



**Številka:** Up-95/16-29

**Datum:** 14. 3. 2019

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE  
SODNICE DR. ETELKE KORPIČ – HORVAT  
K ODLOČBI ŠT. Up-95/16 Z DNE 14. 3. 2019**

V navedeni zadevi gre za problem odvzema oziroma prenehanje koncesije v lekarniški dejavnosti.

1. Ustavno sodišče je razveljavilo sodbo Vrhovnega sodišča št. III Ips 64/2014 z dne 28. 10. 2015 in zadevo vrnilo temu sodišču v novo odločanje. Z navedeno sodbo je Vrhovno sodišče odločilo, da je bila odpoved koncesijske pogodbe zakonita. Po stališču Ustavnega sodišča naj bi s tako odločitvijo Vrhovno sodišče poseglo v pravnomočno sodbo Upravnega sodišča, ki je sprejelo stališče, da lahko lekarniška koncesija preneha le zaradi krivdnih kršitev dolžnosti koncesionarja ali po njegovi svobodni volji. Ustavno sodišče je sodbo Vrhovnega sodišča razveljavilo zaradi kršitve procesnega jamstva iz 23. člena Ustave, ki določa pravico do sodnega varstva, saj je spoštovanje pravnomočnosti pomemben vidik poštenega postopka.

2. Ustavno sodišče je menilo, da sta se Upravno sodišče in Vrhovno sodišče, "vsaka v svojem postopku, različno opredelili do istega pravnega vprašanja, to je do vprašanja razlogov za prenehanje koncesije za lekarniško dejavnost" (26. točka obrazložitve). S tako presojo nisem soglašala, ker menim, da sta se sodišči (Upravno in Vrhovno) opredelili do različnih pravnih vprašanj, vsaka v okviru svojih pristojnosti.

3. Za koncesijska razmerja je značilno prepletanje civilnopravnih in javnopravnih elementov, kar se je posebej izrazilo tudi v sodnih presojah v obravnavanem primeru pri odvzemu oziroma prenehanju koncesije. Načini prenehanja so različni po vsebini zaradi razlogov in pogojev prenehanja (krivdni ali nekrivdni razlog ali razlog zaradi odpovedi koncesijske pogodbe) in zato povezani z različnimi pravnimi vprašanji. Razmejitev pristojnosti sodišč izhaja iz dvojne pravne narave koncesijske pogodbe. Ta vsebuje elemente obligacijskega (zasebnopravno razmerje) in elemente upravnopravnega razmerja (javnopravno razmerje). Koncedent nastopa v dvojni vlogi, pri sklenitvi koncesijske pogodbe kot pogodbeni stranka, pri dodelitvi in odvzemu koncesije pa kot

oblast.<sup>1</sup> Zato je pravna narava koncesijske pogodbe večplastna in zahtevna za presojo tudi v delu, ki se nanaša na odpoved pogodbe in krivdne ali nekrivdne odpovedi koncesije, kar velja v obravnavanem primeru.<sup>2</sup> To pa velja še toliko bolj v primeru nedoločnih in skopih norm v specialnem Zakonu o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 36/04 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZLD), ki je veljal v času podelitve koncesije in sklenitve koncesijske pogodbe v obravnavanem primeru.<sup>3</sup> Razlogi za odvzem koncesije po 18. členu ZLD se presojuje po pravilih upravnega prava; odpoved koncesijske pogodbe pa se presoja po pravilih civilnega (gospodarskega) prava. Za reševanje spora v zvezi z odvzemom koncesije po 18. členu ZLD je zakonodajalec podelil pristojnost Upravnemu sodišču; za presojo o (ne)zakonitosti koncesijskih pogodb pa sodiščem splošne pristojnosti. Podelitev navedene pristojnosti različnim sodiščem, kot ugotavlja Ustavno sodišče, ni ustavno nedopustno (22. točka obrazložitve).

4. Vrhovno sodišče je v gospodarskem sporu odločalo o ugotovitvi nezakonitosti odpovedi koncesijske pogodbe.<sup>4</sup> Odločilo je, da je tožena stranka zakonito odpovedala koncesijsko pogodbo.<sup>5</sup> Ker ZLD kot specialni zakon ne določa enostranske odpovedi pogodbe s strani koncedenta, je Vrhovno sodišče pri presoji smiselno uporabilo Zakon o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 32/93 in 57/11 – ZGJS) ter Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06 – ZJZP), ki določa, da

---

<sup>1</sup> Več o tem, da je koncesijsko razmerje mešano razmerje, ki vsebuje zasebnopravne in javnopravne elemente, glej R. Pirnat, Podjetje in delo, št. 6/7 (2003), str. 1607–1618; glej tudi B. Brezovnik, Izvajanje javnih služb in javno-zasebno partnerstvo, Lex Localis, 2008, str. 193–229.

<sup>2</sup> Varovan mora biti tudi koncesionar, ker za opravljanje javne službe potrebuje vlaganja v kadre, prostore in opremo. Za razliko od sedaj veljavnega Zakona o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/16 in 77/17 – v nadaljevanju ZLD-1), ki določa, da se koncesija ne sme podeliti za krajše obdobje od 15 let, ZLD ni določal obdobja za katerega se podeli koncesija. Koncesijska pogodba pa je v 10. členu določala, da se koncesija daje za nedoločen čas in lahko preneha v roku 6. mesecev po odpovedi. Pogodba za nedoločen čas pa je manj varovana kot pogodba, sklenjena za določen čas. ZLD je trajanje pogodbe prepuščal strankam in ni določil razlogov za prenehanje koncesije v primeru odpovedi pogodbe.

<sup>3</sup> Leta 2016 je bil sprejet ZLD-1, ki je na novo uredil postopke za podeljevanje in izvajanje koncesij zasebnim lekarniškim izvajalcem, v skladu s pravnim redom EU, ki predvsem iz monopolnih razlogov ne dopušča sklenitve koncesijske pogodbe za nedoločen čas.

<sup>4</sup> Zahtevek tožeče stranke (koncesionarja) se je pri presoji civilnih sodišč nanašal na "ugotovitev nezakonitosti odpovedi koncesijske pogodbe."

<sup>5</sup> Z navedeno sodbo je Vrhovno sodišče presojalo nezakonitost odpovedi koncesijske pogodbe in spremenilo sodbo Višjega sodišča v Ljubljani št. I Cpg 926/2012 z dne 18. 12. 2013 ter potrdilo sodbo Okrožnega sodišča v Ljubljani št. VII Pg 2606/2009-49 z dne 4. 4. 2012, ki je zavrnilo zahtevek tožeče stranke (koncesionarja) na ugotovitev, da še velja koncesijska pogodba, ki jo je koncesionarka sklenila z Mestno občino Ljubljana.

koncesijska pogodba preneha z odpovedjo, če je bila sklenjena za nedoločen čas (42. člen).<sup>6</sup>

5. Upravno sodišče pa je odločalo o odvzemu koncesije po specialnem ZLD, ki v 18. členu taksativno določa kršitve koncesionarja (krivdne razloge) in razlog, če se je koncesionar odpovedal koncesiji (sedma alineja 18. člena ZLD); ne ureja pa prenehanja koncesije zaradi enostranske odpovedi pogodbe s strani koncedenta. Presoja Upravnega sodišča se je nanašala izključno na to, ali je podana kršitev po šesti alineji 18. člena,<sup>7</sup> torej ali gre za krivdni razlog za odvzem koncesije, ker koncesionar ne opravlja lekarniške dejavnosti v skladu s pogodbo o koncesiji. Odločitev Upravnega sodišča temelji na presoji, da koncedent ni izkazal krivdnega razloga niti ni koncesionarju postavil roka za odpravo pomanjkljivosti. Po mnenju Upravnega sodišča v odločbi št. I U 2155/2009 z dne 22. 1. 2010<sup>8</sup> je ostalo odprto vprašanje, "ali je za to, da naj pogodba ne bi več veljala, podana krivda tožnice." Ker je ugotovilo tudi bistvene kršitve določb upravnega postopka, je odločbo o odvzemu koncesije opravilo<sup>9</sup> in zadevo vrnilo koncedentu v ponovno odločanje. V navedeni sodbi je Upravno sodišče jasno navedlo, da se do navedb tožene stranke (koncedenta) glede vprašanja, zakaj po njenem mnenju odpoved koncesijske pogodbe ni bila nezakonita, "ne more in ne sme opredeliti, ker je to stvar drugega postopka, saj konkretno o tem teče pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani gospodarski

---

<sup>6</sup> Prenehanje koncesije zaradi prenehanja koncesijske pogodbe zahteva varovanje javnega interesa. Koncedent je dolžan varovati javni interes, ker gre za dejavnost javne službe, kamor se po ZLD razvršča tudi lekarniška dejavnost. Za dejavnost javne službe velja javnopravni režim poslovanja. Opravlja se v javnem interesu in mora biti določena v zakonu ali odloku občine (več o dejavnosti javne službe glej E. Korpič-Horvat, *Negospodarske javne službe*, Lex Localis, let. 1, št. 4 (2003), str.15–30). Kaj se šteje za dejavnost javne službe na področju lekarniške dejavnosti, je določil ZLD. In sicer je lekarniška dejavnost del zdravstvene dejavnosti, ki zagotavlja preskrbo prebivalstva ter zdravstvenih zavodov in drugih organizacij z zdravili (prvi odstavek 1. člena ZLD). Gre za občutljivo in pomembno dejavnost, za katero nemoteno oskrbo odgovarja koncedent. Vendar prav zaradi javnega interesa pri javnem razpisu za pridobitev koncesije mora upoštevati merila, določena s planom zdravstvenega varstva Republike Slovenije, in pri podelitvi koncesije pridobiti soglasje ministrstva pristojnega za zdravstvo, mnenje lekarniške zbornice in Zavoda za zdravstveno zavarovanje Slovenije (13. člen ZLD). Po ZLD-1 pa mora vsaka koncesijska pogodba temeljiti na aktu o koncesiji, v katerem so opredeljeni elementi javnega interesa.

<sup>7</sup> Šesta alineja 18. člena določa, da pristojni upravni organ občine ali mesta odvzame koncesijo za opravljanje lekarniške dejavnosti z odločbo, "če koncesionar ne opravlja lekarniške dejavnosti v skladu s predpisi, odločbo o koncesiji in pogodbo o koncesiji, pa v določenem roku ni odpravil pomanjkljivosti."

<sup>8</sup> Izrek sodbe in sklepa Upravnega sodišča št. I U 2155/2009-21 se v 1. točki glasi: "Tožbi se ugodi in se odločba Mestne uprave Mestne občine Ljubljana, oddelka za zdravje in socialno varstvo, št. 160-45/2008-23 z dne 19. 10. 2009, odpravi ter se zadeva vrne toženi stranki v ponovno odločanje."

<sup>9</sup> Odločba Mestne uprave Mestne občine Ljubljana, Oddelka za zdravje in socialno varstvo, št. 160-45/2008-23 z dne 19. 10. 2009.

spor, in zato to ni predmet upravnega spora, kot tudi sicer priznava sama tožena stranka." Presoja Upravnega sodišča se je torej nanašala izključno na odvzem koncesije iz krivdnega razloga po šesti alineji 18. člena ZLD.

6. Delitev pristojnosti med upravnim sodiščem in civilnim sodiščem je Upravno sodišče upoštevalo tudi po odločitvi Vrhovnega sodišča, v sklepu št. I U 550/2016-25 z dne 13. 3. 2018, s katerim je odločbo upravnega organa (koncedenta)<sup>10</sup> izreklo za nično. Navedlo je, da se v upravnih postopkih ne odloča o tem, kdaj so pogodbeni koncesijska razmerja prenehala, oziroma bi to lahko ugotavljalo sodišče le, kadar je v zakonu izrecno določeno (11. točka obrazložitve). Prenehanje koncesijske pogodbe torej ni upravna zadeva. Upravno sodišče je z navedeno odločbo ponovno jasno sporočilo, da ni pristojno za odločanje o odpovedi koncesijske pogodbe.

7. Zahtevek pritožnice v postopku pred Vrhovnim sodiščem se je nanašal na ugotovitev nezakonitosti odpovedi koncesijske pogodbe, pred Upravnim sodiščem pa na odvzem koncesije po upravni odločbi. Odločitve posameznih sodišč so se, kot sem že navedla, po moji oceni nanašale na različna pravna vprašanja. Pred sodiščih splošne pristojnosti so se odvila razsojanja, ki so se nanašala na pravno vprašanje, ali je bila odpoved koncesijske pogodbe zakonita; Upravno sodišče pa je presojalo v upravni zadevi, ali obstaja krivdni razlog za odvzem koncesije po upravni odločbi po šesti alineji 18. člena ZLD. Tako je bila navedena deljena pristojnost sodišč razumljena tudi v strokovni javnosti.<sup>11</sup> Trditev večine, da je presoja Vrhovnega sodišča segala v pravnomočno odločitev Upravnega sodišča in da se je do istega pravnega vprašanja opredelilo Vrhovno sodišče, kot ga je pred tem s pravnomočno sodbo drugače opredelilo Upravno sodišče (26. točka obrazložitve), ne vzdrži. Niti iz obrazložitve niti iz izreka sodbe Upravnega sodišča ne izhaja, da bi Upravno sodišče presojalo zakonitost odpovedi koncesijske pogodbe koncedenta. O tem vprašanju Upravno sodišče sploh ni vsebinsko odločilo in zato odločba Upravnega sodišča glede zakonitosti koncesijske pogodbe ni mogla postati materialno pravnomočna. Upravno sodišče je razsojalo v okviru tožbenih navedb, uperjenih le na krivdni razlog po šesti alineji 18. člena ZLD. Odločalo je o zakonitosti upravne odločbe o odvzemu koncesije ter odločbo odpravilo in zadevo vrnilo koncedentu v ponovno odločanje (izrek odločbe št. I U 2155/2009-21). Zato presoja Upravnega sodišča ne more vplivati na presojlo zakonitosti koncesijske pogodbe v civilnem postopku.

8. Iz pravice do sodnega varstva iz 23. člena Ustave izhaja, da mora stranka imeti možnost, da spor predloži sodišču in da sodišče v tem sporu tudi meritorno odloči z zavezujočo odločitvijo, vključno z upoštevanjem pravila o pravnomočnosti, ki prepoveduje ponovno odločanje o isti stvari.<sup>12</sup> Ne spuščam se v pravilnost odločitve, ker to ni

---

<sup>10</sup> Odločba Mestne uprave Mestne občine Ljubljana, Oddelka za zdravje in socialno varstvo, št. 160/7/2010-23 z dne 29. 1. 2016.

<sup>11</sup> Glej I. Starc, Koncesijska razmerja v lekarniški dejavnosti po ZLD-1, Pravna praksa, št. 10 (2017), str. 7–10.

<sup>12</sup> Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča št. [Up-85/03](#) z dne 17. 12. 2003 in druge.

ustavnopravno vprašanje, menim pa, da je obema strankama, koncedentu in koncesionarju, bilo sodno varstvo zagotovljeno in da sta Upravno in Vrhovno sodišče upoštevali pravila pravnomočnosti pri razsojanju. Stranki koncesijskega razmerja nista bili prikrajšani za vsebinsko presojo spora. Obe sodišči, Upravno in Vrhovno, sta sodili v okviru svojih pristojnosti in upoštevali, da sta bili dolžni soditi in razlagati pravo ter meritorno odločiti o zahtevku in s tem varovati pravice strank. Vrhovno sodišče zato ni zaobšlo odločanja, ampak je zadostilo zahtevi, da v zadevi meritorno odloči, kar je bistvo 23. člena Ustave. Učinki pravnomočnosti po odločitvah Upravnega sodišča glede prenehanja koncesijske pogodbe niso nastali<sup>13</sup> in zato Vrhovno sodišče niti ni moglo poseči v pravnomočnost odločitve Upravnega sodišča ali ponovno odločati o isti stvari. Zato z razveljavitvijo sodbe Vrhovnega sodišča nisem soglašala. Iz odločbe Ustavnega sodišča je zaznati, da s svojo odločitvijo odpira vprašanje, ali po ZLD koncedent lahko koncesijsko pogodbo odpove iz nekrivdnega razloga na podlagi enostranskega akta koncedenta, kar menim, da je materialnopravno vprašanje, ki ne sodi v pristojnost Ustavnega sodišča. Če je večina v zvezi z enostransko odpovedjo koncesijske pogodbe ocenila, da bi bil lahko ZLD protiustaven, bi to vprašanje morala razreševati v okviru instituta koneksitete po drugem odstavku 59. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12) ali pa morda v okviru drugih kršitev ustavnih določb, ki jih je pritožnica navajala v ustavni pritožbi.

dr. Etelka Korpič – Horvat  
Sodnica

---

<sup>13</sup> Pravnomočnost se razteza na pravno odločitev, zapisano v izreku, ne pa na dejanske in pravne razloge (M. Pavčnik, Teorija prava 5. pregledana in dopolnjena izdaja, Ljubljana 2015, str. 360–362).