



REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE

Številka: U-I-296/96-41

Datum: 19.3.1998

ODLOČBA

Ustavno sodišče je v postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti, začetem na pobudo družbe Shell Slovenija d.o.o., Ljubljana, ki jo zastopajo Rudi Šelih, Nina Remec - Šelih in Aleksandra Janežič, odvetniki v Ljubljani, na seji dne 19. marca 1998

o d l o č i l o :

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.

O b r a z l o ž i t e v

A.

1. Pobudnica je s pobudo za oceno ustavnosti in zakonitosti izpodbijala 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 - v nadaljevanju: Uredba). Za pobudnico je bilo sporno, da se je po tej določbi štelo, da pogoj "referenc" na javnih razpisih Družbe za avtoceste v Republiki Sloveniji d.d. (v nadaljevanju: DARS) izkaže, kdor poleg ostalih referenc izpolnjuje tudi pogoja:

- da ima bazo za oskrbo z naftnimi derivati na področju Republike Slovenije, ki mu zagotavlja najmanj enomesečno oskrbo njegovih že zgrajenih bencinskih servisov v Republiki Sloveniji in za oskrbo razpisanega bencinskega servisa;

- da že opravlja distribucijo naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih na področju Republike Slovenije.

2. Pobudnica meni, da je Uredba z določitvijo takšnih pogojev v nasprotju z zakonom bistveno omejila prosto konkurenco (tretji odstavek 74. člena Ustave) kot tudi ustavno zagotovljeno svobodo gospodarske pobude (prvi odstavek 74. člena Ustave). Tako postavljeni pogoji naj bi bili nasprotni ustavnemu načelu enakosti pred zakonom (14. člen Ustave), ker naj bi spravljali v neenakopraven položaj tista podjetja, ki so potencialni ponudniki, ne izpolnjujejo pa "diskriminatorских" pogojev izpodbijane določbe, saj bodisi nimajo baze za oskrbo z naftnimi derivati na področju Slovenije ali pa na trgu še niso prisotni.

Pri tem po mnenju pobudnika taka določba v ničemer ne prispeva k izbiri boljšega ponudnika oziroma k nemoteni oskrbi, varnosti, varstvu okolja in potrošnikov. Pobudnica se v zvezi s tretjim odstavkom 74. člena Ustave sklicuje tudi na Zakon o varstvu konkurence (Uradni list RS, št. 18/93 - v nadaljevanju: ZVK), posebej na določbe prvega in drugega odstavka 17. člena, 18. in 19. člena ter tretjega in četrtega odstavka 20. člena ZVK. V zvezi s prvim odstavkom 74. člena Ustave se pobudnica sklicuje tudi na odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-52/90 z dne 26.3.1992 (Uradni list RS, št. 19/92) in tam izraženo mnenje, da neutemeljeno kopičenje pogojev za opravljanje neke dejavnosti lahko onemogoča uveljavljanje pravic, ki temelje na Ustavi in zakonu. Po mnenju pobudnice gre pri navedeni Uredbi za prekomeren, za zavarovanje javnega interesa nepotreben, poseg v svobodo gospodarske pobude. Ta naj bi povzročal neenakopravnost gospodarskih subjektov in neutemeljeno izključeval konkurenco.

3. Pobudnica je ob vložitvi svoj pravni interes izkazovala z dejstvom, da je sama v Sloveniji registrirana pravna oseba, katere dejavnost so med drugim tudi trgovina na drobno z motornimi gorivi, trgovina na debelo s trdimi, tekočimi in plinastimi gorivi, pridobivanje nafte in zemeljskega plina ter proizvodnja naftnih derivatov. To izhaja tudi iz priložene kopije izpiska Okrožnega sodišča v Ljubljani registrskega vl. št. 1/25008/00. Navajala je, da se želi udeležiti javnih razpisov in konkurirati kot ponudnik za najem površin, ki so bile določene za zgraditev objektov za spremljajoče dejavnosti. Izpodbijana določba s tako določenimi referencami naj bi ji onemogočala uspešno konkuriranje. Sklicevala se je tudi na trinajst javnih razpisov za oddajo površin za zgraditev objektov za spremljajoče dejavnosti, ki jih je DARS objavil v Uradnem listu RS št. 46/96. Iz razpisne dokumentacije DARS-a izhaja, da mora ponudnik ponudbi v skladu z izpodbijano določbo Uredbe priložiti dokazila o referencah. Med merili za izbiro najugodnejšega ponudnika se tam na prvem mestu navaja ponujeni znesek povračila, naslednji kriterij pa so reference ponudnika. Iz pobude smiselno izhaja, da pobudnica v času vložitve pobude in objave javnih razpisov dejansko še ni opravljala distribucije naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih, niti ni imela zagotovljene baze za oskrbo z naftnimi derivati na področju Republike Slovenije.

4. Ustavno sodišče je s sklepom št. U-I-269/96 z dne 24.10.1996 zavrnilo pobudničin predlog za zadržanje izvrševanja Uredbe iz razlogov, ki so navedeni v obrazložitvi le-tega. Po izdaji navedenega sklepa je Vlada sama spremenila izpodbijani sporni del določbe drugega odstavka 3. člena Uredbe z Uredbo o spremembi in dopolnitvi Uredbe o postopku in pogojih za oddajo površin ob avtocestah za zgraditev objektov za spremljajoče dejavnosti in o določitvi višine povračil za uporabo teh površin (Uradni list RS, št. 77/96 - v nadaljevanju: Sprememba in dopolnitev Uredbe).

Sprememba in dopolnitev Uredbe je drugo alineo drugega odstavka v celoti črtala. Ni torej več potrebna referenca, da ponudnik v trenutku razpisa že opravlja distribucijo naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih na področju Republike Slovenije. Referenci, da ima bazo za oskrbo z naftnimi derivati na področju Republike Slovenije, ki mu zagotavlja najmanj enomesečno oskrbo njegovih že zgrajenih bencinskih servisov, pa je bilo dodano besedilo "oziroma se obveže, da bo v roku treh let od podpisa pogodbe imel bazo za oskrbo z naftnimi derivati na območju Republike Slovenije, ki mu zagotavlja najmanj enomesečno oskrbo njegovih bencinskih servisov v Republiki Sloveniji; v ta namen pri ponudbi predloži nepreklicno bančno garancijo prvovrstne banke, vnovčljivo na prvi poziv, v vrednosti zneskov, ki izhajajo iz pogodbe." Ni torej več potrebna referenca, da bi ponudnik v trenutku razpisa že moral imeti bazo za oskrbo z naftnimi derivati na področju Slovenije. Mora se le obvezati, da jo bo imel v roku treh let od podpisa pogodbe, za kar mora predložiti ustrezno bančno garancijo.

5. Vlada je za tem odgovorila na pobudo ter na posebno zahtevo Ustavnega sodišča pojasnila tudi razloge za Spremembo in dopolnitev Uredbe. Tako pojasnjuje, da je Uredba pričela veljati 25.5.1996, torej še pred podpisom pridružitvenega sporazuma, ki ga je Republika Slovenija podpisala dne 10.6.1996. Uredba v prvem odstavku 3. člena našteva pogoje, ki jih mora ponudnik v javnem razpisu izpolnjevati. Med pogoji so v točki d) zahtevane tudi reference, pridobljene pri izgradnji podobnih objektov ter pri njihovem poslovanju, upravljanju in vzdrževanju. Opredelitev pojma "referenc" je podrobno določena v drugem odstavku 3. člena, ki pojasnjuje določbo prvega odstavka. Po mnenju Vlade bi bilo mogoče priznati reference tistemu ponudniku, ki izkaže, da ima bazo za oskrbo naftnih derivatov na področju Republike Slovenije, da že opravlja distribucijo naftnih derivatov na bencinskih servisih v Republiki Sloveniji, da ima zagotovljeno dolgoročno dobavo naftnih derivatov in da redno plačuje povračila za uporabo površin za že zgrajene spremljajoče objekte. Vlada meni, da določb drugega odstavka ni bilo mogoče razlagati, kot da gre za dodatne pogoje, temveč da gre le za razčlenitev pogoja točke d) prvega odstavka 3. člena. Ta opredeljuje, kaj je po Uredbi treba šteti za "referenco". Uredba pojem "reference" opredeljuje konkretno, saj naj bi bilo le tako mogoče zagotoviti, da ne bi prišlo do oddaje javnih površin ponudniku, ki ne bi bil zmožen v skladu z interesom javne koristi z nemotenim in varnim odvijanjem prometa uporabnikom avtoceste zagotoviti nemoteno oskrbo z gorivi. Ob tem Vlada tudi pojasnjuje, da je bil na podlagi Uredbe (in tako določenih referenc) že izveden prvi javni razpis za oddajo trinajstih površin za opravljanje spremljajoče dejavnosti ob avtocestah.

6. Vlada je pojasnila, da je v fazi približevanja Evropski uniji in ratificiranja dne 10.6.1996 podpisanega Evropskega sporazuma o pridružitvenem članstvu med evropskimi skupnostmi in njihovimi državami

članicami, ki delujejo v okviru Evropske unije, na eni strani in Republike Slovenije na drugi strani, torej zaradi vodenja politike na zunanjepolitičnem področju na predlog Ministrstva za zunanje zadeve, Uredbo ponovno obravnavala. Vlada je na svoji seji dne 27.11.1996 sprejela besedilo Spremembe in dopolnitve Uredbe, ki velja za nadaljnje javne razpise. Objavljena je bila v Uradnem listu Republike Slovenije št. 77/96 z dne 28.12.1996. Vlada poudarja, da se je zaradi vodenja politike na zunanjepolitičnem področju in skladno s pristojnostjo, ki jo ima na podlagi prvega odstavka 21. člena Zakona o Vladi Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 4/93 in 23/96), odločila za Spremembo in dopolnitev Uredbe, pri tem pa je ponovno ravnala v skladu z interesom javne koristi. Črtana je alineja, ki se nanaša na predhodno opravljanje distribucije naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih v Republiki Sloveniji. Ponudnik pa bo moral imeti bazo za oskrbo z naftnimi derivati, ki mu bo zagotavljala enomesečno oskrbo njegovih bencinskih servisov na področju Republike Slovenije, pri čemer je s Spremembo in dopolnitvijo Uredbe ob predložitvi garancije dana možnost odložitve izpolnitve tega pogoja za tri leta. Vlada tudi poudarja, da ni nikjer ugotovljeno, da bi bil ne glede na Uredbo Shell Slovenija najugodnejši ponudnik. Vlada meni, da sta tako Uredba kot sprememba in dopolnitev Uredbe skladni z veljavno zakonodajo.

7. Pobudnica je na odgovor Vlade navedla, da se sposobnosti ponudnika običajno dokazujejo z referencami za istovrstne objekte drugod po svetu. Sklicevanje Vlade, da je Uredbo spremenila zaradi vodenja politike na zunanjem področju, naj bi bilo irelevantno. Ker bo za prihodnje javne razpise veljala spremenjena Uredba, ponudniki, ki v Republiki Sloveniji še niso prisotni, ne bodo več vnaprej izključeni. Ne glede na to pa je bilo na podlagi izpodbijane Uredbe objavljenih trinajst javnih razpisov, lokacije pa so bile oddane. Medtem naj bi pobudnici škoda zaradi izpodbijane Uredbe že nastala, ker so bili izbrani drugi ponudniki, ki so ponudili nižje denarno nadomestilo kot pobudnica.

8. V takem položaju je Ustavno sodišče na podlagi 35. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 15/94 - v nadaljevanju: ZUstS) razpisalo javno obravnavo. Nanjo je povabilo udeleženca v postopku, t.j. pobudnico in Vlado. Ker je menilo, da je njuna udeležba na javni obravnavi potrebna, je povabilo tudi predstavnika Ministrstva za promet in zveze (v nadaljevanju: MPZ) ter DARS-a. Obravnave dne 1.12.1997 so se vabljeni, razen predstavnika Vlade, udeležili. Pobudnica je tudi na javni obravnavi vztrajala pri ustavnosodni presoji izpodbijane določbe Uredbe, ki je sicer prenehala veljati. Predlagala je ugotovitev neskladnosti z Ustavo oziroma z zakonom z učinkom odprave po 47. členu ZUstS. Na izrecno vprašanje sodnika je odgovorila, da ne izpodbija Spremembe in dopolnitve Uredbe.

B. - I.

9. Po 21. členu ZUstS (kot tudi po 160. členu Ustave) je Ustavno sodišče pristojno za presojo veljavnih predpisov in aktov za izvrševanje javnih pooblastil. Člen 47 ZUstS določa izjemo od tega pravila. Če je bil zakon, drug predpis ali splošni akt, izdan za izvrševanje javnih pooblastil, med postopkom usklajen z Ustavo in zakonom, oziroma je prenehal veljati, niso pa bile odpravljene posledice neustavnosti oziroma nezakonnosti, lahko Ustavno sodišče ugotovi, da ni bil v skladu z Ustavo in zakonom. Pri podzakonskih predpisih ali splošnih aktih, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil, Ustavno sodišče odloči, ali ima njegova ugotovitev učinek odprave ali razveljavitve. Vsebinsko odločanje o ustavnosti in zakonitosti predpisov, ki ob času odločanja ne veljajo več, je tako možno le, kolikor so izpolnjeni pogoji 47. člena ZUstS.

10. Ker Sprememba in dopolnitev Uredbe ni bila izpodbijana, se Ustavno sodišče ni spuščalo v ustavnosodno presojo sedaj veljavne določbe. Ta bo torej veljala za vse prihodnje javne razpise.

Izpodbijana določba Uredbe pa v spornem delu ne velja več. Presoja tega, ali so bile odpravljene posledice zatrjevanosti in nezakonnosti (47. člen ZUstS), je Ustavno sodišče v dosedanji praksi povezovalo z obstojem pravnega interesa na strani pobudnika za takšno odločanje. Zatrjevana protiustavnost in nezakonnost je morala imeti za pobudnika škodljive posledice. Obstajati mora torej vzročna zveza med zatrjevno protiustavnostjo ter nezakonnostjo Uredbe na eni strani ter morebitno škodo na drugi strani. Kot verjetno mora biti tudi izkazano, da bi ugoditev pobudi za pobudnika pomenila določeno pravno korist, ki je brez tega ne bi mogel doseči.

11. Kot izhaja tudi iz navedb v vlogah ter na javni obravnavi, se stališča strank do teh vprašanj razhajajo. Že Vlada je v pisnem odgovoru poudarila, da ni bilo nikjer ugotovljeno, da bi bil ne glede na Uredbo Shell Slovenija najugodnejši ponudnik.

Predstavnica DARS-a je na javni obravnavi v zvezi s konkretnimi javnimi razpisi, na katerih je neuspešno sodelovala pobudnica in pri katerih so sporno določbo Uredbe uporabili, pojasnila, da je določba v razpisni dokumentaciji zahtevala, da ni možen kasnejši odstop izbranega ponudnika od pogodbe (kot v razpisnih pogojih) kot tudi ne zahteva po spremembi vsebine te pogodbe. Pogodbe, ki so bile kasneje z izbranimi ponudniki podpisane, so bile podpisane v besedilu, v kakršnem so bile dane v razpisne pogoje. Zato so bile v razpisu tudi zahtevane določene izjave ponudnikov.

Predstavnica DARS-a je prebrala pismo pobudnice, ki ga je v zvezi s temi razpisnimi zahtevami priložila svojim ponudbam: "Za spredaj predložene ponudbe veljajo naslednje kvalifikacije. V zvezi z izjavo ponudnika Shell Slovenija, TP d.o.o. Ljubljana, da je ponudba izdelana v skladu z razpisnimi pogoji in navodili ponudniku, da je ponudba izdelana v skladu s splošnimi pogoji, da je ponudba izdelana v skladu z navodili ponudnikom za izdelavo ponudbe s posebnimi pogoji pogodbe v zvezi s ponudbo, v zvezi z obrazcem pogodbe, ponudnik izjavlja, da s podpisom navedenih listin le potrjuje, da je seznanjen z njihovo vsebino. Glede izpolnjevanja pogojev, določenih v Uredbi o postopkih in pogojih določenih površin ob avtocestah za zgraditev spremljajočih objektov in določitvi povračil za uporabo teh površin, ponudnik izjavlja, da te pogoje izpolnjuje v obsegu in na način, razviden iz prilog ponudbi. Nadalje si ponudnik pridržuje pravico, da v primeru, če ga naročnik izbere kot najugodnejšega ponudnika, z naročnikom sklene namesto predpisanega obrazca pogodbe takšno pogodbo, ki bo sprejemljiva za obe strani. V zvezi s prilogami k ponudbi ponudnik izjavlja, da ga navedene priloge zavezujejo k izgradnji objektov v obsegu, razvidnem iz prilog, ob predpostavki, da v zvezi z izgradnjo objektov ne nastopijo nepredvidene okoliščine, ki ponudniku v času priprave ponudbe niso znane in zaradi katerih stroški izgradnje posegajo v predvidene stroške, n. pr. arheološke izkopanine, podzemni vodi itd." Poleg tega je predstavnica DARS-a med drugim navedla (s konkretnimi številkami), da nikjer (za nobeno lokacijo) ni prav pobudnica (Shell Slovenija) ponudila najvišjega povračila. Na navedbe predstavnice DARS-a na javni obravnavi je pobudnica odgovorila, da so za presojo ustavnosti in zakonitosti izpodbijanih določb irelevantne. To, kar se je konkretno dogajalo v zvezi s postopki javnih razpisov, naj ne bi bilo predmet tega postopka. Pobudnica meni, da je izkazala svoj pravni interes, ki je bil v tem, da konkurira in to da konkurira pod enakimi pogoji. Kakšne pa so bile in iz kakšnih razlogov so bile sprejete odločitve DARS-a v konkretnih postopkih, pa naj bi za ustavno presojo ne bilo relevantno.

12. Ustavno sodišče se ni odločilo za ozko razlago pravnega interesa, ki bi ga izpeljalo iz dejanskega stanja v konkretnih postopkih javnih razpisov, v katerih se je izpodbijana določba Uredbe uporabila. Vprašanja nastanka škodljivih posledic (škode) zaradi Uredbe torej ni povezovalo z vprašanjem, ali so na strani pobudnice v konkretnih postopkih obstajali drugi razlogi, ki bi ji v vsakem primeru in ne glede na izpodbijano določbo Uredbe na teh javnih razpisih onemogočili uspeh. Ustavno sodišče meni, da bi se taka vprašanja lahko razjasnila v morebitnih pravih, če bi jih pobudnica sprožila v primeru uspeha v ustavnosodnem postopku. Ustavno sodišče se je odločilo, da za obstoj pravnega interesa v tem postopku zadošča, da je pobudnica na javnih razpisih, v katerih se je izpodbijana določba Uredbe uporabila, konkurirala ter na njih ni uspela. Če bi bila izpodbijana določba res protiustavna in nezakonita v smislu, kot to uveljavlja pobuda, bi bila možna tudi ugotovitev neskladja z Ustavo in z zakonom z učinkom odprave. To bi lahko vplivalo na pobudničin pravni položaj v morebitnih pravih za povrnitev škode, ki naj bi ji bila nastala, ker ni bila izbrana kot najugodnejši ponudnik.

B. - II.

13. Ker so izpolnjeni tudi pogoji iz četrtega odstavka 26. člena ZUstS, je Ustavno sodišče pobudo sprejelo in takoj nadaljevalo z odločanjem o stvari.

14. Evropski sporazum o pridružitvi med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropskimi skupnostmi in njihovimi državami članicami, ki delujejo v okviru Evropske unije, na drugi strani s sklepno listino, podpisan 10. junija 1996 v Luxemburgu (v nadaljevanju: EA), še ni stopil v veljavo. Veljati namreč prične prvega dne drugega meseca po datumu, ko se pogodbenici obvestita, da so končani interni postopki za odobritev sporazuma v Sloveniji na eni strani ter v vseh državah članicah na strani

Evropske unije (131. člen EA). Potrebno je tudi pozitivno mnenje Evropskega parlamenta (228. člen, tretji odstavek Rimske pogodbe). Izpodbijana določba Uredbe pa je prenehala veljati tudi pred uveljavitvijo (8.8.1997) Zakona o ratifikaciji Evropskega sporazuma o pridružitvi med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropskimi skupnostmi in njihovimi državami članicami, ki delujejo v okviru Evropske unije, na drugi strani s sklepno listino ter protokola, s katerimi se spreminja Evropski sporazum o pridružitvi med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropskimi skupnostmi ter njihovimi državami članicami, ki delujejo v okviru Evropske unije, na drugi strani (MESP) (Uradni list RS, št. 44/97 - Mednarodne pogodbe, št. 13), s katerim je Državni zbor odobril, da se država Slovenija mednarodnopravno zaveže k izpolnjevanju EA. Izpodbijana določba Uredbe je prenehala veljati tudi pred uveljavitvijo Zakona o ratifikaciji Začasnega sporazuma o trgovini in zadevah v zvezi s trgovino med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropsko skupnostjo, Evropsko skupnostjo za premog in jeklo in Evropsko skupnostjo za jedrsko energijo na drugi strani (Uradni list RS, št. 27/97 - Mednarodne pogodbe št. 8), ki pa je pokrival le trgovinski del (pridružitvenega) sporazuma. Ta določba Uredbe je prenehala veljati celo pred 1.1.1997, to je pred datumom, od katerega se ta Začasni sporazum, ki je bil podpisan v Bruslju 11. novembra 1996, začasno uporabljal še pred njegovo ratifikacijo v Državnem zboru.¹ Zato preizkus v tem smislu, da bi bila izpodbijana določba Uredbe v nasprotju s sprejetimi mednarodnimi obveznostmi, ki bi izhajale iz EA, ne bi bil potreben, tudi če bi pobudnica to uveljavljala.

15. Uredba je v 1. členu določala, da DARS oddaja površine, določene za zgraditev objektov za spremljajoče dejavnosti, na podlagi javnega razpisa najugodnejšemu ponudniku po kriterijih in pod pogoji določenimi s to Uredbo. V prvem odstavku 3. člena je določeno, da mora ponudnik izpolnjevati pogoje javnega razpisa in predložiti pod a), b), c) in d) določeno dokumentacijo.

Dokumentacija, ki jo mora predložiti pod d), obsega "reference, pridobljene pri izgradnji podobnih objektov ter pri njihovem poslovanju, upravljanju in vzdrževanju". Z drugim odstavkom Uredbe pa je Uredba določala, da mora ponudnik za najem bencinskega servisa predložiti dokumentacijo oziroma dokazila, iz katerih je razvidno, da poleg ostalih referenc izpolnjuje tudi naslednje pogoje:

- da ima bazo za oskrbo z naftnimi derivati na področju Republike Slovenije, ki mu zagotavlja najmanj enomesečno oskrbo njegovih že zgrajenih bencinskih servisov v Republiki Sloveniji in za oskrbo razpisanega bencinskega servisa;

- da že opravlja distribucijo naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih na področju Republike Slovenije; - da ima zagotovljeno dolgoročno dobavo naftnih derivatov z najmanj dvema dobaviteljema;

- da redno plačuje povračila za uporabo površin za že zgrajene spremljajoče objekte.

16. V tem postopku sta za pobudnika torej sporni prva in druga alineja drugega odstavka 3. člena Uredbe. Sporni sta "referenci" in sicer : prvič, da mora imeti ponudnik bazo za oskrbo z naftnimi derivati na področju Republike Slovenije, ki mu zagotavlja najmanj enomesečno oskrbo njegovih že zgrajenih bencinskih servisov v Republiki Sloveniji in za oskrbo razpisanega bencinskega servisa, in drugič, da mora ponudnik že opravljati distribucijo naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih na področju Republike Slovenije. Pobudnica tako določenim "referencama" očita, da sta v neskladju s 14. členom Ustave (načelo enakosti), ker naj bi bila izpodbijana določba diskriminatorna; bila naj bi tudi v neskladju s prvim in tretjim odstavkom 74. člena Ustave in z ZVK.

17. Tretje poglavje Ustave se nanaša na gospodarska in socialna razmerja. Tu je umeščena tudi določba 74. člen Ustave, ki določa:

"Gospodarska pobuda je svobodna.

Zakon določa pogoje za ustanavljanje gospodarskih organizacij.

Gospodarska dejavnost se ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo.

Prepovedana so dejanja nelojalne konkurence in dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco."

18. Že umestitev zgoraj navedenega člena izven drugega poglavja Ustave, ki se nanaša na človekove pravice in svoboščine, kaže na posebnost te določbe v odnosu do določb drugega poglavja Ustave. Člen 74 Ustave predstavlja predvsem temeljno ustavno opredelitev gospodarskega sistema v državi. Ta temelji na svobodni gospodarski pobudi oz. na svobodi podjetništva (za razliko od prejšnje socialistične ustavne ureditve). Podjetniška oz. gospodarska svoboda iz 74. člena Ustave zagotavlja predvsem varstvo svobodnega delovanja zasebnih gospodarskih subjektov zoper državne posege.

Podjetniška svoboda zagotavlja zlasti pravico ustanoviti podjetje (pod zakonskimi pogoji), ga voditi v skladu z ekonomskimi načeli (upoštevaje prisilne predpise) ter ga po želji tudi zapreti.

Zajema tudi pravico do izbire dejavnosti gospodarskih subjektov in do izbire poslovnih partnerjev itd. Tretji odstavek 74. člena Ustave posebej tudi prepoveduje dejanja nelojalne konkurence in dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco. Takšen zakon je seveda ZVK, na katerega se podbudnica tudi sklicuje.

19. Primerjalno se takšne določbe praviloma sploh ne pojavljajo v ustavah. V zahodnih demokracijah namreč takšna naravnost gospodarskega sistema nikoli ni bila vprašljiva. Svobodna gospodarska pobuda tudi ni kategorija, ki bi bila posebej varovana npr. s Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, Mednarodne pogodbe, št. 7/94), po kateri se je sicer zgledoval naš ustavodajalec. Ustavno sodišče Nemčije, katere ustava drugače od naše ustave posebne določbe o svobodi podjetništva ne pozna, izpeljuje svobodo podjetništva iz splošne svobode ravnanja (kot podjetniško svobodo ravnanja), pri čemer jo tudi razume v zgoraj (pod 18) opisanem smislu. Pri tehtanju med varovano vrednoto (posameznikovo svobodo ravnanja) na eni in splošno koristjo na drugi strani pa nemško ustavno sodišče razlikuje med posegi v najbolj intimno sfero posameznika, širšim področjem zasebne sfere in družbeno sfero posameznikovega delovanja.

20. V obravnavanem primeru je v zvezi z zatrjevano kršitvijo tretjega odstavka 74. člena Ustave potrebno najprej ugotoviti, da tu ne more biti govora o prepovedanem dejanju nelojalne konkurence. Storilec tega prepovedanega dejanja nelojalne konkurence je lahko samo drug udeleženec na trgu. V danem primeru pa je sporna vsebina Uredbe, ki jo je izdala Vlada. Dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco, pa so lahko tudi nedopustni posegi države v svobodno konkurenco. ZVK s tem v zvezi v 17. členu določa:

"Državni organi in organi lokalne skupnosti, podjetja in druge organizacije ter posamezniki, ki opravljajo javna pooblastila, ne smejo omejevati prostega nastopanja podjetij na trgu.

Za omejevanje prostega nastopanja podjetij na trgu v smislu prejšnjega odstavka se štejejo splošni in posamični akti in dejanja, s katerimi se v nasprotju z Ustavo in zakonom omejujejo svobodna menjava blaga, svoboden vstop na trg ali se kako drugače preprečuje konkurenca.

Kot akti in dejanja, ki omejujejo prosto nastopanje podjetij na trgu, se štejejo zlasti akti in dejanja:

- s katerimi se podjetju onemogoča opravljanje dejavnosti na kakšnem območju ali glede kakšne vrste dejavnosti, čeprav podjetje izpolnjuje z zakonom določene pogoje;
- s katerimi se neupravičeno zavlačuje postopek za izdajo dovoljenja za opravljanje dejavnosti ali kakšnega drugačnega dovoljenja, pomembnega za nastopanje podjetja na trgu; - s katerimi se posredno ali neposredno ustvarja diskriminacija med podjetji glede na to, ali imajo svoj sedež na območju lokalne skupnosti ali zunaj tega območja;
- s katerimi se prepoveduje promet blaga zunaj območja lokalne skupnosti."

21. Ker se prepoved iz tega člena ZVK nanaša na oblastno delovanje oziroma na delovanje v zvezi z oblastnimi funkcijami ter zajema tudi splošne akte, bi vladna uredba seveda lahko bila v nasprotju s to določbo ZVK in hkrati predstavljala prepovedano dejanje omejevanja konkurence v nasprotju z zakonom iz tretjega odstavka 74. člena Ustave. Toda vsebina take uredbe bi bila v nasprotju s citiranimi zakonskimi določbami le, če bi kakorkoli omejevala "prosto nastopanje podjetij na trgu" (prvi

odstavek 17. člena ZVK). Izpodbijana uredba pa ne ureja prostega nastopanja podjetij na trgu, ampak določa pogoje za njihovo enakopravno nastopanje na javnem razpisu, kjer se potegujejo za najem površin ob avtocestah, kjer bi potem opravljala ustrezne gospodarske dejavnosti. Kjer 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. Tak predpis pa v tem primeru ni bil izpodbijan, kakor tudi ne samo dejstvo, da se je o oddaji površin ob avtocestah odločalo na podlagi javnega razpisa.

22. Preostane le še preizkus, ali izpodbijane določbe morda pomenijo kršitev enakosti konkurentov pri konkuriranju na javnem razpisu - in to bodisi kršitev prepovedi diskriminacije "glede na narodnost, raso, spol, jezik ... ali katerokoli drugo osebno okoliščino" iz prvega odstavka 14. člena Ustave (strožja prepoved, v katero bi bil "poseg" lahko dopusten kvečjemu pod strogimi pogoji "testa sorazmernosti", torej le v primeru za varstvo drugih ustavnih pravic nujnega, neizogibnega posega, ki tudi ne bi bil prekomeren) - bodisi kršitev splošnega načela enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena, kjer pa se obstoj kršitve (nedopustnega posega) ugotavlja na podlagi mnogo blažjih kriterijev oziroma le na podlagi t.i. testa arbitrarnosti ali samovolje (za dopustnost posega ni potrebna njegova neizogibnost in sorazmernost v ožjem smislu, ampak zadošča že to, da poseg ni arbitraren - da torej zanj obstaja razumen razlog, izhajajoč iz narave urejevane stvari).

23. Členi 18, 19, 20 ZVK, na katere se pobudnica tudi sklicuje, urejajo možnosti omejitev na trgu ne glede na določbe 17. člena ZVK in tako njihova kršitev ne pride v poštev, ker ni šlo za nedopustno omejitev svobodne konkurence po 17. členu ZVK, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju.

24. Kot pove že ime, določa Uredba postopek in pogoje za oddajo površin ob avtocestah za zgraditev objektov za spremljajoče dejavnosti. Tako za naprej določa pogoje in kriterije, ki jih je DARS dolžan upoštevati pri prihodnjih javnih razpisih. Vsi taki razpisi postavljajo določene kriterije in pogoje, ki brez dvoma, saj v tem je njihov namen, ožijo krog sprejemljivih ponudnikov.

Uredba pa v prvem odstavku 3. člena med obveznimi prilogami k ponudbi na javnih razpisih, na katere se nanaša, določa tudi "reference, pridobljene pri izgradnji podobnih objektov ter pri njihovem poslovanju, upravljanju in vzdrževanju". Drugi odstavek to konkretizira (med drugim) s sporno določenima referencama.

Ponudnik mora tako predložiti dokazila o tem, da ima bazo za oskrbo z naftnimi derivati in da že opravlja distribucijo naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih, vse v Republiki Sloveniji. Tako določeni obvezni referenci lahko pomenita odločujoč izločitveni faktor na javnih razpisih, na katere se Uredba nanaša. Če ponudnik tako določenih referenc ne more izkazati, namreč ne izpolnjuje pogojev, določenih z Uredbo.

Razpisovalec oziroma naročnik lahko torej takšno ponudbo izloči kot nepopolno. Razlikovanje, ki ga je uvedel uredbodajalec, med tistimi tržnimi subjekti, ki v Sloveniji imajo bazo za oskrbo z naftnimi derivati ter vsaj tri bencinske servise, ter tistimi, ki tega nimajo, je tako posredno delu tržnih subjektov onemogočalo uspešno konkuriranje na javnih razpisih, na katere se je Uredba nanašala. Vprašanje ustavnosodne presoje pa je, ali je bilo to ustavno dopustno.

25. Najprej je bilo treba presoditi, ali omenjeno razlikovanje pomeni kršitev prepovedi diskriminacije "glede na narodnost, raso, spol, jezik ... ali katerokoli drugo osebno okoliščino" iz prvega odstavka 14. člena Ustave. Iz same dikcije izpodbijane določbe, ki zahtevane reference določa za vse enako, ne izhaja diskriminacija glede na osebne okoliščine ponudnikov (pobudnica npr. je v Sloveniji registrirana družba, vendar v stoddostni lasti tujcev), ki bi zahtevala strogo ustavnosodno presojo oziroma presojo po testu sorazmernosti. Teoretično je možno, da bi uredbodajalec zahtevane reference določil na prvi pogled za vse enako, vendar namenoma tako, da bi vnaprej izključil oziroma onemogočil skupino ponudnikov glede na osebne okoliščine, glede katerih je potrebno pri razlikovanju uporabiti strogi test ustavnosodne presoje. Pobudnica v postopku ni zatrjevala niti dokazovala morebitne suspektne diskriminatorne motivacije Vlade pri takšni določitvi referenc v izpodbijani določbi Uredbe, pri čemer bi bilo breme zatrjevanja in dokazovanja tega dejstva na pobudnici. Ne glede na to jo je sodnik poročevalec na javni obravnavi opozoril tudi na ta moment zadeve. Tako jo je sodnik poročevalec pozval, da javno pove, ali je njeno stališče, da je Vlada diskriminirala zoper tuje konkurente, in jo

opozoril, da je to pravi trenutek, da se izjavi in pove, ali ima kakršnekoli dokaze o suspektni diskriminatorni vladni motivaciji pri formuliranju spornih razpisnih pogojev. Pobudnica na to ni reagirala in v svojih odgovorih v to smer ni ničesar zatrjevala niti dokazovala. Ob tem tudi objektivni moment ne kaže na prikrito diskriminatornost v navedenem smislu. Predstavnica DARS-a je na javni obravnavi namreč pojasnila, da je na istih javnih razpisih ponudnica Inter Ina, prav tako družba, registrirana v Sloveniji in v lasti tujcev, izpolnila zahteve glede baze za oskrbo z naftnimi derivati in tudi glede števila servisov, čeprav glede na druge pomanjkljivosti v ponudbi na razpisu ni bila izbrana.

Predstavnica MPZ pa je še dodala, da ima tudi Istrabenz tuji kapital in da torej ni nobenih ovir za zainteresirane firme, ki bi bile povezane z vprašanjem tujega lastništva njihovega kapitala. Glede na navedeno je bilo torej možnost kršitve prepovedi diskriminacije po prvem odstavku 14. člena Ustave treba izključiti.

26. Preostane še presoja, ali je šlo za kršitev splošnega načela enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena, kjer pa se obstoj kršitve (nedopustnega posega) ugotavlja na podlagi mnogo blažjih kriterijev oziroma le na podlagi t.i. testa arbitrarnosti ali samovolje.

27. Ker pobudnica zatrjuje, da ji je Vlada z Uredbo onemogočila opravljanje dejavnosti, čeprav izpolnjuje z zakonom določene pogoje oziroma je ustrezno registrirana (prva alineja tretjega odstavka 17. člena ZVK), je potrebno ugotoviti, da relevantne vrste dejavnosti, ki se očitno nanaša na distribucijo naftnih derivatov (pa tudi trgovske in druge dejavnosti), ni mogoče ozko opredeliti tako, da bi se nanašala le na njeno opravljanje ob avtocestah. Tudi pojem "območja" iz prve alineje tretjega odstavka 17. člena ZVK je mogoče razumeti le v smislu zaokrožene geografske celote, torej "območje" nikakor ne more biti le "ob avtocestah". Zato se tudi relevantni pojem trga za to zadevo ne nanaša le na trg distribucije naftnih derivatov ob avtocestah. Ne relevantna dejavnost (vrsta dejavnosti) in ne relevantni trg se tako ne pokrivata s predmetom Uredbe, ki se je nanašala zgolj na postopek in pogoje za oddajo površin ob avtocestah za izgradnjo objektov za spremljajoče dejavnosti, niti s predmetom že izvedenih javnih razpisov, pri katerih je bila Uredba že uporabljena.

28. Iz navedenega ob upoštevanju pojma relevantnega trga v tem primeru tudi izhaja, da izpodbijana določba Uredbe oziroma sporno določeni referenci nista vnaprej izločali s trga vse tiste, ki na trgu ob uveljavitvi Uredbe še niso bili prisotni, in bi ti bili tako spravljani v položaj, ko na trg sploh ne bi mogli nikoli prodreti.² Pri tem je pomembno, da nikoli ni bilo nobene podobne omejitve, ki bi pobudnici preprečevala odprtje bencinskega servisa kjerkoli drugje v Sloveniji (takšne reference je bilo potrebno izkazati le za poslovanje ob avtocestah). Možnost vključitve na slovenski trg prodaje naftnih derivatov na bencinskih servisih je bila tako ves čas odprta novim interesentom, ki so brez izkazovanja takšnih referenc lahko pričeli poslovati in se ukvarjati z opisano dejavnostjo na bencinskih servisih na katerihkoli drugih lokacijah (ob lokalnih in regionalnih cestah, v mestih, in naseljih...). Pri tem pa tudi izpolnitev v Uredbi določenih "referenc" za novince ni bila nemogoča. Kdorkoli zainteresiran (ustrezno registrirana družba) bi bil lahko izpolnil v Uredbi navedeni "referenci". Kdor ni že imel ali ni uspel pridobiti ustreznih referenc do prvega ustreznega javnega razpisa, bi jih lahko pridobil do naslednjega. Ves čas je bilo v zvezi z nadaljnjo izgradnjo avtocestnega omrežja namreč jasno, da bodo tudi v prihodnje izdani še drugi podobni javni razpisi. To je pobudnica delno dokazala tudi sama, ker je po lastnih navedbah kasneje vendarle pričela z odpiranjem bencinskih servisov na drugih lokacijah.

29. Logično je, da se z javnimi razpisi ne more čakati, da bi vsi zainteresirani enako zadostili kriterijem in merilom, za katere je bilo ocenjeno, da naj bi jim ponudniki zadostili. V nasprotnem bi bilo namreč z javnimi razpisi vedno potrebno čakati, da bi novi možni zainteresirani ponudniki morebiti zadostili kriterijem in merilom teh razpisov. Ustavno sodišče ugotavlja, da je pobudnica, ki je bila pred uveljavitvijo Uredbe registrirana za ustrezno dejavnost v Sloveniji že tri leta, glede na navedbe (na javni obravnavi) tudi sama počasno reagirala. Navaja, da se je morala najprej razgledati po slovenskem trgu, narediti ustrezne analize in se pripraviti na poslovanje (sicer pa je njena dejavnost širša in ne zajema le odpiranja bencinskih črpalk), poleg tega pa naj bi bili postopki pridobitve ustreznih lokacij za izgradnjo bencinskih servisov ter izgradnja teh dolgi (potrebno naj bi bilo približno leto in pol). Četudi bi bili postopki pridobitve lokacij ter izgradnje bencinskih servisov (zunaj avtocest) res tako dolgotrajni, kot je navajala pobudnica, bi bilo realno pričakovati, da bi pobudnica v treh letih po svoji registraciji v navedenem smislu vendarle pričela poslovati. Njena situacija (ko ob preteklih

javnih razpisih ni razpolagala z zahtevanimi referencami) je tako tudi rezultat njenih lastnih preteklih poslovnih odločitev ter izbrane strategije pri vstopanju na slovenski trg.

30. Iz doslej navedenega tudi izhaja, da je pobudnično sklicevanje na odločbo št. U-I-52/90 z dne 26.3.1992 (OdlUS I,18), sicer v povezavi z očitano kršitvijo člena 74 Ustave, neutemeljeno. Obravnavani primer je od zadeve, na katero se pobudnica sklicuje, povsem različen. V danem primeru namreč ne gre za predpisovanje pogojev za opravljanje dejavnosti (ki se je ne da opredeliti tako ozko, kot bi to smiselno želela pobudnica, kot je bilo že zgoraj utemeljeno).

31. Glede obstoja legitimnega državnega interesa za sporno razlikovanje je Vlada v pisnem odgovoru navedla, da Uredba pojem "reference" opredeljuje konkretno, ker je le tako mogoče zagotoviti, da ne bi prišlo do oddaje javnih površin ponudniku, ki ne bi bil zmožen v skladu z interesom javne koristi z nemotenim in varnim odvijanjem prometa uporabnikom avtoceste zagotoviti nemotene oskrbe z gorivi. Tudi predstavnica MPZ je na javni obravnavi pojasnila, da so pri pripravi izpodbijane Uredbe skušali slediti navedenemu javnemu interesu, t.j. zagotovitvi varnega prometa in oskrbe z gorivi.

32. Sam obstoj legitimnega državnega interesa, ki naj bi mu sporna ureditev želela zadostiti, med strankama pravzaprav ni sporen. Da je v zadevi obstajal legitimen državni interes, namreč priznava tudi pobudnica. Tako je na javni obravnavi med drugim navajala: "Vlada je očitno zasledovala cilje, ki so pravno dopustni. Cilji so legitimni, so upravičeni in to so cilji, ki pač slonijo na nemoteni oskrbi z naftnimi derivati, na varnem odvijanju prometa in ostali že naštetih cilji." Pač pa pobudnica meni, da je javni interes širši, kot ga je upoštevala Vlada. Tako naj Vlada ne bi bila upoštevala interesa varstva okolja (za okolje naj bi bilo ugodneje dovažati goriva iz drugih držav, kot pa imeti baze v državi) ter interesa glede višine povračil (smiselno interes davkoplačevalcev, da se iz tega pridobi čim višja povračila). Ob tem Ustavno sodišče sodi, da je stvar ocene Vlade, katerim vidikom javnega interesa da prednost pri svojih odločitvah. Uredba tudi ni z ničemer izključila upoštevanja višine povračil kot merila pri izbiri najugodnejšega ponudnika. Iz navedb in listin je razvidno, da je bila v postopkih po dosedanjih javnih razpisih, na katerih je pobudnica sodelovala, višina ponujenega povračila upoštevana kot merilo za izbiro ponudnika. Kolikor pobudnica smiselno predlaga, da bi moral biti to edini kriterij in naj bi bil v tem javni interes, nima prav; javni interes se ne pokriva zgolj z višino povračil.

33. Ni mogoče dvomiti o obstoju legitimnega državnega interesa v obsegu, kakršnega uveljavlja Vlada, namreč zagotovitev nemotenega in varnega odvijanja prometa ter za uporabnike avtoceste nemotene oskrbe z gorivi. Očitno je legitimen tudi državni interes po zagotavljanju nacionalne varnosti v primerih možnega vojnega ali izrednega stanja. S tem v očitni povezavi je tudi interes po vsaj minimalnih zalogah goriva na državnem ozemlju. Poslovanje ob avtocestah je seveda izjemno donosen posel, postavitve bencinskega servisa ter oskrba z gorivi ob drugih cestah (zlasti izven mestnih središč) pa je bistveno manj donosna. Postavitve bencinskega servisa ter oskrba z gorivi na npr. demografsko ogroženih, gorskih in hribovitih ter ekonomsko zaostalih področjih je lahko celo nerentabilna.

Zasledovani javni interes je torej tudi interes po enakomerni preskrbljenosti celotnega državnega prostora z gorivi, torej tudi krajev, kjer bi sicer poslovanje bilo manj rentabilno kot ob avtocestah ali pa bi bilo celo nerentabilno. Očiten je tudi legitimni državni interes, da so uporabniki vseh cest (tudi regionalnih in lokalnih) in prebivalci vseh regij nemoteno in enakomerno preskrbljeni z gorivi. To je tudi skladno z načelom socialne države (člen 2. Ustave) kot tudi z dolžnostjo države, da skrbi za gospodarski, kulturni in socialni napredek na gorskih in hribovitih območjih (tretji odstavek 71. člena Ustave).

34. Ob vsem tem v povezavi z očitanimi kršitvami tudi ni nepomembno, da je za dejavnost distribucije naftnih derivatov že zakonsko izražena zahteva po zanesljivi in kakovostni preskrbi uporabnikov ter poudarjena zahteva, da se pri tem upošteva javni interes oz. javna korist. Po 1. točki prvega odstavka 81. člena Zakona o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 32/93 - v nadaljevanju: ZGJS) z dnem njegove uveljavitve prenehajo veljati določbe Zakona o energetske gospodarstvu (Uradni list SRS, št. 33/81 in 29/86), razen določb 2. do 10., 12., 13., 19., 21., 63. in 65. do 88. člena. Po določbi 2. člena Zakona o energetske gospodarstvu to vključuje tudi naftno-plinsko dejavnost. Opravljanje energetske dejavnosti mora omogočati ekonomično, varno in optimalno izkoriščanje nahajališč

energetskega vira kot tudi objektov, naprav in napeljav ter zanesljivo in kakovostno preskrbo uporabnikov z energetskega viri. Po določbi tretjega odstavka 2. člena so bile s tem zakonom določene energetske dejavnosti oziroma zadeve posebnega družbenega pomena, ki pa se na podlagi 68. člena ZGJS štejejo za gospodarske javne službe. Po določbi 5. člena Zakona o energetskega gospodarstvu v povezavi z 68. členom ZGJS je tudi distribucija naftnih derivatov gospodarska javna služba. Po 10. členu Zakona o energetskega gospodarstvu pomeni distribucija iz 5. člena oblikovanje in vodenje politike oskrbe uporabnikov s temi vrstami energije. V drugem odstavku 1. člena ZGJS je izrecno določena dolžnost Republike Slovenije, da trajno in nemoteno v javnem interesu zagotavlja materialne javne dobrine z gospodarskimi javnimi službami. Iz navedenega ne izhaja samo, da se ta dejavnost ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo (drugi odstavek 74. člena Ustave), temveč je bil uredbodajalec celo zakonsko dolžan kar najbolj skrbno upoštevati javni interes oz. javno korist izraženo na tem področju. To se je seveda moralo odražati tudi pri oblikovanju pogojev in kriterijev, določenih z Uredbo.

35. V nadaljevanju je torej potrebno ugotoviti, ali sta sporni razlikovanji razumno povezani z opisanim legitimnim državnim interesom. Glede zahtevane baze za oskrbo z naftnimi derivati na področju Republike Slovenije je predstavnica MPZ na javni obravnavi pojasnila, da jih je pri pripravi te Uredbe dejansko skrbelo, kako bi bilo z nemoteno oskrbo z gorivi v primerih blokade meje, še bolj pa v primerih možnih stavk v sosednjih državah, če bi se gorivo vozilo od tam. Očitno je, da je minimalna zaloga goriva (za enomesečno oskrbo že zgrajenih bencinskih servisov ter za oskrbo razpisanega bencinskega servisa), ki jo sporna uredba implicitno zahteva s tako določeno referenco, v razumni povezavi z legitimnim državnim interesom, t.j. z nemoteno oskrbo z naftnimi derivati ter varnim odvijanjem prometa. Določba, ki zahteva vsaj minimalne zaloge goriva na državnem ozemlju, je tudi v razumni povezavi z legitimnim državnim interesom nacionalne varnosti, zlasti v primerih kakršnegakoli izrednega stanja, ko bi pomanjkanje goriva očitno lahko imelo negativne posledice tudi na nacionalno varnost. Pobudnica je sicer na javni obravnavi navajala, da bi sama za oskrbo enega samega ali pa tudi treh bencinskih servisov, ki bi jih oskrbovala, potrebovala zelo majhno bazo, kar v nobenem primeru ne bi moglo vplivati na nacionalno porabo in preskrbljenost z gorivi. Sporna "referenca" naj bi tako ne bila razumna. Očitek ni utemeljen. Jasno je, da položaj vsakega posemeznega ponudnika ter količina goriva, ki naj bi jo preskrbeli, ni relevantna za obstoj razumne povezave z navedenimi legitimnimi državnimi interesi. Zadošča, da je skupni učinek tako določene "reference" v razumni povezavi z navedenimi javnimi interesi.

36. Ker je indiciran le test arbitarnosti (samovolje), ni potrebno, da bi bilo uporabljeno najmilejše sredstvo za uresničitev legitimnega državnega interesa. Ne glede na to se zdi potrebno reagirati na pobudnične navedbe na javni obravnavi, češ da je Vlada odstopila od zahteve po bazi, ker naj bi namesto baze s Spremembo in dopolnitvijo Uredbe zahtevala le višje plačilo v obliki bančne garancije, ki se bo vnovčila, saj baze še vedno ne bo. Takšna interpretacija spremenjene določbe s strani pobudnice je po oceni Ustavnega sodišča v nasprotju z načelom "pacta sunt servanda" kot tudi z načelom vestnosti in poštenja v pogodbenem pravu. Po Spremembi in dopolnitvi Uredbe se mora namreč ponudnik, ki takšne baze še nima, zavezati, da jo bo imel v roku treh let od podpisa pogodbe, in v ta namen predložiti nepreklicno bančno garancijo prvovrstne banke, vnovčljivo na prvi poziv, v vrednosti zneskov, ki izhajajo iz pogodbe. Ponudnik se torej v dobri veri zaveže, da bo takšno bazo imel. To je tudi namen določbe.

37. Referenca, da ponudnik že opravlja distribucijo naftnih derivatov na vsaj treh bencinskih servisih na področju Republike Slovenije (drugi odstavek 3. člena Uredbe), je konkretizacija prvega odstavka 3. člena Uredbe, da se zahtevajo reference, pridobljene pri izgradnji podobnih objektov ter pri njihovem poslovanju, upravljanju in vzdrževanju. Predstavnica MPZ je na obravnavi pojasnila, da so se tako odločili, ker "bencinske servise v Sloveniji že poznamo, vemo, kakšna je ponudba in kvaliteta, kako so pripravljene obratovati". Iz odgovora Vlade pa izhaja, da je želela zagotoviti, da ne bi prišlo do oddaje javnih površin ponudniku, ki ne bi bil zmožen v skladu z javnim interesom po nemotenem in varnem odvijanju prometa uporabnikom avtoceste zagotoviti nemoteno oskrbo z gorivi. Stališče pobudnice je drugačno. Ta vztraja, da bi se zmožnosti ponudnika morale dokazovati z referencami za istovrstne objekte drugod po svetu, kot naj bi bilo to običajno drugje. Ustavno sodišče ugotavlja, da so vsake izkušnje, torej tudi izkušnje ponudnikov, pridobljene na domačem trgu, v razumni povezavi z zahtevo po izkazani kvaliteti, ki naj bi prispevala k izbiri ponudnika, ki je zmožen v skladu z javnim interesom po nemotenem in varnem odvijanju prometa zagotoviti uporabnikom avtoceste nemoteno

oskrbo z gorivi. To, da so bile za Vlado relevantne le izkušnje, pridobljene na domačem trgu, ker te očitno lažje ovrednoti (glede na navedbe predstavnice MPZ), v času veljavnosti Uredbe še ni moglo biti mednarodnopravno sporno (glede na morebitne drugačne državno prevzete obveznosti, ki bi izhajale iz ratificiranih mednarodnih pogodb - glej tč.14 obrazložitve). Za zadostitev zahtevam testa arbitrarnosti že zgolj ta ugotovitev zadošča. V povezavi z zadostitvijo temu testu tudi ni dejstvo, da je Vlada kasneje tako določeno referenco opustila.

38. Tako določena referenca pa je bila tudi v razumni povezavi z legitimnim državnim interesom. Je namreč v razumni povezavi z legitimnim državnim interesom po enakomerni preskrbljenosti celotnega državnega prostora z gorivi ter interesom, da so uporabniki vseh cest (tudi regionalnih in lokalnih) in prebivalci vseh regij nemoteno in enakomerno preskrbljeni z gorivi. Tisti, ki želi poslovati ob avtocestah, kjer je poslovanje dobičkonosno, naj predhodno izkaže vsaj minimalni interes (zahtevani so bili le trije bencinski servisi), da z gorivom oskrbi tudi ostali državni prostor. V nasprotnem primeru bi bil namreč tisti distributer naftnih derivatov, ki bi imel bencinske servise le ob avtocestah, tudi privilegiran glede na možnosti dobička v primerjavi z ostalimi, ki poslujejo tudi na manj dobičkonosnih lokacijah in so torej pripravljeni oskrbovati celotno državno ozemlje z naftnimi derivati. Na razumnost opisane povezave tudi ne vpliva dejstvo, da je Vlada kasneje "iz razlogov zunanje politike"³ opustila zahtevo po izkazu takšne reference.

39. Glede na vse navedeno je Ustavno sodišče odločilo, da izpodbijana določba Uredbe ni bila v neskladju z Ustavo in zakonom.

C.

40. Ustavno sodišče je sprejelo to odločbo na podlagi 21. in 47. člena ZUstS v sestavi: predsednik dr. Lovro Šturm in sodniki dr. Peter Jambreč, dr. Tone Jerovšek, mag. Matevž Krivic, mag. Janez Snoj, Tranc Testen, dr. Lojze Ude in dr. Boštjan M. Zupančič. Odločbo je sprejelo soglasno. Pritrdilno ločeno mnenje je dal sodnik Ude.

P r e d s e d n i k :
dr. Lovro Šturm

Opomba:

1 Po 1. členu Uredbe o začasni uporabi začasnega sporazuma o trgovini in zadevah v zvezi s s trgovino med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropsko skupnostjo, Evropsko skupnostjo za premog in jeklo in Evropsko skupnostjo za jedersko energijo, na drugi strani (Uradni list RS, št. 67/96).

2 Torej ni šlo za t.i. "grandfather clause", kot jo pozna tuja ustavnosodna judikatura (ZDA).

3 Očitno je šlo za reakcijo Vlade na negativni odziv, ki ga je izpodbijana ureditev Uredbe imela v državah EU.