

HUENJE



OBČINA RADLJE OB DRAVI
Mariborska c.

Prejeto:	18. 04. 2003	Priloge:	1
Šifra zadeve:	35205-5/01-07	Priloge:	1
		Vred:	

ODLOČBA NI SKLENITEV POGODBE

Pri tem izhajamo iz predpostavke, da je odločba o izbiri koncesionarja pravnomočno in je z rednimi pravnimi sredstvi ni mogoče izpodbijati, hkrati pa nam nismo niti seznanjeni z razlogi za morebitno uveljavljanje izrednih pravnih sredstev (obnova postopka, ...).

ZGJS ima zelo skope določbe o postopku pridobivanja in izbora koncesionarja, saj ima o tem le dva člena. V 36. členu določa, da koncesionarje pridobiva koncedent z javnim razpisom, ki se objavi v uradnem glasilu Republike Slovenije na podlagi koncesijskega akta, s katerim se določita tudi oblika in postopek javnega razpisa. V 37. členu pa določa, da o izbiri koncesionarja odloči koncedent z upravno odločbo. V tem upravnem postopku imajo vsi kandidati, ki so sodelovali v postopku javnega razpisa, položaj stranke. V tem delu sicer v postopek podelitve koncesije s 133. členom posega tudi ZJN-1, ki pa za presojo ... ni relevanten.

Kljub temu, da 37. člen določa, da se o izbiri koncesionarja odloči, pa smo mnenja, da pridobi izbrana oseba status koncesionarja šele s podpisom pogodbe, saj šele takrat postane nosilec pravic in obveznosti iz koncesijskega razmerja. Koncesijska pogodba je namreč po našem mnenju konstitutivni element obstoja koncesijskega razmerja. Poleg sistemskih argumenta nastajanja takega razmerja, glede podlago za navedene trditve najti tudi v 39. členu ZGJS, ki v prvem odstavku določa, da s koncesijsko pogodbo uredita koncedent in koncesionar medsebojna razmerja v zvezi z opravljanjem koncesionirane gospodarske javne službe, v zvezi z obličnostnimi zahtevami pa zadnji odstavek istega člena zahteva, pod najtežjo neveljavnostno sankcijo, pisnost koncesijske pogodbe (Koncesijska pogodba mora biti sklenjena v pisni obliki, sicer nima pravnega učinka.). Vse to v predstavljenem primeru ni izpolnjeno.

Glede na navedeno gre torej ugotoviti, da odločba o izbiri koncesionarja ni izjava koncedenta, da sprejema neko določeno ponudbo, pač pa javnopravni akt, s katerim je opravljena izbira osebe, ki se je prijavila na razpis in ki se lahko kot koncesionar pogaja o sklenitvi koncesijske pogodbe s koncedentom.

Ne glede na zgornje upravne omejitve za obstoj koncesijske pogodbe, ...

POGODBA NITI UPRAVNO NITI CIVILNO NI SKLENJENA!

- soglasje volj ! (sicer se lahko opredelimo le do izraženih in dokumentirani)

Po 15. členu Obligacijskega zakonika (smiselno enako določbo je vseboval 26. člen Zakona o obligacijskih razmerjih, ki je bil v veljavi do 31.12.2002) je pogodba sklenjena tedaj, ko se stranki sporazumeta o njenih bistvenih sestavinah. Čeprav je pojem bistvene sestavine t.i. dejansko vprašanje (*questio facti*), ki je odvisno od okoliščin posameznega primera, bi v primeru predmetnega koncesijskega razmerja gotovo sodijo med te sestavine vprašanja, kot so - rok trajanja (10. člen

koncesijskega akta določa, da se začetek in čas trajanja natančno opredelita v koncesijski pogodbi, smiselno enako določbo vsebuje tudi 4.točka javnega razpisa).

- ocena vrednosti sistema, planirani čas izgradnje ...

- cena storitev javne službe oziroma »cena očiščene vode za uporabnike v SIT/m2, višina priključnine«¹.
- razmerje med koncesionarjem in (sedanjim) izvajalcem javne službe (5. točka »Gospodarska družba oziroma obrat javne službe« dela razpisne dokumentacije 2.1. Opis storitev določa: »Dejavnost izvajanja javne službe – obratovanje in vzdrževanje sistema bo koncesionar organiziral preko Javnega podjetja d.o.o. Radlje ob Dravi«).

Morebitnemu argumentu za obstoj koncesijske pogodbe, da bil vzorec koncesijske pogodbe, z vsebino katere je koncedent očitno soglašal, sprejet s strani ponudnikov ob oziroma z oddajo ponudbe (s pisno izjavo o soglasju s predloženim vzorcem koncesijske pogodbe), po našem mnenju ni mogoče slediti, saj vzorec pogodbe ne vsebuje nobene izmed bistvenih sestavin pogodbe (razen imena koncedenta in vsebine predmeta pogodbe). Tudi sicer navedeni vzorec, ki je edina pisna listina, katero sta tako koncedent kot izbrani ponudnik »podpisala«, ne more predstavljati koncesijske pogodbe ne le zato, ker ne vsebuje bistvenih sestavin pogodbe, temveč tudi zaradi tega, ker je (kasneje izbrani ponudnik) k vzorcu v razpisni dokumentaciji, v svoji ponudbi podal predloge sprememb in dopolnitev (četrtno 12. alineja 6. člena koncesijskega akta določa, da mora koncesionar, poleg z javnim razpisom določenih pogojev, izpolnjevati zlasti naslednje pogoje: »...- da parafira predlog koncesijske pogodbe, da se strinja s pogoji koncedenta«). Po običnostnih zahtevah OZ pa je oblika pisnosti izpolnjena tedaj, kot listino podpišejo vsi, ki se z njo zavezujejo. Za sklenitev dvostranske pogodbe pa je dovolj, da obe stranki podpišeta eno listino ali da vsaka stranka podpiše tisti izvod listine, ki je namenjen drugi stranki. Glede na to, da zakon predpostavlja, da gre za listino z identično vsebino, v tem primeru nikakor ni mogoče govoriti o tem, da bi bila koncesijska pogodba že sklenjena.

Morda velja pri stališču, da koncesijska pogodba med »strankama« ni sklenjena izhajati tudi sicer iz ravnanj »pogodbenih strank«. Konec preteklega leta sta namreč med občino in podjetjem Potekala pogajanja o vsebini predloga koncesijske pogodbe, ki je datiran z dne 4.11.2002. Iz analize vsebine predloga pogodbe, ki jo je predložil ni mogoče v ničemer sklepati, da bi koncesijska pogodba bila že sklenjena; ravno nasprotno preambula predloga kot temelj za sklenitev koncesijske pogodbe določa odločbo o izboru. Tako gre gornjim argumentom še dodati tudi to, da je očitno tudi med strankama nesporno, da koncesijska pogodba ne obstoji.

Še več iz predloga koncesijske pogodbe je razvidno tudi to, da med koncedentom in izbranim ponudnikom ni soglasja niti v tem, kdo naj bi bil nosilec pravic in obveznosti iz koncesijskega razmerja, torej kdo naj bi v konkretnem primeru sploh bil koncesionar.

¹ V tej zvezi gre opozoriti na sklep občinskega sveta Občine Radlje, št. 35205-4/98-07, z dne 26.9.2001 ki se med drugim glasi »Projekt koncesije ... se podpre pod naslednjimi sprejemljivimi pogoji:

- upoštevati, da bo končna cena, ki bo bremenila občana za 1m3 čiščenja odpadne vode ali mobilni odvoz gošče takšnega nivoja, da bo lahko plačeval in da bo izterljivost pri 100% (cena se mora gibati pod 3 DEM/m3);«. Čeprav odločba o izbiri koncesionarja vsebine tega sklepa ne povzema, pa se v »glavi« na sklep izrecno sklicuje.

V tej zvezi gre tako izraziti stališče, da med strankama (še) ni bil dosežen sporazum (soglasje volj) o bistvenih sestavinah koncesijske pogodbe, kar je pogoj za sklenitev pogodbe po 15. členu OZ oziroma, če zapišemo v terminologiji 26. člena ZOR se pogodbeni stranki nesporno (še) nista zedinili o bistvenih sestavinah pogodbe².

IZBIRA ZAVEZUJE K RESNIM POGAJANJEM – IZVRŠITEV ODLOČBE!

V gornjih izvajanjih smo utemeljevali stališče, da med strankama še ne obstoji koncesijsko razmerje. Gotovo ni mogoče zanikati dejstva, da sledijo pravnomočni odločbi o izbiri koncesionarja pogajanja, ki se po naravi stvari praviloma zaključijo s sklenitvijo koncesijske pogodbe. Vendar so po drugi strani pogosti tudi položaji, ko med strankama do sklenitve koncesijske pogodbe, zaradi širokega spektra razlogov, ne pride. Tudi sodni praksi takšni primeri niso neznani. Tako je Vrhovno sodišče RS v zadevi št. ~~II 100/2015~~ zavnilo možnost »prisilne izvršitve« odločitve o podelitvi koncesije (opozarjamo, da se je primer nanašal na negospodarske javne službe, kjer se z upravno odločbo koncesionar ne le izbere, temveč koncesija podeli), z argumentom, da je odločba o podelitvi koncesije je upravni akt, vendar tak, ki se ne izvršuje po določbah Zakona o splošnem upravnem postopku. Enako je odločilo tudi v zadevi ~~II 100/2015~~, ko je zapisalo:

Odločba o podelitvi koncesije je upravni akt, ki se ne izvršuje po določbah ZUP, saj izbrani koncesionar in koncedent nadaljnja medsebojna razmerja uredita s koncesijsko pogodbo. Čeravno navedena stališča izključujejo zgolj eno vrsto prisilnih izvršb (upravno), pa smo stališča, da ne gre pričakovati, da bi sodišče v civilnem izvršilnem postopku koncedenta prisililo k sklenitvi koncesijske pogodbe. Pri tem se tudi ni mogoče izogniti odgovoru na vprašanje kontrahirne dolžnosti, do katere pa ima literatura odklonilno stališče.

Glede na to smo stališča, da dokonča ~~II 100/2015~~. Odločba o izbiri koncesionarja zavezuje koncedenta (kot tudi koncesionarja) k resnim pogajanjem o vsebini koncesijske pogodbe. Morebitna izjalovljena pogajanja pa ni mogoče nadomestiti, niti z morebitno tožbenim zahtevkom na sklenitev koncesijske pogodbe, še manj pa s prisilno izvršitvijo. Izjalovitev pogajanj je lahko po našem mnenju sankcionirana le s postopkom povračila škode zaradi pogajanj brez namena skleniti koncesijsko pogodbo ali zaradi neutemeljenega odstopa od pogajanj, kar obravnavamo v nadaljevanju.

Torej ni mogoče zahtevati izvršbe!!!!

Postavlja se vprašanje pravne narave notifikacije koncedentove odločitve, da je bila odločba izvršena saj oziroma, da v razumnem času ni bila sklenjena koncesijska pogodba. Menimo, da koncedent odločitve ne sprejme v upravnem postopku, za kar podajamo naslednje razloge. Najprej velja izpostaviti, da ZGJS povezuje z upravnim postopkom zgolj izbiro koncesionarja, ko v 37. členu določa: O izbiri koncesionarja odloči koncedent z upravno odločbo. V postopku iz prejšnjega odstavka imajo vsi

² 26. člen ZOR je določal: »Pogodba je sklenjena, ko se pogodbeni stranki zedinita o njenih bistvenih sestavinah.«.

kandidati, ki so sodelovali v postopku javnega razpisa, položaj stranke. Nadaljnje koncedentova ravnanja gre zato označiti kot t.i. akte poslovanja. Za navedene trditve lahko najdemo argument tudi v eni izmed odločitev Vrhovnega sodišča, kjer je med drugim navedeno:

Samo izbira koncesionarja je urejena kot upravna stvar. ZGJS namreč v 1. odstavku 37. člena določa, da o izbiri koncesionarja odloči koncedent z upravno odločbo. To pa pomeni, da na podlagi odločbe o izbiri koncesionarja nastane pravno razmerje med koncedentom in koncesionarjem. Toda nadaljnje urejanje tega razmerja ni več urejeno kot upravna stvar. Po zakonu skleneta koncedent in koncesionar pisno koncesijsko pogodbo, s katero uredita medsebojna razmerja (39. člen). Pogodba lahko nastane le s soglasjem volje obeh strank. Akti, ki jih v zvezi s sklenitvijo koncesijske pogodbe, oziroma v zvezi z urejanjem medsebojnih razmerij izda koncedent, niso upravni akti, čeprav imajo obliko upravnega akta. Sama oblika akta namreč ni bistvena, če iz njega izhaja volja koncedenta, v tem primeru izražena po zakonitem zastopniku, pooblaščenem za zastopanje lokalne skupnosti v njenih poslovnih razmerjih. Zato se pritožbeno sodišče strinja s presojo sodišča prve stopnje, da je akt, izpodbijan v tem upravnem sporu, akt poslovanja, ker iz njega izhaja le volja koncedenta v zvezi s pogodbo, ki je bila koncesionarju predložena v podpis.

Glede na navedeno gre skleniti, da mora koncedent koncesionarju odločitev o tem, da je bila odločba o izbiri koncesionarja ~~prejeto~~ ter oziroma saj ni prišlo do sklenitve koncesijske pogodbe nedvomno sporočiti (notificirati) pri čemer se posebna oblika notifikacije ne zahteva, tako teoretični argumenti, kot tudi sodna praksa pa zavračata stališče, da gre »odločitev o izvršitvi odločbe« izdati v obliki upravnega akta.

~~POLOŽAJ STRANKE~~ Seveda pa ob koncedenta ni mogoče zahtevati, da se pogaja s izbranim ponudnikom o vseh vprašanjih, saj je pri tem omejen z razpisnimi pogoji in koncesijskim aktom oziroma zlasti v tistem, ko so razpisni pogoji implementacija zahtev koncesijskega akta....

~~POLOŽAJ STRANKE~~

~~POLOŽAJ STRANKE~~

ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST

Glede temelja morebitnega odškodninskega zahtevka je mogoče podati le bolj ali manj okvirne ocene, saj ta niti še ni bil oblikovan, kaj šele postavljen. Zato v nadaljevanju navajamo le nekatere okoliščine, ki so pomembne za presojo utemeljenosti takega zahtevka in ki po našem mnenju kažejo ~~na njegovo utemeljenost~~.

V uvodu analize odškodninske odgovornosti koncedenta velja izpostaviti določbo 26. člena Ustave RS, ki je temelj odškodninske odgovornosti državnih organov, organov lokalnih skupnosti ali nosilcev javnih pooblastil. Po 26. členu Ustave ima vsakdo:

»...pravico do povračila škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil s svojim protipravnim ravnanjem stori oseba ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja.«

Po nespornem stališču v teoriji in praksi izhaja iz ustavne norme sistem *objektivne* odškodninske odgovornosti. Ne glede na zapisano in ugotovitev, da gre sporno pravno razmerje med neuspehim ponudnikom in občino presojati v okviru neposlovne (deliktne) odgovornosti, pa velja na vprašanje obsega odškodninske odgovornosti odgovoriti ob upoštevanju pravil obligacijskega prava (tedaj Zakona o obligacijskih razmerjih, Uradni list SFRJ, št. 29/78 do Uradni list RS, št. 83/01). Glede obsega povrnitve škode gre tako izhajati izključno iz namena odškodninskega prava, ki je v povračilu povzročene škode (*načelo popolne odškodnine*).

V postopkih oddaje koncesij gre v fazi javnega razpisa (*razpisni faza* oddaje koncesije) za strogo formaliziran postopek, v katerem nastajajo določeni zasledki bodočega pravnoposlovnega razmerja, zato je mnenje, da se lahko, glede obsega pa tudi temelja odškodninske odgovornosti koncedenta, v razmerju do ponudnika kot primerna pokaže analogna uporaba odškodninske odgovornosti za prekinitev pogajanj brez utemeljenega razloga oziroma odgovornost za pogajanja brez namena skleniti pogodbo. V postopkih podeljevanja koncesij in postopkih pogajanj izhajamo iz *enakih izhodišč*. Namen pogajanj in njihove pravne ureditve ni v tem, da bi zavezovala katerokoli stranko k sklenitvi pogodbe. Podobno je pri podeljevanju koncesij. Kljub ureditvi, ki avtonomijo volje močno omejuje, ostaja koncedentu še vedno odločitev o dodelitvi koncesije. Te izbire ne morejo prevzeti organi pravnega varstva. V obeh primerih gre *le* za-to, da je koncedent (pogajalec) zavezan k posebnemu ravnanju, k določeni stopnji spoštovanja interesov nasprotne stranke. V nasprotnem primeru je (lahko) odškodninsko odgovoren po pravilih o predpogodbeni odškodninski odgovornosti.

Pri interpretaciji pravne narave odškodninske odgovornosti, 30. člena ZOR-a, katerega odstavek, relevantna za nadaljnjo obravnavo, sta glasila:

»(2.) Stranka, ki se je pogajala, ne da bi imela namen skleniti pogodbo, je drugi stranki odgovorna za škodo, ki ji je nastala s pogajanjem.

(3.) Prav tako je odgovorna za škodo tudi stranka, ki se je sicer pogajala z namenom sklenitve pogodbe, pa je namen brez utemeljenega razloga opustila in tako drugi stranki povzročila škodo.«

je to odgovornost, drugače kot v primerjalnem pravu, izjema je francoski pravni red, literatura večinsko opredeljevala kot **deliktno** (neposlovno). Ta večinska opredelitev je bila po mnenju nekaterih sporna³. Stanki sta namreč stranki v fazi pogajanj v razmerju, ki je sorodno in primerljivo s poslovno zvezo, vse to pa odgovornost za pogajanja približuje poslovni odškodninski odgovornosti⁴. Vendar pa, vprašanje pravne narave odgovornosti v našem pravnem redu vsaj *de facto* ni tako zelo aktualno, saj meja med poslovno in neposlovno odgovornostjo ni ostro zarisana.

V predlogu Obligacijskega zakonika iz leta 1996 določba o odškodnini za pogajanja ni bila deležna spremembe, k predlogu zakonika za drugo obravnavo pa je vlada k nespremenjenemu besedilu, kot ga je vseboval 30. člen ZOR-a podala *amandma*, da se v drugem odstavku črta vejica za besedo škoda, in se besedilo za njo, ki glasi: »*ki je nastala s pogajanj*«, nadomesti z novim besedilom, ki glasi: »*povzročeno drugi stranki*«. Amandma naj bi po mnenju vlade ne pomenil vsebinske spremembe, ampak je glede na težnje v primerjalnem pravu primerneje, da je v pravilih o odgovornosti za pogajanja navedeno le škoda, brez nastalo s pogajanj. V končnem besedilu 20. člena OZ je bilo besedilo zgolj nomotehnično spremenjeno:

**»(2.) Vendar odgovarja stranka, ki se je pogajala, ne da bi imela namen skleniti pogodbo, za škodo, ki jo je povzročila drugi stranki.
(3.) Za škodo odgovarja tudi stranka, ki se je pogajala z namenom skleniti pogodbo, pa je ta namen brez utemeljenega razloga opustila in tako drugi stranki povzročila škodo.«**

Glede na pravila obligacijskega prava se zdi, da v primeru odškodninske odgovornosti po 20. členu OZ domneva krivde ne bo podana, temveč bo potrebno le-to dokazati. Po OZ in sodni praksi, ki je sledila vsebinsko enaki dikciji ZOR, se namreč domneva le navadna krivda, sodna praksa pa zahteva kvalificirano obliko krivde: »... ne da bi imela namen ...«, »... namen brez utemeljenega razloga opustila....«.

Po temelju bo torej podana odškodninska odgovornost koncedenta samo v primeru, če bi ponudnik dokazal bodisi to, da je koncedent izvedel postopek oddaje koncesij in/oziroma izvajal pogajanja ne bi imel namen skleniti koncesijsko pogodbo ali pa da je tak namen koncedent brez utemeljenega razloga opustil.

ZOR je izrecno določal **obseg** odškodninske odgovornosti za nepoštena pogajanja. Kriva stranka je zavezana povrniti škodo, nastalo s pogajanj. Tudi večinska *literatura* je zavzela stališče, da gre le za **dejansko škodo**. Po *Strohsackovem* mnenju je takšen zaključek potreben zaradi tega, ker stranki še nista bili v pogodbenem razmerju, pa tudi zaradi besedila ZOR, da je stranka odgovorna za škodo *nastalo s pogajanj*. Širša odškodninska odgovornost bi bila po avtorjevem mnenju (glede na fazo pogajanj) preveč daljnosežna. Strohsack zaključuje, da se

³ Kranjc, Odškodninska odgovornost za pogajanja, str. 1264, citira avtorje, ki odgovornosti za pogajanja pripisujejo naravo neposlovne odškodninske odgovornosti: M. Draškič (ki obenem opozarja na spornost take označitve), S. Perovič, J. Barbič, S. Cigoj in B. Vizner, pri čemer slednji meni, da odgovornost za pogajanja po svoji naravi ni poslovna, da pa je tudi ni mogoče enačiti z deliktno odgovornostjo. Šinkovec, Komentar, str. 21 meni, da gre za deliktno odgovornost.

⁴ M. Juhart, Civilnopravne sankcije za kršitev pravil o javnem naročanju.

škoda kaže v razliki med tistim premoženjem, ki bi ga oškodovanec imel in tistim kar ima po neupravičenem odstopu nasprotnika od pogajanj. *Kranjčeva* meni, da stroški nanašajoči se na izpolnjevanje pogodbe, katera še ni sklenjena, niso stroški, nastali s pogajanjem. Pri tem pa si avtorica postavlja vprašanje, ali je omejitev odškodninske odgovornosti v 30. členu ZOR, glede na splošna pravila o odškodninski odgovornosti (še) ustrezna. Avtorica še meni, da je mogoče, da sodna praksa standard škoda nastala s pogajanjem opredeli širše ter vanj vključi tudi stroške, ki merijo (že) na izpolnjevanje pogodbenih obveznosti⁵. *Podgoršek* je mnenja, da bo višina odškodninskega zahtevka zaradi neutemeljenega odstopa od pogajanj (zavzema se torej za analogno uporabo 30. člena ZOR) omejena le na dejansko škodo, kar po njenem mnenju predstavljajo vsi stroški, ki jih je ponudnik imel s pripravo ponudbe in sploh z udeležbo na razpisu, ti stroški pa utegnejo biti tudi zelo visoki⁶.

Restriktivno stališče glede odškodninske odgovornosti pri pogajanjih, je že pred uveljavitvijo ZOR-a zavzela tudi sodna praksa:

Če ne pride do sklenitve pogodbe o izvajanju del po krivdi investitorja, ima udeleženec, ki je dal na licitaciji najugodnejšo ponudbo, pravico do povračila stroškov, ki jih je imel z udeležbo na licitaciji, ne pa tudi do povračila izgubljenega dobička (Vrh. gosp. sod. Sl. 1743/69, z dne 23.2.1970, ZSO 1970, 231).

Morda velja v okviru presoje morebitne odškodninske odgovornosti koncedenta še opozoriti, da je le-ta t.i. kontrahirno dolžnost v 14. členu koncesijske akta izrecno izključil, ko je določil: »Koncedent si pridružuje pravico, da glede na javni interes, ne sklene koncesijske pogodbe z nobenim od ponudnikov«. Navedeno dikcijo pa je v javnem razpisu (ki pa nima niti narave predpisa ali niti upravnega akta) povzel in dopolnil, z navedbo, da »ponudnik v tem primeru ni upravičen do odškodnine« (4. točka)⁷.

Ob zapisanem pa gre dodati, da gornji sklepi ne velja v delu, ki kolikor gre za morebitne stroške, ki jih je »koncesionar« imel, v kolikor je pričel upravne postopke, povezane s posegi v prostor oziroma pričel opravljati druge investitorske posle (peti odstavek 13. člena koncesijskega akta).

DOPUSTNOST SKLENITVE KONCESIJSKE POGOBE Z DRUGO PRAVNO OSEBO?

Na vprašanje, ali bi lahko občina sklenila koncesijsko pogodbo z drugo pravno osebo oziroma drugimi pravnimi osebami, kot so določene v odločbi o izbiri koncesionarja, gre odgovoriti ob upoštevanju določb koncesijskega akta, javnega razpisa in odločbe o izbiri koncesionarja. Nobeden izmed navedenih aktov ni predvidel možnosti, da bi

⁵ Kranjc, Odškodninska odgovornost za pogajanja, str. 1266.

⁶ Plavšak et.al. (Podgoršek), str. 197. Avtorja povzema Kostanjevec, Obveznost sklenitve pogodbe po javnem razpisu.

⁷ 6. točka javnega razpisa pa med drugim tudi določa: »Vse stroške v zvezi s pripravo ponudbe nosijo ponudniki, tudi če ne pride do sklenitve koncesijske pogodbe.«.

lahko izbrani ponudnik »ustanovil« pravno osebo, s katero bi koncedent (že) sklenil koncesijsko pogodbo (v tem okviru zato niso relevantne določbe o pogodbenem oziroma statusnem sodelovanju koncesionarja z *Javnim podjetje d.o.o. Radlje ob Dravi*). Glede na to ni videti argumentov, da bi lahko občina sklenila koncesijsko pogodbo z drugo pravno osebo oziroma drugimi pravnimi osebami, kot so določene v odločbi o izbiri koncesionarja. Seveda velja zapisano toliko bolj za pravne osebe, ki in v kolikor niso hčerinske družbe izbranega ponudnika. Poleg sistemskih razlogov ... so tudi vsebinski. Iz obrazložitve odločbe o izbiri koncesionarja (» Prav tako celotna ponudba SHW S pozitivnimi referencami in izkazanimi izkušnjami pri financiranju, pridobivanju nepovratnih sredstev, projektiranju izvajanju projektov in upravljanju s sistemom ... daje večje zagotovilo za uspešno in racionalno izgradnjo ter upravljanje sistema«) namreč izhaja, da so ravno reference izbranega ponudnika pretehtale pri izbori.

Ob tem smo dolžni opozoriti na to, da sicer bilo mogoče sklenitev koncesijske pogodbe z drugo pravno osebo, kot je navedena v odločitvi o izbiri koncesionarja hipotetično primerjati z inštitutom »Prenosa koncesije« in s pomočjo »uporabe« tega inštituta dopustiti sklenitev koncesijske pogodbe z drugo pravno osebo. Prenos koncesije ureja ZGJS v 46. in 47. členu⁸, takšen prenos pa je pretežno vezan na razloge določene v koncesijski pogodbi. Da je bil prenos koncesije (na podlagi izdane odločbe o izbiri koncesionarja, vendar še ne sklenjene pogodbe) v nasprotju s smislom zakona sledi tudi iz vsebina inštituta prenosa, ki je v svojem bistvu prenos »pravic in obveznosti«, ki pa jih ureja (še) koncesijske pogodbe⁹. ZGJS sicer prenos Opravljanje koncesionirane gospodarske javne službe v primeru dovoljenja koncedenta ne veže na obstoj razlogov v koncesijski pogodbi (izrecno niti na obstoj koncesijske pogodbe), vendar pa sklenitve pogodbe z drugo pravno osebo iz razlogov navedenih v prejšnjem in tem odstavku ne gre priporočiti.

PRENOS KONCESIJE (glej še *Pirnat, Pravna narava ...*, ali je akt poslovanja ali upravna odločba, zakaj je izbor upravna odločba, morda zaradi pravnega varstva, vendar tudi prenos mora bi predmet pravnega varstva ...)

Na koncu se moramo opredeliti tudi do morebitne pogodbenega določila, po kateri bi lahko občina od koncesijske pogodbe brez plačila odškodnine ali drugačnega povračila stroškov, odstopila v primeru, če bi koncesionar po obdobju namenjen »... za pripravo prostorske in tehnične dokumentacije, vključno s PGD, ter za pridobitev upravnih dovoljenj« na podlagi opravljenih kalkulacij in zagotovljenih finančnih sredstev ne uspel zagotoviti, da bo »končna cena, ki bo bremenila občana za 1m3 čiščenja odpadne vode ali mobilni odvoz gošče .. pod 3 DEM/m2« (tako sklep občinskega sveta, z dne 26.9.2003).

⁸ 46. člen (pogoji za koncesionarja) Opravljanje koncesionirane gospodarske javne službe, lahko koncesionar prenese na drugo osebo samo, če je prenos predviden v koncesijski pogodbi in v predvidenem obsegu. V nasprotnem primeru je prenos možen samo z dovoljenjem koncedenta.

47. člen (pogoji za koncedenta) Koncedent lahko v celoti ali delno prenese opravljanje koncesionirane gospodarske javne službe samo v primerih, določenih s tem zakonom ali zaradi razlogov, določenih v koncesijski pogodbi, drugače pa samo s soglasjem koncesionarja.

⁹ OZ v 122. členu govori o »prenosu pogodbe«.

Kot izhodišče za mnenje o tem vprašanju gre ponoviti, da je koncesijska pogodba dvostranski pravni akt, ki nastane na podlagi soglasja volj pogodbenih strank. Za tako izraženo soglasje volj pa ZGJS zahteva še posebno obliko: Koncesijska pogodba mora biti sklenjena v pisni obliki, sicer nima pravnega učinka. Načelo svobodnega urejanja premoženjskopравnih razmerij zahteva, da se pogodbenim strankam omogoči prosto razpolaganje s pravicami in obveznostmi, zato takšnemu dogovoru ni mogoče ničesar očitati.

Pri odgovoru o morebitnem obstoju razlogov za neveljavnost pogodbenega določila pa gre poleg tega izhajati tudi iz ugotovitve, da koncesijsko pogodbo sklepata dve pogodbeni stranki, od katerih je vsaj ena – koncesionar strokovnjak na področju, ki je predmet pogodbe. Zato je potrebno skrbnost ravnanj koncesionarja pri sklepanju pogodbe presojati po strožjih standardih – uporabi se t.i. skrbnost dobrega strokovnjaka¹⁰. S to ugotovitvijo tudi odpade večina predpostavk, na podlagi katerih bi subsumirali takšno pogodbeno klavzulo pod pravila »oderuške pogodbe«, »čezmernega prikrajšanja« in podobnih institutov ().

Poleg tega sodi koncesijska pogodba z vidika razvrstitve glede na dosežek izpolnitve¹¹ med pogodbe rezultata in ne (zgolj) prizadevanja. Za razliko od slednjih, kjer je pri izpolnjevanju pomembna stopnja skrbnosti, pa je pri koncesijski pogodbi pomemben uspeh skrbnosti, ki rezultira v pravočasnem in kakovostni izgradnji sistema in izvajanju javne službe. Tudi s tega vidika obravnave je odstop od pogodbe v primeru nezmožnosti izpolnitve »cenovnega cenusa«, brez plačila odškodnine ali drugega povračila stroškov, povsem skladen z namenom (*causo*) pogodbe.

Glede na zapisano, smo vas ne glede na obrazloženo mnenje, da bi bilo dopustno v koncesijsko pogodbo vnesti klavzulo, ob tem dolžni opozoriti, da bi lahko koncesionar, v primeru, če bi projektno dokumentacijo ... prenesel na občino, lahko od te, skladno s prvim odstavkom 190. člena OZ¹², na podlagi verzijskega zahtevka zahteval povrnitev »neupravičene pridobitve«. Zaradi tega gre, v izogib morebitnemu tovrstnemu zahtevku ob odstopu od pogodbe, v koncesijsko pogodbo izrecno zapisati, da ostane nosilec koncesionar nosilec vseh materialnih in moralnih avtorskih pravic na projekt in lastnik druge dokumentacije, ki jo je izdelal, na podlagi sklenjene koncesijske pogodbe.

Na koncu naj še opozorimo, da velja dogovorjena razmerja, ki so vzrok enostranskemu odstopu občine od pogodbe v koncesijski pogodbi zapisati na povsem jasn način, prav tako pa tudi pravne posledice tovrstnega odstopa od pogodbe (priporočeno vsebino pogodbenega določila smo nakazali v gornjih izvajanjih;)

¹⁰ Drugi odstavek 6. člena OZ se glasi: »Udeleženci v obligacijskem razmerju morajo pri izpolnjevanju obveznosti iz svoje poklicne dejavnosti ravnati z večjo skrbnostjo, po pravilih stroke in po običajih (skrbnost dobrega strokovnjaka).«

¹¹ Cigoj, Stojan, Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava, Uradni list, Ljubljana, 1989, str. 48

¹² Prvi odstavek 190. člena OZ se glasi: »Kdor je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, je prejeta dolžan vrniti, če je to mogoče, sicer pa nadomestiti vrednost dosežene koristi.«

