipe koncesij⁶:

1. koncesijo gospodarske javne službe (področje ureja ZGJS, sicer pa gospodarske javne službe najdemo tudi v drugih predpisih, npr. v Energetskem zakonu /EZ/ (Uradni list RS, št. 27/2007-UPB2);
2. koncesijo socialne javne službe (področje ureja npr. Zakon o zdravstveni dejavnosti /ZZDej/ (Uradni list RS, št. 23/2005-UPB2));
3. koncesijo na naravni dobrini (področje ureja Zakon o varstvu okolja /ZVO-1/ (Uradni list RS, št. 39/2006-UPB1, 49/2006-ZMetD, 66/2006 Odl.US: U-I-51/06-10, 33/2007-ZPNačrt);
4. koncesijo na grajenem javnem dobru (področje ureja npr. Zakon o javnih cestah /ZJC/ (Uradni list RS, št. 33/2006-UPB1));
5. posebno koncesijo – gre za vse tiste primere, ki ne spadajo med spredaj navedene oblike koncesij, ker gre za opravljanje določene dejavnosti, ki ni javna služba in pri katerih poseben zakon določa, da se lahko izvajajo samo ob predhodni pridobitvi koncesije (npr. trajno prirejanje iger na srečo po Zakonu o igrah na srečo /ZIS/ (Uradni list RS, št. 114/2006-UPB1) ter prodaja in izvoz ter uvoz orožja in vojaške opreme po Zakonu o obrambi /Zobr/ (Uradni list RS, št. 53/2006-UPB1)); in
6. t.i. projekte »Public-Private Partnership – PPP« ali vlaganje zasebne lastnine v izgraditev objektov in naprav, v opremo, ki je deloma ali v celoti v javnem interesu oz. javno sofinanciranje zasebnih projektov, ki so v javnem interesu, kolikor se ta seveda izvaja v obliki koncesijskega partnerstva kot obliki pogodbenega⁷ sodelovanja javnega in zasebnega partnerja (t.i. »Private Finance Initiative«).

Zadnje področje ureja v letu 2006 sprejeti ZJZP, ki v veljavni pravni red Republike Slovenije sedaj prvič vnaša, vsaj na zakonodajni ravni, koncesijo gradenj (79. člen ZJZP) in od katere tudi pojmovno razmeji koncesijo storitev (92. člen ZJZP). Z navedenima definicijama zakon seveda bolj kot ne zajame vse

raznovrstne oblike koncesij, ki so našteje pod prejšnjimi točkami - torej koncesije za izvajanje gospodarskih javnih služb kot tudi za izvajanje drugih dejavnosti v javnem interesu - pod pogojem, da koncesionar ohrani večino poslovnega tveganja.

V zvezi s koncesijami gradenj ZJZP loči več »modelov lastninske pravice«, in sicer glede na to, kdaj preide lastninska pravica na grajenem objektu ali napravi s koncesionarja na koncedenta oz. če ta sploh preide. Zakon predvideva bodisi takojšen prenos lastnine na javnega partnerja bodisi prenos po preteku določenega obdobja, ob tem pa *primeroma* navaja BTO (zgradi – prenesi v last – upravljaj) in BOT model (zgradi – upravljaj – prenesi v last). Izjemoma zakon dovoljuje tudi, da lastnina na javnega partnerja ne preide ter kot *primer* navaja BOO model (zgradi – upravljaj – ohrani v lasti), vendar pa v slednjem primeru ne gre za koncesijo gradnje, pač pa za koncesijo storitve (2. odst. 80. člena ZJZP). S tem je zakon uredil temeljne pojavne oblike koncesije glede na lastninskopravni režim, ki so se sicer že prej pojavljale v pogodbeni praksi, hkrati pa je ob tem ohranil pogodbeno svobodo strank, saj posamezne izmed oblik lastninskopravnega režima (BTO, BOT, BOO)⁸ zakon navaja zgolj *primeroma*.

2.3 Predmet in subjekti koncesijske pogodbe

V koncesijskem razmerju nastopata dva subjekta: koncedent (tisti, ki posebno pravico podeli, običajno je to država ali lokalna skupnost) in koncesionar (tisti subjekt, ki mu je koncesija podeljena). Koncesionar je lahko pravna ali fizična oseba, ne glede na nacionalno pripadnost. S koncesijo koncedent podeli koncesionarju pravico za opravljanje določene dejavnosti, ki je sicer pridržana izključno državi ali splošno koncedentu. Gre torej za pravico monopolne narave, ki je kot takšna *essentiale negotii* in brez katere koncesijskega razmerja pri nas ni mogoče pojmovati.⁹ Koncesija kot način pridobitve neke posebne ali izključne pravice se je od uveljavitve ZZ leta 1991 v slovenskem pravnem sistemu že dodobra uveljavila. S koncesijo se civilnopravnemu subjektu podeli monopolna pravica, ki jo nato izvaja koncesionar za svoj račun in v svojemu imenu, seveda za določen daljši čas proti plačilu nadomestila oziroma dajatve. Slednje predpostavlja, da je javni interes (trajno in nemoteno izvrševanje javne službe ipd.), ki ga v razmerju zasleduje javni partner, ustrezno pravno artikuliran. Koncesijski akt je tisti, v katerem je neposredno urejen javni interes v konkretnem koncesijskem razmerju in ki je hkrati sestavni del tega koncesijskega razmerja. Gre za predpis, s katerim 'koncedent določi tiste elemente koncesijskega razmerja, ki so v javnem interesu in s katerimi koncedent zagotavlja, da se koncesija izvršuje v javnem interesu' ter o katerih se s koncesionarjem ni mogoče pogajati (Pirnat, 2003: 1611 – 1612). Gre za enostranski, javnopravni, akt koncedenta. Po določbah novega ZJZP je javni interes artikuliran v odločbi o javno-zasebnem partnerstvu in v aktu o javno-zasebnem partnerstvu, ko je njegova izdaja po ZJZP obvezna oz. v koncesijskem aktu, čigar izdajo zahtevajo določbe posebnega

zakona. Skozi celotno trajanje koncesijskega razmerja pa se prvotno izraženi javni interes lahko tudi spreminja in vpliva na nadaljnjo usodo razmerja.

2.4 Koncesijska pogodba: 'koncesijsko' ali 'javnonaročniško' javno-zasebno partnerstvo

»Koncesijsko razmerje« ZJZP v 26. členu definira kot *dvostransko pravno razmerje* med državo oziroma samoupravno lokalno skupnostjo ali drugo *osebo javnega prava* (kot koncedent) in *pravno ali fizično osebo* (kot koncesionar)¹⁰, v katerem koncedent podeli koncesionarju *posebno ali izključno pravico* izvajati gospodarsko javno službo oziroma drugo dejavnost *v javnem interesu*, kar lahko vključuje tudi izgraditev objektov in naprav, ki so deloma ali v celoti v javnem interesu (koncesijsko partnerstvo). Hkrati določilo 11. točke 5. člena ZJZP definira posebno ali izključno pravico kot pravico, ki jo podeli javni partner in katere namen ali posledica je omejitev pravic izvajanja dejavnosti na eno ali več oseb (torej monopolizacija dejavnosti), vendar je število oseb omejeno, če pri tem druge osebe, ki te pravice nimajo, na istem geografskem območju iste dejavnosti pod enakovrednimi pogoji ne morejo izvajati. Če se z upravnim ali drugim aktom podeli pravica v smislu te točke, se, ne glede na poimenovanje po posebnem zakonu (koncesija, licenca, dovoljenje, pooblastilo...), taka pravica šteje za posebno ali izključno pravico. Tako je mogoče zaključiti, da je skladno z novo zakonsko ureditvijo za koncesijsko razmerje (oz. koncesijsko partnerstvo)¹¹ v smislu ZJZP, ki praviloma nastane s sklenitvijo koncesijske pogodbe¹², značilno, da se kot koncedent pojavlja oseba javnega prava, da se razmerje sklepa v javnem interesu ter da je predmet pogodbe posebna ali izključna pravica. Zakon je hkrati poenotil terminologijo s tem, da pojem »koncesijskega razmerja« uporablja za poimenovanje razmerja, pojem »posebne ali izključne pravice« pa za poimenovanje bistvenega predmeta tega razmerja. S tem zakon skuša odpraviti nejasnosti v obstoječi ureditvi, ki izraz »koncesija« uporablja tako za poimenovanje pogodbenega razmerja kot tudi za poimenovanje njegove vsebine, t.j. v smislu podeljene pravice.

Poleg vsega že navedenega pa predstavlja eno bistvenih značilnosti koncesijskega razmerja v smislu novega ZJZP tudi prenos rizika opravljanja dejavnosti, ki je predmet koncesije, na koncesionarja. Preden preidemo k analizi ureditve tega vprašanja v ZJZP, je potrebno to vprašanje osvetliti tudi s stališča direktiv ES, ki urejajo oz. so urejale področje javnega naročanja ter s stališča sodne prakse Sodišča ES, ki se tiče tega pravnega področja. Ravno evropska zakonodaja je bila namreč tista, ki je v precejšnji meri botrovala sprejemu ZJZP ter uveljavitvi razlikovanja med koncesijskim in javnonaročniškim partnerstvom, saj se z ZJZP v slovenski pravni red prenaša nekatere določbe Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev ter Direktive Komisije 2005/51/ES z dne 7. septembra 2005 o spremembi priloge XX k Direktivi 2004/17/ES ter Priloge

VIII k Direktivi 2004/18 Evropskega parlamenta in Sveta o javnih naročilih. Še preden je sedaj veljavna Direktiva 2004/18/ES definirala »koncesijo za javne gradnje« in »koncesijo za storitve«¹³ kot naročilo enake vrste kakor javno naročilo gradenj/storitev z izjemo dejstva, da je plačilo za gradnjo/storitev koncesionarju izvršeno bodisi s podelitvijo pravice izkoriščanja gradnje/storitve bodisi s podelitvijo omenjene pravice skupaj s plačilom, je Sodišče ES v zadevi C-324/98 *Teleaustria and Telefonadress*¹⁴ na podlagi zgodovinske razlage direktive prvič odločilo, da evropski zakonodajalec ni imel namena vključiti koncesij v direktivo št. 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju. Po mnenju Sodišča ES koncesijske pogodbe namreč ni mogoče subsumirati pod pojem "pogodbe za denarno plačilo/interes",¹⁵ saj je po oceni zakonodajalca za koncesijsko pogodbo bistveno, da koncesionar vsaj dela plačila ne dobi v obliki direktnega plačila s strani koncedenta.¹⁶ Slednje je po mnenju Generalnega pravobranilca Fennelly-ja odraz dejstva, da mora koncesionar nositi glavni ali vsaj pretežen del ekonomskega rizika, povezanega z izvajanjem [zadevne storitve] dejavnosti. Glavni kazalec tega, ali je bil ekonomski rizik prenesen na koncesionarja, je po mnenju Generalnega pravobranilca v naravi izkoriščanja, ki ga predvideva koncesija. Iz sodb Sodišča ES v zadevah C-360/96 *Arnhem Rheden*¹⁷ in v C-272/91 *Commission v. Italy (Lottomatica)*¹⁸ nadalje izhaja, da v primerih, ko je predmet izpolnitve zgolj plačilo, bodisi določeno bodisi določljivo, ne gre za koncesijsko razmerje.

ZJZP je v svojih določbah povzel smiselno enako razmejitev med javnonaročniškim ter koncesijskim partnerstvom, kot se je oblikovala v pravu Skupnosti, pri čemer ima koncesionar v času trajanja razmerja 'pravico do njihove uporabe, upravljanja oziroma izkoriščanja ali pa se ta pravica kombinira s plačilom' (79. in 92. člen ZJZP). Zakon določa tudi, da mora v primeru, ko koncesionar v razmerju ne nosi večine poslovnega tveganja projekta, koncedent za izbiro koncesionarja uporabiti pravila, ki urejajo oddajo javnih naročil gradenj (2. odst. 79. člena ZJZP) oz. storitev (95. člen v zvezi z 2. odst. 79. člena ZJZP). V primeru, da 'javni partner [nosi] večino ali celotno poslovno tveganje izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva, javno-zasebno partnerstvo, **ne glede na poimenovanje oziroma ureditev v posebnem zakonu, za namene tega zakona** (poudarek dodan) ne šteje za koncesijsko, temveč za javnonaročniško' (27. člen ZJZP). To je pomembno zaradi pravne opredelitve tistih razmerij, ki jih sicer posebni zakoni opredeljujejo kot koncesijska – ter predpostavljajo sklenitev koncesijske pogodbe – pa vendar koncesionar v razmerju ne nosi nikakršnega ali zgolj manjši del tveganja poslovanja. Iz zakonske dikcije je torej razvidno, da je definicija koncesijskega razmerja v ZJZP zgolj omejenega pomena ter da služi primarno identifikaciji predpisov, ki jih mora javni partner spoštovati pri oddaji posameznega posla. Poleg ZJZP pa še naprej ostaja cela vrsta posebne področne zakonodaje, ki posamezna materialnopravna vprašanja režima koncesijske pogodbe še vedno ureja različno. Pravni režim koncesijske pogodbe je zaradi tega

precej nepregleden, saj kljub uveljavitvi ZJZP koncesijska pogodba ostaja parcialno in partikularno urejena.

V primeru torej, ko bo javni partner nosil večino ali celotno poslovno tveganje izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva, se bo javno-zasebno partnerstvo štelo kvečjemu za javnonaročniško partnerstvo, čeravno bo skladno s posebno zakonodajo šlo npr. za koncesijo gospodarske javne službe (Pirnat, 2003: 1610).¹⁹ Pogoj glede prenosa rizika poslovanja na koncesionarja torej ne vpliva na opredelitev pogodbe kot »koncesijske« – vsaj ne z vidika posebne (*lex specialis*) zakonodaje. Vpliva pa na postopke, ki jih mora javni partner spoštovati pri oddaji takšne »koncesije«, saj gre z vidika ZJZP lahko za oddajo javnega naročila pod videzom koncesije. V vseh primerih, ko iz razmerja ni mogoče ugotoviti, kdo nosi večino poslovnega tveganja, velja domneva, da gre za javnonaročniško partnerstvo (28. člen ZJZP). V dvomu je namreč potrebno uporabiti strožja pravila. V primeru, ko se med postopkom izbire koncesionarja ugotovi, da razmerje zaradi razporeditve poslovnega tveganja v resnici nima narave koncesijskega razmerja, pač pa gre za javnonaročniško razmerje v smislu ZJZP, zakon zahteva, da se postopek izbire nadaljuje po pravilih, ki veljajo za oddajo javnega naročila ter da se ponovijo vsa tista dejanja, ki se zaradi spremembe narave razmerja razlikujejo (30. člen ZJZP). Sicer pa z vidika uporabe drugih določb ZJZP, zlasti npr. določb o enostranskem posegu javnega partnerja v razmerje javno-zasebnega partnerstva (14. in 76. ZJZP), določb glede trajanja razmerja (71. člen ZJZP) ter splošnih načel zakona (med njimi tudi načela subsidiarne odgovornosti javnega partnerja – 18. člen ZJZP), takšna opredelitev razmerja kot koncesijsko ali kot javnonaročniško v smislu ZJZP, za samo razmerje nima bistvenih pravnih posledic. Vse navedene določbe se namreč uporabljajo tako za koncesijsko kot tudi za javnonaročniško partnerstvo v smislu ZJZP.

Ob tem naj omenimo določbo 15. člena ZJZP, ki v okviru temeljnih načel zakona ureja t.i. načelo uravnoteženosti. Skladno s to določbo zakon določa, da mora izvajalec javno-zasebnega partnerstva (ne glede na naravo javno-zasebnega partnerstva, kar torej velja tako za koncesijsko kot za javnonaročniško partnerstvo ter za statusno partnerstvo) nositi vsaj del poslovnega tveganja, to je tržnih tveganj v zvezi z obsegom povpraševanja, ponudbe oz. tveganja razpoložljivosti, sicer razmerje ni javno-zasebno partnerstvo po ZJZP (Pirnat, 2007: 1191).²⁰ Kot ključno se zato postavlja vprašanje stopnjevanja tveganja, ki skladno z dikcijo ZJZP predstavlja razliko med javnonaročniškim partnerstvom in koncesijskim partnerstvom ter ne nazadnje med čistim javnim naročilom. ZJZP namreč ne vsebuje natančnih meril, po katerih se presoja tveganje javnega in zasebnega partnerja v razmerju. Ker gre za materialnopravni standard, bo moralo po mnenju avtorja o tem v primeru spora odločati sodišče. Sicer je mogoče zatrditi, da morajo biti tveganja v razmerju razporejena tako, da jih nosi tista stranka, ki jih najlažje obvladuje, npr. politična tveganja javni partner, tehnična pa zasebni (Zakon o

javno-zasebnem partnerstvu (ZJZP) s pojasnili Bohinca, Mužine in Tičarja, 2007: 32).

4 Koncesijska pogodba med javnim in zasebnim

OZ v 4. členu med temeljnimi načeli obligacijskega prava ureja tudi načelo enakopravnosti udeležencev v obligacijskih razmerjih. To načelo je obenem že splošno načelo pravnega sistema oz. sodi med splošna načela civilnega, ne samo obligacijskega prava, zagotavlja pa pravno enakopravnost strank v obligacijskem razmerju: nobena pogodbeni stranka naj namreč nima slabšega oziroma močnejšega pravnega položaja v medsebojnem razmerju. Nasprotno pa pri koncesijski pogodbi ne velja pravno načelo enakosti strank (Pirnat, 2003: 1612): tu sta pogodbeni stranki v izrazito neenakopravnem položaju. Koncedent ima kot nosilec javnega interesa v koncesijskem razmerju določene posebne pravice, ki jih koncesionar nima. Koncedent lahko namreč zaradi zaščite javnega interesa posega v koncesijsko razmerje, pri čemer se koncesionar tem ukrepom ne more zoperstaviti, češ da niso v skladu s sklenjeno pogodbo. Tako na primer skladno z določbami ZGJS koncesijski akt določi predmet in pogoje opravljanja koncesionirane javne službe, pri čemer v primeru neskladnosti koncesijskega akta in koncesijske pogodbe obveljajo določbe koncesijskega akta (39. člen ZGJS), ne uporabljajo pa se pravila o neveljavnosti civilnopravnih pogodb. Takšna ureditev je seveda predvidena ravno zaradi varstva javnega interesa, ki ga v razmerju zagotavlja javni partner. V navedenem obsegu bi torej lahko zapisali, da velja reklo *concessio versus concedentem latam interpretationem habere debet*, saj se bo neskladje med koncesijskim aktom in koncesijsko pogodbo razlagalo v korist javnega partnerja oz. v korist javnega interesa, ki ga opredeljuje koncesijski akt kot enostranski akt javnega partnerja. Glede citirane določbe 2. odst. 39. člena ZGJS sicer obstoji dilema o tem, na katero neskladje se nanaša: na neskladje ob sklenitvi koncesijske pogodbe ali tudi na kasneje nastalo neskladje, npr. zaradi naknadne spremembe koncesijskega akta (Pirnat, 2003: 1611 – 1612). Pogodbena praksa kaže na najširšo možno razlago te določbe.²¹

V naslednjih točkah tega poglavja bodo podrobneje predstavljena nekatera določila OZ in posebnosti upravnopravnega režima koncesijske pogodbe oz. njegovi pomembnejši elementi, ki predstavljajo izjemo od prostega zasebnopravnega urejanja obligacijskih razmerij.

4.1 Enostranski poseg javnega partnerja v koncesijsko razmerje

Pravna ureditev koncesijske pogodbe do uveljavitve ZJZP ni urejala možnosti enostranskega posega v koncesijsko pogodbo (Pirnat, 2003: 1616); nejasno je urejala le možnost spreminjanja koncesijskega razmerja s spremembo koncesijskega akta po sklenitvi koncesijske pogodbe (39. člen ZGJS)²².

Določilo 76. člena ZJZP takšen enostranski poseg v razmerje javno-zasebnega partnerstva predvideva, vendar ga, upoštevajoč načela in stališča pravne teorije, ureja precej nejasno in pomanjkljivo oz. celo nerazumljivo. Zakon določa, da se razen v primeru gospodarskih javnih služb oz. drugih dejavnosti, kjer zakon zaradi varovanja javnega interesa izrecno predpisuje izdajo upravne odločbe, za enostransko spremembo pogodbe oz. druge enostranske posege v razmerje smiselno uporabljajo pravila obligacijskega prava o odškodninski odgovornosti zaradi kršitve pogodbe. Čeravno gre torej pri enostranskem posegu v razmerje za zakonito pristojnost uprave in ne za kršitev oz. nedopustno ravnanje koncedenta, ZJZP glede odmene za enostranski poseg v razmerje javno-zasebnega partnerstva neustrezno napotuje na 'smiselno uporabo pravil o poslovni odškodninski odgovornosti'. Francoska upravnoppravna teorija *fait du prince*, ki obravnava takšne ukrepe javne oblasti, ki poslabšajo pogodbeni položaj druge strani v upravni pogodbi, zato raje govori o zagotavljanju finančnega ravnotežja (fr. *équilibre financier*). Javna oblast sme namreč izvrševati svoje pristojnosti, ki se nanašajo na javne službe tudi z ukrepi, ki negativno vplivajo na že sklenjena pogodbeno razmerja. Vendar pa morata biti skladno s teorijo *fait du prince* za uporabo takih ukrepov izpolnjena dva pogoja, in sicer: prvič, za ukrep se mora odločiti oseba javnega prava, ki je hkrati koncedent v koncesijski pogodbi, torej koncedent v svoji lastnosti pogodbene stranke, in drugič, ukrep se mora neposredno in posebej nanašati na koncesionarja. Uporaba te pravice s strani koncedenta ne pomeni kršitve koncesijske pogodbe, četudi taka sprememba v tej pogodbi ni posebej predvidena ali če ji pogodba celo nasprotuje. Druga pogodbeno stran pa zato ne more uveljavljati nobenih pogodbenih sankcij, praviloma pa tudi ne more doseči njihove razveljavitve pred sodiščem. Če je bila uporaba te pravice neupravičena, ima koncesionar pravico do polne odškodnine, če pa je bila uporaba te pravice upravičena (torej v javnem interesu), sme koncesionar uveljavljati le finančno ravnotežje. Druga pogodbeno stranka (koncesionar) naj torej ohrani ravnotežje med stroški in prihodki, na podlagi katerega je sprejela pogodbene obveznosti (Pirnat, 2003: 1615 – 1616). Takšno ureditev je predvideval tudi osnutek ZKon.

Iz zgoraj opisanega torej izhaja, da pojem finančnega ravnovesja, o katerem govori upravnoppravna teorija, ne more biti enak povračilu navadne škode in izgubljenega dobička, ki ga 1. odst. 243. člena OZ (člen ureja obseg poslovne odškodninske odgovornosti) omejuje na tisto škodo, ki bi jo pogodbi nezvesta stranka (v tem primeru torej koncedent) morala pričakovati ob kršitvi pogodbe, upoštevaje dejstva, ki so ji bila takrat znana ali bi ji morala biti znana (t.i. predvidljiva škoda). Pojem tudi ne more biti enak pravici do povračila celotne škode iz 2. odst. 243. člena OZ, ki predpostavlja prevaro, namerno neizpolnitev ali pa neizpolnitev pogodbene obveznosti iz hude malomarnosti; v tem primeru je pravica upnika do povračila škode neodvisna od tega, ali je dolжник vedel za posebne okoliščine, zaradi katerih je škoda nastala. Predmetno določilo OZ torej določa obseg odškodnine tudi glede na subjektivni element odgovornosti pogodbi

nezveste stranke. Tu se zastavlja vprašanje, kako s subjektivnega stališča opredeliti ravnanje koncedenta (npr. kot namerno neizpolnitev ali ne), ki z enostranskim ravnanjem poseže v koncesijsko pogodbo, saj je od tega odvisen obseg njegove odgovornosti. Ob tem si je tudi težko predstavljati morebitno različno uporabo pravil o odškodninski odgovornosti glede na to, ali je bil koncedentov poseg dopusten ali ne. Dopustnost se namreč presoja glede na obstoj javnega interesa ter glede na spoštovanje načela sorazmernosti, čemur pa določba OZ ni prilagojena. Nemogoče si je tudi predstavljati uporabo določila 4. odst. 243. člena OZ, ki določa t.i. sodelovalno dolžnost oškodovanca in ki od stranke, ki se sklicuje na kršitev pogodbe, zahteva, da mora storiti vse razumne ukrepe, da bi se zmanjšala škoda, ki jo je povzročila druga stranka s kršitvijo, saj lahko sicer druga stranka zahteva zmanjšanje odškodnine. Zaradi vsega navedenega je sklicevanje na smiselno uporabo pravil obligacijskega prava o odškodninski odgovornosti zaradi kršitve pogodbe v ZJZP po mnenju avtorja neprimerna.

Določilo 76. člena ZJZP je ne nazadnje nekoliko nejasno tudi glede vprašanja, za čigave posege v razmerje javno-zasebnega partnerstva odgovarja javni partner: samo za svoje posege, kot pogodbene stranke (po mnenju avtorja samo za te), ali tudi za druge posege javne oblasti.

Zaradi številnih nedorečenosti in nejasnosti obravnavane določbe bo praktična uporaba tega instituta v praksi zelo otežena. Ob tem gre kot zanimivost omeniti, da je poslovna praksa relativno zgodaj sprejela upravno-pravni institut *fait du prince*, in sicer v njegovi neokrnjeni obliki, in to celo v času, ko slovensko pozitivno pravo tega instituta še ni poznalo.

4.2 Odplačnost koncesijske pogodbe

Koncesijska pogodba je – ne glede na to, ali se po ZJZP obravnava kot javnonaročniško ali kot koncesijsko razmerje, ali pa celo kot čisto javno naročilo po ZJN-2, torej po veljavni terminologiji pravil o javno-zasebnem partnerstvu in javnih naročilih - razmerje odplačne narave. Bistveni element za presojo odplačne narave koncesijskega razmerja je pričakovanje določene ekonomske koristi na strani zasebnega partnerja. Ekonomska korist pa se lahko izraža v različnih oblikah, bodisi kot obljuba plačila s strani koncedenta bodisi kakršne koli druge koristi, npr. izkoriščanje objekta ali pridobitev pravice, ki omogoča ekonomske koristi (značilno plačilo s strani uporabnikov) (Kranjc, 2007: 1182). Prisotnost javnega interesa za redno in stalno izvajanje javnih storitev pa velikokrat predstavlja tisto posebno naravo koncesijske pogodbe, ki lahko kaže na nevzajemno dvostransko obvezno obligacijsko razmerje. Koncesionar mora namreč opravljati koncesionirano dejavnost, ki je v javnem interesu, povsem neodvisno od izpolnitev koncedenta.

4.3 Spremenjene okoliščine – *clausulae rebus sic stantibus*

Sklenjena pogodba po načelu *pacta sunt servanda* stranke zavezuje k njeni izpolnitvi. Ker pa se v praksi lahko zgodi, da po sklenitvi pogodbe nastanejo okoliščine, ki otežujejo izpolnitev pogodbene obveznosti ene stranke ali pa se zaradi spremenjenih okoliščin ne da več doseči namena (kavze) sklenjene pogodbe (pogoja sta določena alternativno), OZ v določilu 112. člena dopušča stranki, ki ji je izpolnitev obveznosti otežena oz. stranki, ki zaradi spremenjenih okoliščin ne more uresničiti namena pogodbe, možnost razveze pogodbe, če sklenjena pogodba očitno ne ustreza več objektivnim pričakovanjem pogodbenih strank in bi bilo po splošnem mnenju takšno pogodbo nepravično ohraniti v veljavi. Vendar pa lahko po določilih OZ stranka, katere izpolnitev je otežena, zahteva le razvezo pogodbe. Določilo 4. odst. 112. člena OZ dopušča ohranitev pogodbe v veljavi samo v primeru, če druga stranka ponudi ali privoli, da se ustrezni pogodbeni pogoji pravično spremenijo, sicer pa se pogodba razveže.

Instituta spremenjenih okoliščin novi ZJZP ne ureja. Ta institut je pod napačnim naslovom »višja sila« urejen v določilu 50. člena ZGJS, ki ureja dolžnosti in pravice koncesionarja. Višja sila je civilnopravni pojem, ki je glede vprašanja izpolnitve pogodbe urejen v 116. členu OZ in pomeni zunanji dogodek, za katerega ni odgovorna nobena od pogodbenih strank konkretnega pogodbenega razmerja, rezultira pa v nemožnosti in ne zgoj v oteženosti izpolnitve. Nasprotno pa mora pri izvrševanju koncesijske pogodbe koncesionar v okviru objektivnih možnosti opravljati koncesionirano gospodarsko javno službo tudi **ob nepredvidljivih okoliščinah, nastalih zaradi »višje sile«**, pri čemer je izpolnjevanje pogodbe še mogoče, vendar v razmerah, ki ne ustrezajo več pričakovanju pogodbenih strank. V civilnopravnem smislu je torej potreben pojem »višja sila« iz 50. člena ZGJS razlagati v smislu spremenjenih okoliščin (Pirnat: 2003, 1613). Termin »nepredvidljive okoliščine« izvira iz francoskega prava: francoska teorija *de l'imprévision* (nepredvidljive okoliščine), kljub podobnosti z institutom spremenjenih okoliščin v civilnem pravu, nepredvidljive okoliščine uvršča med upravnopravne institute. Ker slovensko pravo ne pozna upravnopravnega instituta nepredvidljivih okoliščin, je mogoče zaključiti, da se določilo 50. člena ZGJS očitno nanaša na spremenjene okoliščine iz 112. člena OZ.

Iz citirane določbe ZGJS je mogoče tudi sklepati, da ima koncesionar pravico zahtevati od koncedenta povračilo tistih stroškov, ki so nastali zaradi opravljanja koncesionirane gospodarske javne službe v nepredvidljivih okoliščinah oz. pravico do nadomestila zaradi posebnega navora oz. težavnosti, ki jih terja izvrševanje pogodbenih obveznosti v spremenjenih okoliščinah (Pirnat, 2003: 1613), ne more pa zahtevati razveze pogodbe. Takšna utemeljitev izhaja iz dejstva, da je koncesijska pogodba sklenjena v javnem interesu, zaradi izvrševanja določenih nalog oz. dejavnosti, ki se morajo izvrševati kontinuirano. Prav zaradi

varstva javnega interesa bi bilo po mnenju Pirnata pri ureditvi koncesijske pogodbe potrebno izrecno izključiti uporabo instituta spremenjenih okoliščin, zagotoviti pa bi bilo potrebno pravico do nadomestila (Pirnat, 2003: 1613), ki predstavlja povračilo vse materialne dejanske škode, ne pa tudi izgubljenega dobička (ohranitev enakega finančnega ravnotežja). Menimo, da bi bilo potrebno dopustiti možnost uporabe tega instituta, če bi seveda kot primarno upoštevali načelo ohranitve pogodbe ter bi stranka imela pravico do vnovičnega pogajanja o vsebini pogodbe z nasprotno stranko oz. imela pravico zahtevati spremembo koncesijske pogodbe. Sicer pa je uporaba instituta spremenjenih okoliščin pri koncesijski pogodbi vprašljiva tudi zato, ker ta institut ni uporaben za nekatere dogodke, ki bi sicer pri zasebnopravnih pogodbah šteli za spremenjene okoliščine, saj ne bi izvirali iz sfere nobene izmed pogodbenih strank, npr. spremembe predpisov ali ukrepi državnih organov. Pri koncesijski pogodbi pa bi bilo za te ukrepe potrebno uporabiti drug pravni institut, in sicer zgoraj opisani *fait du prince* (Pirnat, 2003: 1613).

Glede na to, da zakonodajalec v novem ZJZP vprašanja uporabe instituta spremenjenih okoliščin za koncesijsko pogodbo ni posebej uredil - če seveda odštejemo delček določila prve alineje 3. odstavka 71. člena ZJZP, ki govori o 'drugih ukrepih oblasti', zaradi katerih koncesionar ni mogel izvajati razmerja ter je to lahko razlog za podaljšanje razmerja²³ - ostaja določba 50. člena ZGJS edina, ki kot *lex specialis* obstoji poleg 112. člena OZ.²⁴ Upošteva se spredaj navedene določbe ZJZP v zvezi z določbo 50. člena ZGJS pa se v praksi odpira dilema, ali je utemeljena smiselna uporaba 50. člena ZGJS tudi v primerih, ko ne gre za izvrševanje javne službe, pač pa za druge oblike koncesijskega razmerja v klasičnem smislu, kjer je sicer prisoten javni interes za obstoj in izvrševanje koncesije (npr. koncesija gradnje garažne hiše). Nemožnost zahtevati razvezo pogodbe bi se namreč v opisanih primerih lahko izkazala za prestrogo; kljub temu pa dosledna uporaba in razlaga določil ZJZP ne dopušča razveze pogodbe zaradi nastopa spremenjenih okoliščin.

4.4 Koncesionarjeva in uporabnikova obveznost skleniti pogodbo

Poseben pravni režim velja pri koncesijski pogodbi tudi za koncesionarjevo in uporabnikovo obveznost skleniti pogodbo. Poseben pravni režim izvira iz dejstva, da je uporaba javnih dobrin, ki se zagotavljajo z obveznimi gospodarskimi javnimi službami, obvezna, če zakon ali na njegovi podlagi izdani predpis za posamezne primere ne določa drugače in da so javne dobrine pod enakimi, z zakonom ali odlokom lokalne skupnosti določenimi pogoji, dostopne vsakomur. Vsebina 16. člena ZGJS daje uporabniku v primeru kršitve kontrahirne dolžnosti izvajalca gospodarske javne službe pravico, da od koncedenta zahteva izdajo upravne odločbe, katere predmet je presoja o obstoju dolžnosti koncesionarja skleniti pogodbo oz. pravica uporabnika do sklenitve pogodbe s koncesionarjem. Izdaja take upravne odločbe pa v primeru, da koncesionar kljub temu noče izpolniti

svojega dolžnostnega ravnanja, ne nadomesti sklenitve pogodbe (Krisper Kramberger, 1998: VI). Doseg izpolnitve takšne upravne odločbe bo možen le skozi upravno izvršbo. Obvezna sklenitev pogodbe je nedenarna obveznost, katero pa lahko opravi oz. izpolni le koncesionar. Gre torej za nenadomestno nedenarno obveznost (Androjna, 1992), katere izpolnitev se lahko doseže le z denarnimi kaznimi (1. odst. 298. člena Zakona o splošnem upravnem postopku; Ur. l. RS, št. 80/1999, 70/2000, 52/2002, 73/2004, 119/2005 in 105/2006; ZUP). To je tudi edina »upravnoppravna sankcija« za nespoštovanje odločbe iz 16. člena ZGJS. Nespoštovanje dolžnosti sklenitve pogodbe pa se lahko odrazi v razmerju med koncedentom in koncesionarjem na koncesijsko pogodbenem področju skozi kršitev koncesijske pogodbe. Nesklenitev pogodbe z uporabnikom predstavlja nedvomno bistveno kršitev koncesijske pogodbe, kar je lahko razlog za razdrtje koncesijske pogodbe. Podobne pravice na podlagi določb ZGJS koncesionar v razmerju do uporabnika nima, kar pa bi lahko premostili z analogno uporabo 17. člena OZ. OZ ureja tudi sankcijo, in sicer (poslovne) odškodninske odgovornosti stranke, ki krši svojo dolžnost skleniti pogodbo.

4.5 Prenos pogodbe

Tudi prenos koncesijske pogodbe je v primerjavi s civilnoppravnim prenosom pogodbe posebej urejen. Ker gre pri koncesijski pogodbi za razmerje *intuitu personae*, lahko koncesionar opravljanje koncesionirane gospodarske javne službe po določbi 46. člena ZGJS prenese na drugo osebo (prevzemnika) samo, če je prenos koncesije predviden v koncesijski pogodbi in v predvidenem obsegu, v nasprotnem primeru pa je prenos možen samo z dovoljenjem koncedenta. Pisno soglasje javnega partnerja za prenos zahteva tudi ZJZP. Pravna narava soglasja za prenos je odvisna od narave akta s katerim je podeljena koncesija: če je koncesija podeljena z upravno odločbo, mora biti tudi soglasje za prenos koncesije dano z upravno odločbo oz. njeno dopolnitvijo. Obstajati mora namreč koneksiteta (povezanost) med načinom podelitve koncesije in prenosom koncesijskega razmerja (Mužina, 2004: 721).

Posebnost ureditve prenosa koncesij v primerjavi s civilnoppravnim prenosom pogodbe, kjer lahko ena pogodbeni stranka prenese lasten pravni položaj na tretjo osebo – prevzemnika, s soglasjem druge pogodbene stranke, predstavlja 47. člen ZGJS, ki dovoljuje koncedentu, da spreminja pravni položaj druge pogodbene stranke in ne lastnega. Primeri takšnega prenosa so npr. primeri odvzema koncesije po 44. členu ZGJS in prevzema koncesije v režijo po 45. členu; 47. člen ZGJS namreč ne določa, ali gre lahko zgolj za prenos na drugega koncesionarja ali tudi na koncedenta samega (t.j. v režijo). Prenos v smislu 47. člena ZGJS je nadalje mogoč iz razlogov, določenih v koncesijski pogodbi, torej z vnaprejšnjim soglasjem koncesionarja in v drugih primerih, pod pogojem, da se koncesionar s tem strinja. Iz vsega navedenega torej izhaja, da v opisanem primeru ne gre za prenos pogodbe v smislu pravnega instituta, kot ga ureja OZ, temveč gre za neke

vrste poseg javnopravnega subjekta v pravice in dolžnosti nasprotnega pogodbenega partnerja koncesijske pogodbe v primerih, ko to dovoljuje zakon ali pa ko koncesionar s tem soglašaja. Veljavna zakonodaja pa tudi ne ureja možnosti prenosa pogodbenih upravičenj koncedenta oz. javnega partnerja na novega koncedenta oz. javnega partnerja.

Posebno vprašanje, ki se pojavlja v zvezi s prenosom koncesijskega razmerja, je vprašanje ali mora koncesionar - prevzemnik s koncedentom skleniti novo koncesijsko pogodbo ali pa zadostuje že prej sklenjena koncesijska pogodba med koncesionarjem - prenosnikom in koncedentom. Iz 122. člena OZ ter iz pravne teorije izhaja, da prevzemnik vstopa v pravno razmerje, kakršno je ob trenutku prenosa pogodbe, pri čemer se vsebina razmerja zgolj zaradi prenosa ne sme spremeniti. OZ zato nima posebnih določb glede vprašanja sklenitve pogodbe med prevzemnikom in drugo stranko. Prav tako tudi v veljavni pravni ureditvi koncesij navedeno vprašanje ni urejeno, vendar pa upravnopravni teoretiki predlagajo, da se zaradi jasnosti ureditve razmerij med koncedentom in prevzemnikom koncesije, kot novim koncesionarjem, sklene koncesijska pogodba (Pirnat, 2003: 1614). Ta koncesijska pogodba se bo razlikovala od prejšnje le v osebi koncesionarja, sicer pa mora koncesijsko razmerje ostati v vseh bistvenih elementih enako, kar je ključno npr. za vprašanje trajanja koncesijskega razmerja. Koncesionar – prevzemnik bo namreč pridobil pravico opravljanja koncesije le do izteka trajanja prvotne koncesijske pogodbe.

4.6 Prenehanje pogodbe

Načine prenehanja koncesijskega razmerja določa 41. člen ZGJS, in sicer: prenehanje koncesijske pogodbe, odkup koncesije, odvzem koncesije in prevzem koncesionirane gospodarske javne službe v režijo. Poleg zakona lahko vprašanje prenehanja koncesijske pogodbe uredita tudi koncesijski akt in koncesijska pogodba. Na podlagi določb ZJZP o smiselni oz. neposredni uporabi določb ZGJS o posameznih vprašanjih (92. člena ZJZP in 3. odst. 43. člena ZJZP) se ureditev prenehanja koncesijskega razmerja v ZGJS uporabljajo tudi za tista koncesijska razmerja, ki jih ne ureja ZGJS.

Po opravljeni analizi določb ZGJS, ki urejajo prenehanje koncesijske pogodbe v javnem interesu, je mogoče zaključiti, da so te zelo pomanjkljive in zato za potrebe pogodbene prakse težko uporabne. Tako na primer zakonska ureditev odvzema koncesije ne dopušča možnosti odvzema koncesije koncesionarju zaradi slabega opravljanja javne službe ali zaradi njenega neopravljanja, potem ko je ta že izvrševal naloge koncesionirane dejavnosti oz. gospodarske javne službe (*argumentum a contrario* 1. alineja 1. odst. 44. člena ZGJS), medtem ko to npr. dopuščajo ZZ, ZZDej in Zakon o lekarniški dejavnosti /ZLD/ (Ur. l. RS, št. 9/92, 13/93, 38/99 in 86/2002; uradno prečiščeno besedilo Ur. l. RS, št. 2/2004; ZLD-UPB1). Razlog za odvzem koncesije iz 2. alineje 1. odst. 44. člena ZGJS

predstavlja s stališča koncesionarja nezakrivljen način prenehanja koncesije. Za presojo obstoja javnega interesa za odvzem koncesije, po citirani določbi, pa so relevantna le objektivna merila. Glede na že zgoraj omenjeno pomanjkljivo regulacijo razlogov za odvzem koncesije po ZGJS bi bilo za koncesionirano gospodarsko javno službo v primerih neizpolnjevanja ali napačnega izpolnjevanja koncesijske pogodbe in/ali koncesijskega akta mogoče uporabiti določbe obligacijskega prava, ki urejajo sankcije v primeru neizpolnitve ali napačne izpolnitve²⁵. Ureditvev odvzema koncesije po določbah ZGJS je pomanjkljiva in neprimerna še zlasti tudi zato, ker zakon za primere, ko pride do odvzema koncesije (torej tudi za v zakonu predvidene primere odvzema), ne predvideva obveznosti dotedanjega koncesionarja, da kljub prenehanju koncesijskega razmerja v javnem interesu še naprej nepretrgoma izvršuje dejavnost, ki je bila predmet koncesijske pogodbe.

Tudi določba 76. člena ZJZP o enostranskih posegih v razmerje javno-zasebnega partnerstva ne odpravlja teh pomanjkljivosti. Po mnenju Pirnata mora biti obseg enostranske spremembe koncesijske pogodbe omejen na najmanjšo mero, pri čemer taka sprememba ne sme pripeljati do povsem nove pogodbe (Pirnata, 2003: 1616). Odvzem koncesije bi seveda predstavljal najbolj radikalen enostranski poseg v razmerje, ki bi v končni posledici pomenil prenehanje koncesijskega razmerja, zaradi česar je vprašljivo, ali se lahko citirani člen ZJZP uporabi tudi za takšne situacije. Navedeni člen zlasti ne predvideva možnosti, da bi koncedent pozval koncesionarja k odpravi pomanjkljivosti v izvajanju koncesije ter bi mu šele nato lahko odvzel koncesijo oz. da bi predvideval obstoj javnega interesa za odvzem koncesije. Vse navedeno po mnenju avtorja govori v prid tezi, da se obravnavani člen ZJZP ne more uporabljati kot podlaga za odvzem koncesije.

Podobno je tudi prevzem koncesije, kot oblika odvzema koncesije, nepopolno urejen, saj ne predvideva obveznosti plačila odškodnine koncesionarju niti ne zahteva obstoja javnega interesa za prevzem.

4.7 Odgovornost koncedenta za ravnanja koncesionarja

Posebno vrsto odškodninske odgovornosti koncedenta je uvedel ZGJS, ki je v 53. členu določil, da koncedent subsidiarno odgovarja za škodo, ki jo pri opravljanju koncesionirane gospodarske javne službe povzroči koncesionar uporabnikom ali drugim osebam, če s koncesijsko pogodbo ni dogovorjena drugačna vrsta odgovornosti. Načelo subsidiarne odgovornosti je povzel tudi 18. člen ZJZP, ki poleg vrste odgovornosti določa tudi način uveljavljanja in regresno pravico javnega partnerja. Ker gre za obliko zakonitega poročila, se v primeru tistih konkretnih vprašanj, ki jih določbi 53. člena ZGJS in 18. člena ZJZP ne urejata, smiselno uporabljajo določbe oz. pravila OZ, ki urejajo institut poročila.

5 Reševanje sporov

Kljub spoznanjem pravnih teoretikov o dvojni pravni naravi koncesijske pogodbe slovenska zakonodaja nikjer izrecno ne opredeljuje in ne poimenuje koncesijskega razmerja bodisi kot javnopravnega bodisi kot zasebnopravnega. Podobno se koncesijska pogodba oz. javno-zasebno pogodbeno partnerstvo v novi zakonodaji kategorično ne opredeljuje niti kot javno- niti kot zasebnopravno. V zadnjem obdobju se sicer pravna teorija, predvsem teoretiki, ki se podrobneje ukvarjajo z upravnim pravom, smejeje izrekajo in poudarjajo upravno naravo koncesijske pogodbe, ki jo skušajo uvrstiti med upravne pogodbe. Vendar dejstvo, da v sklenjeni koncesijski pogodbi prevladujejo civilnopravni instituti, botruje temu, da se spori iz tega razmerja rešujejo pred rednimi sodišči. Kljub dejstvu, da je koncesijski akt, katerega vsebina je v posameznih zakonih zelo podrobno urejena, v primerjavi s koncesijsko pogodbo dominanten pravni akt, ker prepušča avtonomiji strank pri oblikovanju koncesijskega razmerja le malo prostora, je razumljivo, da ni mogoče povsem izključiti pogodbenega značaja koncesijskega razmerja. Koncesijska pogodba ima tako kljub pomembni vlogi javnopravnih elementov še vedno civilistično pravno naravo. Seveda pa si z ugotovitvijo o mešani pravni naravi koncesijske pogodbe, ko se postavi vprašanje o pristojnosti za reševanje sporov iz tega razmerja, ne moremo kaj dosti pomagati. Ob tem bi zato želeli predstaviti razmišljanje Sajovica, ki na to vprašanje daje pragmatičen odgovor: *Znano je, da velja za »zasebna« sporna razmerja pravna pot pred rednimi sodišči (v razliko od različnih vrst upravnih sodišč kot tudi sodišč ustavnega sodstva). Seveda v posameznih pravnih ureditvah ni mogoče vseh spornosti v vsakem primeru povsem jasno opredeliti glede določene odgovarjajoče pravne poti. Tako se dogodi, da razpravljajo tudi o posledicah javnopravnih razmerij redna sodišča kot o svojih spornostih (npr. posledice razlastitvenih posegov in sporov), čeprav bi po naravi stvari pravzaprav pripadali upravnopravni sferi. Za naš prikaz osnov civilnega prava lahko postavimo le ugotovitev, da glede na omenjeno ureditev »stvarne sodne podsodnosti«, o pripadnosti posameznih spornih zadev ne moremo vedno zavzeti dokončnega stališča o civilnopravni naravi razmerja (poudarek dodan) oz. njihovih posledic glede na temelj razmerja, kakor se ta podaja iz narave udeleženih subjektov (Sajovic, 1994: 22).*

Pravno varstvo strank v zvezi s koncesijami je urejeno v ZGJS. 40. člen tega zakona določa, da o sporih iz izvajanja koncesijske pogodbe odloča redno sodišče. Ta izraz je potrebno razlagati kot sodišče splošne pristojnosti²⁶. Predmetna določba pa je bila oz. je še vedno predmet obširnih razprav. Kljub dilemi, ali se določba 40. člena ZGJS interpretira tako, da predstavlja *ius cogens*, kar bi izključevalo dogovor o pristojnosti arbitraže, ali tako, da gre zgolj za napatitveno določbo, ki ne izključuje drugačnega dogovora, saj ne določa izključne pristojnosti rednih sodišč (Plauštajner, 1998: 19), je po mnenju avtorja mogoče zatrditi, da je dopustno tudi arbitražno reševanje sporov iz koncesijskega razmerja. Ob

pomanjkanju sodne prakse slovenska pravna teorija sicer ne daje kategoričnega odgovora na predstavljeno vprašanje. Kljub temu pa pogodbeni praksa 40. člena ZGJS ni razumela kot določilo, ki bi izključevalo možnost arbitražnega reševanja sporov, ker bi predstavljalo kogentno pravno normo. Takšnemu stališču gre pritrditi, saj bi morala biti izključitev arbitražnega reševanja sporov izrecno določena z zakonom. Avtor tega članka meni, da je bil namen 40. člena ZGJS zgolj v izključitvi odločanja pred tujimi sodišči. Kljub vsemu opisane dileme ne gre zanemariti, saj je od razlage 40. člena ZGJS odvisen tudi domet določila 140. člena ZJZP. Novi ZJZP je v 1. odst. 140. člena dopustil možnost dogovora med strankama razmerja javno-zasebnega partnerstva o tem, da spore, ki so neposredno povezani z razmerjem in ki niso v izključni pristojnosti sodišča v Republiki Sloveniji (glej 2. odst. 460. člena ZPP), stranki rešujeta pred dogovorjeno arbitražo, torej domačo ali tujo. Vendar pa je v določilu 2. odst. 17. člena ZJZP – odvisno od interpretacije 40. člena ZGJS - ostala omejitev reševanja sporov iz razmerja javno-zasebnega partnerstva pred arbitražo, saj je **arbitraža dopustna le 'v primerih, če ni z zakonom drugače določeno'**. Če bi torej zavzeli stališče, da 40. člen ZGJS ne dopušča arbitražnega reševanja sporov na področju koncesij gospodarskih javnih služb, v tem primeru arbitražni dogovor ne bi bil dopusten. Zaključiti je torej mogoče, da opisana dilema glede razlage določila 40. člena ZGJS ostaja še naprej aktualna ter jo bo v prihodnje morala rešiti poslovna praksa, v primeru sporov pa arbitražna oz. sodna praksa. Arbitražnega dogovora pa ne smejo skleniti izvajalec javno-zasebnega partnerstva in uporabniki, saj je za njuna sporna razmerja določena v 2. odst. 140. člena ZJZP *izključna* pristojnost sodišč v RS.

Naj omenimo še, da je v interesu javnega partnerja oz. koncedenta zakonodajalec v 139. členu ZJZP zapisal določbo, s katero je določil uporabo prava pri reševanju sporov. Slovensko pravo se uporabi ne glede na pripadnost izvajalca javno-zasebnega partnerstva, tako za razmerja med javnim partnerjem in izvajalcem javno-zasebnega partnerstva, kot tudi za razmerja med izvajalcem in uporabniki. Ta določba izrecno predpisuje uporabo domačega prava in izključuje uporabo tujega materialnega prava, kar nazorno kaže na zaščito močnejše stranke v javno-zasebnem razmerju, t.j. koncedenta kot zastopnika javnega interesa.

6 Zaključek

Sprejeti ZJZP je ključno posegel v ureditev koncesijske pogodbe, vendar *le* glede vprašanje *postopka* podelitve koncesij, ni pa bistveneje posegel v njihovo materialnopravno ureditev, ki je še vedno razdrobljena v mnogih področnih zakonih. Zaradi sklicevanja ZJZP na *smiselno* ali *neposredno* uporabo ZGJS, pri čemer pa zakon svojega razmerja z drugimi področnimi zakoni ne definira, se zlasti zastavlja vprašanje pravnega odnosa med novim splošnim pravnim režimom, ki ga predstavlja ZJZP, ter starimi specialnimi ureditvami v posameznih področnih zakonih. Na več mestih je tako mogoče določbe ZJZP o koncesiji

storitev razumeti tako, da razširjajo uporabo določil ZGJS na področja, kjer sicer področni zakoni izrecno ne napotujejo na smiselno uporabo ZGJS. S tem bo ZJZP gotovo prispeval k temu, da se zabriše ločnica med gospodarskimi in negospodarskimi (socialnimi) javnimi službami, ki so bile do njegove uveljavitve glede številnih vprašanj neenotno urejene. Ker je v zakonu mogoče zaslediti nekatere nedoslednosti (npr. sklicevanje na ureditev enostranske spremembe koncesijske pogodbe v ZGJS, čeprav enostranska sprememba pogodbe v ZGJS ni urejena) ter glede na uvajanje novih definicij, ki dodatno otežujejo razumevanje in povezovanje do sedaj uveljavljenih pojmov z novimi definicijami, pa avtor meni, da ZJZP ni bistveno prispeval k preglednosti pravnega urejanja koncesijske pogodbe. Prav nasprotno, celotna pravna ureditev z uvedbo splošnega in hkrati za nekatera vprašanja posebnega pravnega režima urejenega v ZJZP, ki obstoji poleg že uveljavljene specialne zakonodaje, povprečnemu uporabniku ne daje jasnega in nedvoumnega vpogleda v ureditev temeljnih pravnih institutov koncesijskega razmerja. V vsakem posamičnem primeru je namreč potrebno ugotavljati ali je posamezno vprašanje oz. institut urejen drugače, kot je to določeno v ZJZP oz. ali je ZJZP za to vprašanje specialen predpis. Kljub tej kritiki gre pozdraviti uvedbo nekaterih novih rešitev, ki jih dosedanja pravna ureditev ni ustrezno reševala. Glede na razširjenost koncesijske pogodbe in njene uporabe v najrazličnejših sferah družbenega življenja bi bilo za poenotenje razumevanja in praktične uporabe temeljnih institutov koncesijske pogodbe potrebno enotno in tehtno zakonsko urediti najpomembnejša vsebinska vprašanja režima koncesijske pogodbe, ki bi določeneje razmejeval pravice in obveznosti javnopravnega in zasebnopravnega subjekta v pogodbenem razmerju. Zlasti zaradi močnega vpliva javnopravnega subjekta na oblikovanje in izvrševanje tega pogodbenega razmerja bi bilo potrebno določeneje opredeliti pooblastila javnopravnega subjekta v razmerju. Od pravne varnosti in predvidljivosti koncesijskih razmerij je namreč odvisna tudi pogostost odločanja zasebnopravnih subjektov za sklepanje takšnih razmerij z javnopravnim subjektom. V premem sorazmerju s številom sklenjenih koncesijskih pogodb pa je tudi kvaliteta zadovoljevanja splošnih potreb oz. javnega interesa. Enotno bi bilo potrebno urediti zlasti tista materialnopravna vprašanja režima koncesijske pogodbe, ki so se v poslovni praksi pokazala kot pomanjkljivo urejena (npr. enostranski poseg v koncesijsko razmerje, spremenjene okoliščine, kontrahirna dolžnost, prenos koncesijske pogodbe, načini prenehanja koncesijske pogodbe in odgovornost koncedenta za ravnanja koncesionarja).

Slovenska upravnopravna teorija se zavzema za krepitev upravnega značaja koncesijske pogodbe. Ta težnja se je zlasti kazala v osnutku ZKOn, ki pa kasneje ni bil sprejet. Sedanja razpršena področna zakonodaja, zlasti ZGJS, pa tudi ZJZP kot splošni predpis, so v normativno ureditev koncesijske pogodbe vpeljali nekatere posebne pravne institute upravne narave, ki kažejo na poseben položaj javnopravnega subjekta v razmerju: posebna ureditev instituta spremenjenih okoliščin po ZGJS, ki je podobna zlasti francoskemu institutu »nepredvidljivih okoliščin« (*de l' imprévision*), posebni javnopravni načini prenehanja koncesijske

pogodbe po ZGJS, odgovornost koncedenta za ravnanja koncesionarja, enostranski posegi javnopravnega subjekta v razmerje oz. možnost enostranske spremembe pogodbe po ZJZP, izločitvene pravice v stečaju ipd. Vendar pa je ureditev teh institutov, ki so odraz zaščite javnega interesa v koncesijskem razmerju, zelo pomanjkljiva in nedorečena, kar zmanjšuje njihovo praktično vrednost. Pomanjkljiva zakonska ureditev odpira vrata uporabi institutov drugih nominatnih kontraktov ter splošnih določil obligacijskega prava, pa tudi pogodbenih določil, ki so v celoti rezultat dogovora pogodbenih strank, torej njenega namena ob sklenitvi pravnega posla ter moči posamezne pogodbene stranke. Ohranitev določil o redni sodni pristojnosti za reševanje sporov iz koncesijske pogodbe je na drugi strani močan indic v smeri pretežne uporabe civilnega prava. Na slednje pa po avtorjevem mnenju kaže tudi dejstvo, da se je zakonodajalec ob uvedbi novega instituta enostranskega posega v razmerje javno-zasebnega partnerstva v ZJZP odločil za smiselno uporabo instituta pogodbene odškodninske odgovornosti. Kljub temu da so osnovni parametri koncesijske pogodbe določeni že s koncesijskim aktom ali drugim enostranskim upravnim aktom javnega partnerja, s čimer je pogodbeno svoboda zlasti ene stranke bolj omejena, je na podlagi analize veljavne ureditve koncesijske pogodbe težko zavzeti stališče o tem, kateri elementi v koncesijski pogodbi prevladujejo – civilni ali upravni. Zaključek o tem, kakšno je razmerje med »javnim« in »zasebnim« v koncesijski pogodbi glede na veljavno pravno ureditev, je po avtorjevem mnenju odvisen tudi od *moči* javnopravnih elementov v pogodbi. Nedorečenost in neizoblikovanost teh pravnih institutov, ki v sporu omogoča različne pravne razlage, namreč izrazito šibi njihov pravni pomen, s tem pa tudi položaj javnega partnerja v pogodbenem razmerju

Opombe / Notes

¹ V Pravnem terminološkem slovarju je mogoče zaslediti, da je koncesija termin, ki se je uporabljal že med leti 1918 in 1945.

² Zakon je kasneje nadomestil nov Zakon o varstvu okolja (Ur. l. RS, št. 41/2004; čistopis je objavljen v Ur. l. RS, št. 33/2007; ZVO-1).

³ V pravni teoriji najdemo štiri teorije oz. metode, ki naj služijo razlikovanju med javnim in zasebnim pravom, in sicer 1. *interesna teorija* (razvrstitev v posamezno pravno panogo je odvisna od tega, ali gre v posameznem primeru za zasledovanje javnega ali zasebnega interesa); 2. *teorija subordinacije* (za javno pravo je značilno razmerje nadrejenosti – podrejenosti, medtem ko je za zasebno pravo značilna enakopravnost subjektov razmerja); 3. *teorija subjekta* (če je udeleženec razmerja oblastni organ, gre za javno pravo in nasprotno, če je udeleženec le zasebnopravni subjekt, gre za zasebno pravo) in 4. *posebna teorija* (javnopravno razmerje obstaja takrat, ko je v njem udeleženec nosilec oblasti, ki tudi nastopa v oblastni vlogi). (Trstenjak, 2001: 942)

⁴ V zadevi C-302/94 *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc.* [1996] ECR I-06417 je Sodišče ES v *obiter dictum* (glej para. 34) sodbe zapisalo, da so posebne ali izključne pravice v splošnem tiste pravice, ki jih določenemu podjetju ali omejenemu številu podjetij *podeli javna oblast*, in sicer *drugače kot upoštevaje objektivna, sorazmerna in nediskriminatorna merila*, in ki bistveno vplivajo na sposobnost drugih podjetij zagotavljati in upravljati telekomunikacijsko omrežje oz. zagotavljati telekomunikacijske storitve na istem geografskem območju pod bistveno enakovrednimi pogoji.

⁵ Avtorja menita, 'da pogodba *mixti iuris* ali *sui iuris* ali *sui generis* z vidika kategorialnosti pravnega aparata ne obstaja'.

⁶ Podobno delitev sta predvidevala tudi osnutka *Zakona o koncesijah (ZKon)*, prvi z dne 15.10.2001 in drugi z dne 27.5.2002.

⁷ Za razliko od pogodbenega partnerstva pozna ZJZP tudi statusno partnerstvo (členi 96 *et seq.*). Gre za lastninskopravne povezave med javnim in zasebnim partnerjem, ki se kažejo v npr. ustanovitvi skupnega podjetja (ang. "*joint ventures*") ali v sovlaganju v podjetje zasebnega ali javnega prava. Podobno opredelitev je podala tudi Komisija v Zeleni knjigi o javno-zasebnem partnerstvu: Green Paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004) 327 final, Bruselj 30.4.2004, str. 18 *et seq.*

⁸ V praksi se poleg že navedenih oblik BTO, BOT in BOO pojavljajo različni lastninskopravni režimi, ki jih povzemajo Uncitralove smernice: 1. BROT (build-rent-operate-transfer) in BLOT (build-lease-operate-transfer) lastninska režima sta sicer podobna BOT in BTO projektoma, le da pri njima koncesionar tudi najame premoženje; 2. BOOT (build-own-operate-transfer); 3. pri nekaterih projektih gre za modernizacijo objektov in naprav, kot npr. pri MOT (modernize-operate-transfer), ROT (refurbish-operate-transfer), MOO (modernize-own-operate), ROO (refurbish-own-operate); 4. DBFO (design-build-finance-operate) pa poudarja dodatno obveznost oblikovanja projekta ter financiranja njegove izgradnje. (UCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2001: 5 – 6)

⁹ Ob tem gre omeniti, da je monopol kot posledica izključnosti pravice podeljene s koncesijo, značilna sestavina koncesijskega razmerja v francoskem pravnem sistemu. Tu lahko govorimo o pravici koncesionarja kot o pravici z absolutnimi elementi. Nasprotno pa v nemškem pravnem sistemu izključnost koncesionarjevega pravnega položaja ni nujni element koncesijskega razmerja. (Grilc in Juhart, 1991: 14)

¹⁰ V času pred uveljavitvijo ZJZP so pravni teoretiki sicer zagovarjali stališče, da je v določenih primerih koncesionar lahko tudi oseba javnega prava (Čebulj, 1996: 240), vendar pa je glede na konceptualno zasnovano ZJZP to sedaj vprašljivo, če ne nemogoče (glej člen 1 ZJZP, po katerem zakon ureja 'namen in načela zasebnega vlaganja v javne projekte in / ali javnega sofinanciranja zasebnih projektov, ki so v javnem interesu [...]'). Sicer pa je tudi v pojasnilih Bohinca, Mužine

in Tičarja k ZJZP zaslediti stališče, da 'razmerij med izključno zasebnimi subjekti (oziroma izključno javnimi subjekti) ni mogoče obravnavati kot javno-zasebno partnerstvo, prav-tako pa tudi ne razmerij med javnimi in zasebnimi subjekti, ki se ne izvajajo v javnem interesu' (Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (ZJZP) s pojasnili Bohinca, Mužine in Tičarja, 2007: 23).

¹¹ Pojma "koncesijsko partnerstvo" iz 7. točke 5. člena ZJZP in "koncesijsko razmerje" iz 26. člena ZJZP je mogoče razumeti kot sinonima. Podobno tudi Kranjc (Kranjc, 2007: 1181).

¹² Primerjaj določbo 68. člena ZJZP, ki se sicer nahaja v poglavju "6. Nastanek razmerja javno-zasebnega partnerstva", ki pa govori o pravicah in obveznostih, ki izhajajo iz razmerja, ne pa striktno o nastanku *inter alia* koncesijskega razmerja.

¹³ 3. in 4. točka 1. člena direktive se glasita v uradnem slovenskem prevodu, ki pa ni povsem pravilen, kot sledi: 3. "Koncesija za javne gradnje" je naročilo enake vrste kakor javno naročilo gradenj z izjemo dejstva, da je *razlog za izvedbo gradenj* (poudarek dodan) bodisi samo pravica do koriščenja gradnje ali ta pravica skupaj s plačilom. 4. "Koncesija za storitve" je naročilo enake vrste kakor javno naročilo storitev, z izjemo dejstva, da je *razlog za opravljanje storitev* (poudarek dodan) bodisi samo pravica do koriščenja storitve ali ta pravica skupaj s plačilom.

Angleški tekst govori o "*consideration for the works to be carried out*" oz. o "*consideration for the provision of services*", pri čemer "*consideration*" v angleški pravni terminologiji pomeni pogodbeno obveznost, s katero stranki izpolnita pogodbo. Pogodbena obveznost oz. izpolnitev druge stranke v koncesijski pogodbi je namreč v podelitvi pravice izkoriščati gradnjo ali storitev oziroma v podelitvi te pravice skupaj s plačilom.

Pirnat meni, da se slovenski prevod direktive zaplete v nesmiselno formulacijo, saj govori o »naročilu«¹⁴ tudi pri definiranju koncesij, namesto o javni pogodbi. Glej Pirnat, 2007: 1187-1188.

¹⁴ Zadeva C-324/98 *Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] ECR I-10745, para. 48 - 57.

¹⁵ Kasneje je Sodišče ES prišlo do enakega zaključka tudi v zvezi z direktivo št. 92/50/EGS, in sicer v zadevi C-358/00 *Buchbändler-Vereinigung GmbH v. Sauer Verlag GmbH & Co. KG, Die Deutsche Bibliothek* [2002] <http://curia.europa.eu/>; enako Brown, 2002: 119.

¹⁶ Sklepni predlogi Generalnega pravobranilca Fennelly-ja v zadevi C-324/98, *Teleaustria and Telefonadress*, para. 30.

¹⁷ C-360/96 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden v. BFI Holding BV* [1998] <http://curia.europa.eu/> para. 24-25.

¹⁸ C-272/91 *Commission v. Italy (Lottomatica)* [1994] <http://curia.europa.eu/> para. 22-25 in 32.

¹⁹ Za takšen primer gre npr. pri koncesiji za vzdrževanje javnih cest po Zakonu o javnih cestah, ki se skladno z 10. členom zakona financira iz proračuna Republike Slovenije. Po mnenju dr. Mužine v primeru koncesije po ZJC ne gre niti za javnoročniško partnerstvo po ZJZP, saj koncesionar ne prevzame nobenega tveganja (Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (ZJZP) s pojasnili Bohinca, Mužine in Tičarja, 2007: 33).

²⁰ Po mnenju Pirnata bo šlo v odsotnosti kakršnegakoli rizika za koncesionarja za čisto javno naročilo po Zakonu o javnem naročanju (Ur.l. RS, št. 128/06; ZJN-2) in se ZJZP sploh ne bo uporabljaj.

²¹ Pirnat meni, da bi zakon moral predvideti dva bistvena elementa pravnih posledic naknadne spremembe koncesijskega akta: prvič, poznejša sprememba koncesijskega akta, ki nasprotuje koncesijski pogodbi, ne pomeni kršitve te pogodbe, če gre za jasno izražen javni interes, poseg v pogodbo pa je sorazmeren; in drugič, v primeru poslabšanja finančnih pogojev izvajanja koncesije je koncesionar upravičen do nadomestila, ki mu zagotavlja finančno ravnotežje (Pirnat, 2000: 155).

²² Določilo 3. odst. 43. člena ZJZP se sicer sklicuje na smiselno uporabo določb ZGJS o koncesijski pogodbi, med drugim tudi glede njene enostranske spremembe, vendar pa do uveljavitev ZJZP slovenski pravni sistem takšne enostranske spremembe koncesijske pogodbe sploh ni urejal ter je ZGJS ne predvideva.

²³ Sklepati je mogoče, da zakon »druge ukrepe oblasti«, zaradi katerih izvajalec ni mogel izvajati razmerja, priznava kot nekakšno spremenjeno okoliščino v smislu 112. člena OZ, ki zasebnemu partnerju po sklenitvi pogodbe prepreči doseči namen sklenjene pogodbe, zaradi česar pa mu javni partner omogoči pravično spremembo pogodbenih pogojev. Takšna sprememba pogodbe (t.j. podaljšanje njenega trajanja, ki naj zasebnemu partnerju omogoči izpolnitev namena pogodbe) namesto njene razveze je nedvomno odraz načela, da se pogodba primarno ohrani v veljavi. Skladno z zgoraj predstavljeno doktrino *fait du prince* v tem primeru namreč ne bo šlo za ravnanje, za katerega bi zasebni partner bil upravičen do finančnega ravnotežja, saj ne gre za ukrep javnega partnerja.

²⁴ Glede meril za kvalifikacijo spremenjenih okoliščin oz. glede predpostavk za uporabo tega instituta pa je po mnenju avtorja potrebno uporabiti določbe 112. člena OZ. 50. člen ZGJS namreč predstavlja *lex specialis* le glede posledic spremenjenih okoliščin.

²⁵ To so zahtevek za izpolnitev obveznosti, odstop od pogodbe in pravica do odškodnine oz. zahtevke za znižanje plačila.

²⁶ Sprememba Zakona o rednih sodiščih ni razmejevala med sodišči splošne pristojnosti in specializiranimi sodišči, kot to velja za sedaj veljavni Zakon o sodiščih (Ur. l. RS, št. 45/95, 26/99, 38/99, 28/2000, 26/2001, 67/2002, 101/2002, 56/2002, 73/2004, 72/2005, 49/2006, 127/2006 in 67/2007; uradno prečiščeno besedilo je bilo objavljeno v Ur. l. RS, št. 94/2007; ZS).

Literatura / References

- Androjna, V. (1992) *Upravni postopek in upravni spor* (Ljubljana: Uradni list RS).
- Bohinc, R., Mužina, A. & Tičar, B. (2007) *Zakon o javno-zasebnem partnerstvu s pojasnili*, (Ljubljana: Nebra d.o.o.).
- Brown, A. (2002) Exclusion of services concessions from the EC procurement Directives: more jurisprudence from the ECJ: Note on Case C-358/00 Buchhändler-Vereinigung GmbH v. Sauer Verlag GmbH & Co. KG, Die Deutsche Bibliothek, *Public Procurement Law review* 11 (London: Sweet & Maxwell).
- Čebulj, J. (1996) Koncesija, *Upravni zbornik* (Ljubljana: Inštitut za javno upravo).
- Green Paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions*, COM(2004) 327 final, Bruselj 30.4.2004.
- Grilec, P. & Juhart, M. (1991) Koncesijsko razmerje in koncesijska pogodba, *Pravnik*, 46(1-2).
- Kranjc, V. (2007) Razmejitev med koncesijskimi in javnonaročniškimi razmerji, *Podjetje in delo*, 33(6-7).
- Krisper Kramberger, M. (1998) Javno dobro v novi pravni ureditvi, *Pravna praksa*, 17(4), pp. 17-24.
- Mužina, A. (2004) *Koncesije - Pravna ureditev koncesijskih razmerij v Sloveniji in EU* (Ljubljana: Založniška hiša Primath).
- Pirnat, R. (2003) Koncesijska pogodba, *Podjetje in delo*, 29(6-7), pp. 1607-1618.
- Pirnat, R. (2000) Pravni problemi upravne pogodbe, *Javna uprava*, 36(2), pp. 143-168.
- Pirnat, R. (2007) Podelitev koncesije po Zakonu o javno-zasebnem partnerstvu, *Podjetje in delo*, 33(6-7), pp. 1185-1198.
- Plauštajner, K. (1998) Reševanje sporov iz koncesijskih razmerij, *Odbetnik*, 1(1), pp. 18-20.
- Sajovic, B. (1994) *Osnove civilnega prava – splošni del* (Ljubljana, Uradni list RS).
- Sklepni predlogi Generalnega pravobranilca Fennelly-ja v zadevi C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, <http://curia.europa.eu/>.
- Trstenjak, V. (2001) Obligacijski zakonik – pot k civilnemu zakoniku, *Podjetje in delo*, 27(6-7), pp. 942-957.

UNCITRAL *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* (2001) Sales No. E.01.V.4 (New York, United Nations publications), <http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/publications.html>.