



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

Številka: U-I-296/96

Datum: 19.3.1998

Pritrdilno ločeno mnenje sodnika dr. Udeta

1. Z odločitvijo, da drugi odstavek 3. člena Uredbe o postopku in pogojih za oddajo površin ob avtocestah za zgraditev objektov za spremljajoče dejavnosti in o določitvi višin povračil za uporabo teh površin (Uradni list RS, št. 25/96) ni bil v neskladju z Ustavo in zakonom, se strinjam. Tudi sam sem mnenja, da določitev pogojev za sodelovanje na javnem razpisu Družbe za avtoceste v Republiki Sloveniji za pobudnika družbo Shell Slovenija d.o.o. Ljubljana, ni bilo diskriminatorno oziroma, da postavljeni pogoji niso bili v nasprotju z ustavnim načelom enakosti pred zakonom (14. člen Ustave). Strinjam se tudi z večjim delom obrazložitve, zlasti tistim, ki ga vsebujejo točke 22 do 39.

2. Ne strinjam pa se z nekaterimi opredelitvami, zlasti v tč. 21 obrazložitve. Gre za opredelitve, da "izpodbijana uredba ne ureja prostega nastopanja na trgu, ampak določa pogoje za njihovo enakopravno nastopanje na javnem razpisu", in zlasti, da tedaj, ko gre za "urejanje pogojev za konkuriranje na javnih razpisih, prosto nastopanje na trgu ni omejeno s predpisom, ki take pogoje določa, ampak s predpisom, ki sklenitev nekega gospodarskega posla podvrže režimu javnega razpisa". Iz teh razlogov je mogoče sklepati, da je večina mnenja, da tedaj, ko gospodarski subjekti sodelujejo na javnih razpisih, sploh več ne gre za prosto nastopanje na trgu in pri določanju razpisnih pogojev za omejevanje (dopustno ali nedopustno) konkurence.

3. Mnenja sem, da tudi tedaj, kadar gospodarski subjekti sodelujejo na javnem razpisu, med seboj konkurirajo (to je prav smisel javnega razpisa), pri čemer je seveda od njihove gospodarske odločitve odvisno, ali bodo sodelovali na javnem razpisu.

Po določbi tretjega odstavka 21. člena Zakona o varstvu okolja (Uradni list RS, št. 32/93 in 1/96) se lahko podeli koncesija na javni dobrini le na podlagi razpisa. Po določbah Zakona o javnih naročilih (Uradni list RS, št. 24/97) lahko naročnik odda javna naročila le z javnim razpisom (razen če vrednost javnega naročila ne presega zneska, ki je določen za posamezno proračunsko obdobje v zakonu, ki ureja izvrševanje državnega proračuna), z izbranim ponudnikom pa nato sklene pogodbo. Po Zakonu o javnih naročilih (1. točka 2. člena) na podlagi razpisa sklepajo pogodbe uporabniki proračuna (država, lokalne skupnosti), javni gospodarski zavodi in javna podjetja ter druge pravne osebe javnega prava, katerih ustanovitelj oziroma soustanovitelj sta država ali lokalna skupnost. Vse te pravne osebe torej objavljajo razpise, ki vsebujejo tudi merila za izbiro najugodnejšega ponudnika in morebitne omejitve, ki bodo upošteevane pri ocenjevanju ponudb.

Kadar država nastopa "de iure gestionis", torej kot gospodarski subjekt, praviloma sklepa pogodbe na podlagi javnega razpisa, to pravilo pa velja tudi za druge osebe javnega prava, katerih ustanovitelj sta država ali lokalna skupnost. Tudi vsi ti javni razpisi pa so del trga, na katerem prosto nastopajo ponudniki.

Vsa razmerja, ki se oblikujejo v zvezi z razpisom, izbiro najugodnejšega ponudnika in sklenitvijo pogodbe na podlagi razpisa, so gospodarska pravna razmerja. Tudi pri javnih razpisih ponudniki "prosto nastopajo". Razlika je le v tem, da so pri predložitvi svojih ponudb lahko omejeni v tem smislu, da morajo izpolnjevati razpisne pogoje. Tudi pri javnih razpisih se seveda odvija konkurenca. Pri izbiri drugega pogodbenika pa je omejen tudi naročnik s tem, da je vezan na svoj lastni razpis in da mora izbrati najugodnejšega ponudnika. Nastopanje naročnikov in ponudnikov na trgu je torej lahko omejeno, še vedno pa gre za del trga, pač na področju javnih naročil in podeljevanja koncesij.

Gospodarski subjekti v okviru omejitev še vedno prosto nastopajo na tem delu trga.

4. Po mojem mnenju gre torej pri določanju pogojev za nastopanje na javnem razpisu za omejevanje konkurence. Tudi Zakon o varstvu konkurence v drugem odstavku 17. člena določa, da pomeni omejevanje prostega nastopanja na trgu kakršnokoli preprečevanje konkurence. Zaradi tega bi bilo treba izpodbijano uredbo ocenjevati ne le z vidika njene skladnosti z določbami 14. člena Ustave (enakost pred zakonom in v tem okviru prepoved diskriminacije), temveč tudi z določbo tretjega odstavka 74. člena Ustave, po katerem so prepovedana dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco in z določbami 17. člena ZVZ.

Po mojem mnenju taka ocena ne bi pripeljala do drugačnega izreka, kot ga vsebuje odločba, vplivala bi le na oblikovanje nekaterih razlogov.

dr. Lojze Ude