

SPREMEMBA NOSILCA LEKARNIŠKE DEJAVNOSTI: VIDIK KONCESIJSKEGA PRAVA EU, ŠE ZLASTI PO SPREJEMU NOVELE ZLD-1D

Aleksij Mužina,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, izredni profesor na MLC fakulteti Ljubljana, odvetnik specialist upravnega prava

Žiga Rejc,

magister poslovnih ved, univerzitetni diplomirani pravnik, odvetnik

1. UVOD

(Že) v letu 2020 je Ustavno sodišče opozorilo na podnormiranost in izrazito vsebinsko nedorečenost določil Zakona o lekarniški dejavnosti (ZLD-1)¹ glede ureditve koncesij na področju lekarniške dejavnosti. Ob tem je v odločbi U-I-166/17 z dne 5. novembra 2020 tudi odredilo zakonodajalcu, naj te pomanjkljivosti odpravi. Kljub temu do danes ni bil glede zadevne odreditve Ustavnega sodišča pripravljen še niti prvi delovni osnutek predloga novele ZLD-1.² Hkrati pa se s potekom časa pri čedalje več koncesionarjih s koncesijo na področju lekarniške dejavnosti iz različnih razlogov pojavljajo potrebe po menjavi nosilca lekarniške dejavnosti. Slednje je po Zakonu o zdravstveni dejavnosti (ZZDej)³ izrecno opredeljeno kot tako imenovana nebitvena sprememba v koncesijskih razmerjih. Ker pa ZLD-1 zaradi neizpolnitve dolžnosti s strani zakonodajalca, kot mu jo je naložilo Ustavno sodišče, ostaja podnormiran in

¹ Uradni list RS, št. 85/16, 77/17, 73/19 in 186/21.

² Predmetni prispevek je bil posredovan uredništvu revije dne 25. maja 2024.

³ Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13, 88/16 – ZdZPZD, 64/17, 1/19 – odl. US, 73/19, 82/20, 203/20 – ZIUPOPdve, 112/21 – ZNUPZ, 196/21 – ZDOsk, 100/22 – ZNUZSZS, 132/22 – odl. US, 141/22 – ZNUNBZ, 14/23 – odl. US in 84/23 – ZDOsk-1.

nedorečen, so se številni koncesionarji na področju lekarniške dejavnosti tako znašli v negotovi situaciji. Tudi v primerih, ko so v njihove podjeme dejansko že vključeni sodelavci, ki izpolnjujejo vse predpisane zahteve za nosilca lekarniške dejavnosti ter bi nove naloge in zadolžitve (nosilca dejavnosti) lahko dejansko takoj prevzeli, se na strani koncedentov zaradi omenjenega neodzivanja zakonodajalca pojavlja negotovost, ali lahko k spremembi nosilca lekarniške dejavnosti izdajo ustrezno soglasje.⁴

Še zlasti glede na dejstvo, da je Ustavno sodišče zakonodajalcu že leta 2020 naložilo odpravo teh pomanjkljivosti z ustrezno dopolnitvijo ZLD-1 v roku enega leta. Državni zbor je do danes ta rok Ustavnega sodišča prekoračil že za približno trikrat. V zvezi z zadevno pravno (in poslovno) stisko koncesionarjev (in koncedentov) na področju lekarniške dejavnosti, ki jo je povzročila nedopustna zakonodajalčeva pasivnost, je aktualna pravna dilema, ali je na vprašanja (ne-)dopustnosti menjave nosilca lekarniške dejavnosti z vidika prava koncesij morebiti mogoče odgovoriti na podlagi pravnih izhodišč, kot jih na področju koncesij postavlja pravni okvir prava EU. Prav temu vprašanju je namenjen ta članek.

Članek je sestavljen iz treh vsebinskih sklopov. Prvi razdelek izhaja iz pravnih rešitev nacionalnega zakona, ki ureja lekarniško dejavnost, ter iz širšega vidika zakona, ki temeljno ureja (celotno) zdravstveno dejavnost. Drugi vsebinski razdelek vsebuje identifikacijo za obravnavano vprašanje relevantnih izhodišč koncesijskega prava EU. Nato pa v posebnem razdelku sledi še vsebinska razprava in aplikacija predhodnih ugotovitev na konkretne okoliščine obravnavane problematike.

2. PРАВNA IZHODIŠČA NACIONALNEGA PRAVA

2.1. Ureditvev ZLD-1

Glede zakonodaje, ki specialno ureja področje koncesij v lekarniški dejavnosti, je treba najprej poudariti specifično določbo 39. člena ZLD-1, po katerih se koncesija lahko podeli pravnim osebam, v kateri ima nosilec lekarniške dejavnosti, ki je tudi njen poslovodja oziroma poslovodni organ, več kot 50-odstotni delež v osnovnem kapitalu te osebe. Iz teh določb lahko izhodiščno razumemo najmanj naslednje:

- nosilec lekarniške dejavnosti mora biti v primeru, če je koncesionar kapitalna družba, tudi poslovodja te družbe, ki ima koncesijo za opravljanje lekarniške dejavnosti;

⁴ Avtorja kot odvetnika v Odvetniški družbi Mužina, Žvipelj in partnerji, d.o.o., aktivno svetuje tudi več deležnikom, tudi koncesionarjem, s področja lekarniške dejavnosti.

- nosilec lekarniške dejavnosti mora biti tudi večinski lastnik v družbi imetnici koncesije.

Z drugimi besedami: na področju lekarniške dejavnosti ni mogoče spremeniti niti direktorja kapitalne družbe – imetnika koncesije niti nosilca lekarniške dejavnosti v tej družbi ne da bi ta oseba (novi direktor – in hkrati novi nosilec koncesije) pridobila tudi najmanj 50-odstotni lastniški delež v zadevni družbi – koncesionarki.

Edina (začasna, izredna) izjema so določbe četrtega odstavka 55. člena ZLD-1, po katerih lahko v primeru smrti nosilca lekarniške dejavnosti, ki ima več kot 50-odstotni delež v osnovnem kapitalu pravne osebe, ki je pridobila koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti, njegov pravni naslednik še naprej izvaja lekarniško dejavnost na podlagi koncesije, vendar najdlje pet let od njegove smrti. Če pravni naslednik ne izpolnjuje pogojev iz 13. člena tega zakona (ki urejajo pogoje za vodje lekarn), lahko imenuje vodjo lekarne, vendar največ za dve leti.

Že takoj ne smemo spregledati, da zakonodajalec za tak specifičen primer izrecno ni predvidel prenehanja koncesije, temveč je uredil njeno nadaljevanje (za določen čas, kot je bilo navedeno). Vendar pa hkrati pri predmetni problematiki ne gre za situacijo smrti dosedanjega nosilca lekarniške dejavnosti (ter posledično: večinskega lastnika in direktorja) koncesionarja, zato te določbe niso neposredno uporabljive. Temveč želi obstoječi nosilec lekarniške dejavnosti oziroma direktor oziroma večinski lastnik koncesionarja, največkrat na primer ob svojem postopnem umiku iz rednega delovnega angažmaja zaradi odhoda v pokoj ipd. urediti vse potrebno za redno nadaljevanje obstoječe koncesionirane dejavnosti – z istim strokovnim timom. Pri čemer prevzemniku nosilstva lekarniške dejavnosti zakon ne daje nobene druge izbire, kot da hkrati prevzame še večinski kapitalski delež v zadevni družbi – koncesionarki ter tudi poslovanje te družbe.

Glede tega je Ustavno sodišče v svoji odločbi U-I-166/17 z dne 5. novembra 2020 zapisalo:

»23. Iz zakonske ureditve (glej 21. točko obrazložitve te odločbe) izhaja, da je podelitev koncesije določeni pravni osebi posledica zaupanja koncedenta večinskemu lastniku te pravne osebe, ki je nosilec lekarniške dejavnosti. Koncesije se podeljujejo na podlagi javnega razpisa, s čimer se zagotavljajo enakopravna obravnava kandidatov, transparentnost postopka in izbira najustrežnejšega koncesionarja, s tem pa tudi gospodarna in učinkovita poraba javnih (lokalnih) sredstev. Trajanje koncesij je časovno omejeno. **Upošteva je navedena temeljna pravila podeljevanja koncesij bi moral zakonodajalec urediti tudi možnost prenosa večinskega deleža v osnovnem kapitalu pravne osebe s koncesijo, ki je v lasti nosilca lekarniške dejavnosti. Dolo-**

čiti bi moral, ali je takšen prenos (lahko tudi večkratno), sploh dopusten, in če je dopusten, pod kakšnimi pogoji, na primer ali je za prenos potrebno soglasje koncedenta. Določiti bi moral tudi, ali v primeru navedenega prenosa koncesijsko razmerje ostane nespremenjeno, pa čeprav je prišlo do spremembe nosilca lekarniške dejavnosti in s tem do bistvene spremembe v lastniški strukturi pravne osebe s koncesijo. Čeprav namreč v opisanem primeru ne bi prišlo do formalnega prenosa koncesije, bi z zamenjavo večinskega družbenika v koncesionarju lahko govorili o dejanskem (prikritem) prenosu koncesije. Prav tako bi moral zakonodajalec določiti, kakšna je v primerih prenosa poslovnega deleža v koncesionarju vloga koncedenta (občine), glede na to, da je občina tista, ki je v skladu s tretjim odstavkom 5. člena ZLD-1 na primarni ravni dolžna zagotavljati mrežo lekarniške dejavnosti, torej podeljevati koncesije in skrbeti za nadzor nad njihovim izvajanjem. Pri urejanju teh vprašanj bi moral zakonodajalec upoštevati tudi pravili, da se lahko koncesija podeli na podlagi javnega razpisa in da se koncesije podeljujejo za določen čas. Prenašanje večinskega deleža v osnovnem kapitalu pravne osebe (koncesionarja) in s tem prikrit prenos koncesije bi namreč omogočalo časovno neomejeno prenašanje koncesije brez javnega razpisa. Prav tako bi morali biti določeni postopkovna pravila, po katerih se prenos koncesije izvede, in vsebina novih koncesijskih odločb oziroma pogodb.

24. Na številna in kompleksna pravna vprašanja, ki so navedena v prejšnji točki te odločbe in jih v okviru posebnega režima te javne službe odpira morebiten prenos lastniškega deleža nosilca lekarniške dejavnosti, v določbah ZLD-1 ni mogoče najti odgovora na podlagi nobene ustaljene metode pravne razlage izpodbijanih zakonskih določb. Zakonodajalec bi v prehodnih določbah moral odgovoriti tudi na navedena vprašanja, saj je to nujno za vzpostavitev koherentnega pravnega režima lekarniške dejavnosti kot javne službe in učinkovitega sistema zagotavljanja lekarniških storitev na primarni ravni.« (Poudarila A. M. in Ž. R.)

Na podlagi teh ugotovitev je Ustavno sodišče zakonodajalcu naložilo, naj izpostavljene pomanjkljivosti odpravi z ustrezno dopolnitvijo ZLD-1 v roku enega leta.

2.2. Primerjalni vidik ZZDej

Ob navedenih ugotovitvah o pomanjkljivi zakonski ureditvi glede obravnavanega vprašanja v ZLD-1, na katere je opozorilo Ustavno sodišče v zgoraj citirani praksi, se najprej postavlja vprašanje, ali je pravno podlago za reševanje obravnavanega problema mogoče najti v določbah ZZDej, ki je – tako hierarhično kot tudi sicer vsebinsko – soroden ZLD-1. ZZDej v 20. členu namreč

ob določitvi, da se lekarniška dejavnost izvaja v skladu s posebnim zakonom, določa tudi, da se za vprašanja, ki v posebnem zakonu niso urejena, uporabljajo določbe ZZDej.

Glede razmerja med ZLD-1 in ZZDej pri ureditvi koncesij je treba najprej ugotoviti, da ZLD-1 vsebuje specialne določbe, ki se nanašajo na koncesije na področju lekarniške dejavnosti. To torej temeljno izključuje uporabo zadevnih določb ZZDej.⁵ Prav tako pa ni mogoče spregledati, da so rešitve ZZDej v tem delu vsebinsko bistveno drugačne od ZLD-1. Tako ZZDej na primer ne pozna niti zahteve, da mora biti nosilec zdravstvene dejavnosti večinski lastnik družbe – koncesionarke; niti ne zahteve, da mora biti nosilec zdravstvene dejavnosti direktor družbe koncesionarke, kot ju najdemo v ZLD-1. Funkcije nosilca zdravstvene dejavnosti, poslovodje in lastnika so pri družbah, ki opravljajo koncesije na področju zdravstva, po najinem razumevanju in kot izhaja tudi iz ureditve ZZDej, glede na naravo zadev tako lahko povsem ločene.

Glede na vsebinsko sorodnost obeh zakonov se tako že primerjalnopravno zdi, da take omejitve poslovanja koncesionarjev na področju lekarniške dejavnosti, kot jih pozna ZLD-1, potencialno pomenijo pretirano omejevanje poslovanja koncesionarjev. Koncesionarji lahko namreč na področju zdravstva očitno poslujejo brez teh omejitev. Še zlasti pa ne moremo spregledati okoliščine, da gre v primeru koncesionarja po ZZDej na primer pri zamenjavi nosilca zdravstvene dejavnosti po izrecni določbi ZZDej zgolj za tako imenovano nebistveno spremembo koncesijskega razmerja, kakršne koncedent po izrecni določbi zakona v trajanju koncesije lahko odobri.⁶ Podobno je torej tudi menjava nosilca lekarniške dejavnosti po svojem pomenu oziroma vsebini nebistvena sprememba; le da pri lekarniški dejavnosti ta zaradi dikcije ZLD-1 nujno pomeni tudi spremembo lastništva večinskega deleža v kapitalu družbe – koncesionarke in njenega poslovodstva.

Glede na ugotovljene razlike med ZLD-1 in ZZDej se tako postavlja tudi vprašanje (ustavno-)pravne vzdržnosti specialnih določb 39. člena ZLD-1, v katerem je določeno, da se koncesija lahko podeli (le) pravni osebi, v kateri ima nosilec lekarniške dejavnosti, ki je tudi njen poslovodja oziroma poslovodni

⁵ Takšno je, kot razumeva tudi iz zgoraj citirane prakse Ustavnega sodišča v zadevi U-I-166/17, tudi stališče Ustavnega sodišča RS.

⁶ Glej četrty in peti odstavek 44.f člena ZZDej:

»Med trajanjem koncesijskega razmerja so ob soglasju koncedenta dovoljene le nebistvene spremembe koncesijskega razmerja, ki jih koncedent odobri v obliki spremembe koncesijske odločbe. Za nebistvene spremembe koncesijskega razmerja štejejo [...] sprememba odgovornega nosilca vrste zdravstvene dejavnosti, v katero sodi program zdravstvene dejavnosti oziroma storitve specialistične bolnišnične dejavnosti, ki so predmet koncesije, če gre za spremembo, ki v postopku izbire ne bi povzročila izbire drugega ponudnika [...]«.

organ, več kot 50-odstotni delež v osnovnem kapitalu te osebe.⁷ Vendar pa imamo veljaven specialni zakon o lekarniški dejavnosti, ki take omejitve vsebuje, ter jih je zato treba obravnavati kot veljavno pravno dejstvo. Ob izhodišču, kot ga je zapisalo Ustavno sodišče, da je specialni ZLD-1 glede vprašanja možnosti prenosa večinskega deleža v osnovnem kapitalu pravne osebe s koncesijo, ki je v lastni nosilca lekarniške dejavnosti, pomanjkljiv, je treba proces pravne obravnave zadevne problematike tako nadaljevati v smeri preučitve širših, pravnih okvirov EU danega področja.⁸

3. PRAVNA IZHODIŠČA PRAVA EU

3.1. Vprašanje uporabe Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb

Nacionalni pravni red Republike Slovenije je na podlagi določb 3.a člena Ustave Republike Slovenije⁹ (tudi) na področju koncesij znatno podrejen pravilom trga in prava EU. Vendar pa hkrati obstajajo številne izjeme posameznih tipov storitev, trgov oziroma aktivnosti, na katerih pravo EU (do)pušča državam članicam še naprej lastno, avtonomno urejanje pravnih razmerij. V tem kontekstu si je treba najprej postaviti vprašanje, ali lekarniška (širše: zdravstvena) dejavnost spada temeljno na področje urejanja prava EU – ki je do nacionalnih predpisov nadrejeno po načelu supremacije – ali (le) nacionalnega prava.

Glede opredelitve pravne narave storitev (javne službe) zdravstvene dejavnosti je bilo Ustavno sodišče v svoji praksi, ki se nanaša na ZZDej, doslej nekoliko zadržano. V eni od svojih zadnjih odločb s tega področja, sprejeti v zadevi U-I-198/19 z dne 5. januarja 2023, se je v tej zvezi najprej splošno sklicevalo na svoja prejšnja abstraktna pojasnila v zadevi U-I-194/17, in sicer o tem, da lahko pojem prava EU »negospodarske storitve splošnega pomena« in nacionalnopravni pojem »negospodarske javne službe« »sobivata«, pri čemer »sploh ni nujno, da se v celoti pomensko prekrivata«. Kot je pojasnilo Ustavno sodišče, ni nedopustno, da je posamezna dejavnost po nacionalnem pravu negospodarska

⁷ Celovita obravnava vprašanja pravne vzdržnosti zahtev ZLD-1, da mora biti večinski lastnik in direktor družbe – koncesionarja tudi nosilec lekarniške dejavnosti, presega okvire in namen tega prispevka.

⁸ Pravni okvir EU je tudi za nacionalni pravni red neposredno relevanten na podlagi določb 3.a člena Ustave.

⁹ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a.

javna služba, po pravu EU pa ni negospodarska storitev splošnega pomena¹⁰ (v smislu pravnega izrazja tudi Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb). Pri tem se je nato opredelitvi glede tega vprašanja v konkretnem primeru Ustavno sodišče ognilo s pojasnili, da je zanj v konkretnem primeru relevantno že to, da morajo po sodni praksi Sodišča EU javni organi, tudi ko nameravajo podeliti koncesijo, ki ne spada na področje uporabe direktive, splošno spoštovati temeljna pravila PDEU in predvsem načelo prepovedi diskriminacije. Zato se, kot je izrecno zapisalo, Ustavno sodišče v zadevi U-I-198/19 z dne 5. januarja 2023 po lastni odločitvi ni opredeljevalo, ali za zdravstvene storitve velja Direktiva 2014/23/EU.¹¹

Hkrati je treba kot bistveno za to zadevo ugotoviti, da Ustavno sodišče takega zadržka očitno ni imelo pri odločanju v zvezi z lekarniško dejavnostjo, na katero se nanaša ta prispevek. V že omenjeni zadevi U-I-166/17 se je tako pri napotkih zakonodajalcu, v čem naj dopolni določbe ZLD-1, sklicevalo prav na določbe zadevne Direktive 2014/23/EU.¹² Stališče, da sekundarna zakonodaja EU velja za področje lekarništva, sem tudi prvi avtor tega članka sicer že pred časom zavzel v svojih strokovnih prispevkih.¹³ Še dodatno pa tako razumevanje izhaja tudi iz predhodne prakse sodnikov Ustavnega sodišča – glej na primer pritrdilno ločeno mnenje sodnika dr. Kneza, ki se mu pridružuje tudi dr. Pavčnik, sprejeto v zadevi U-I-59/18 z dne 29. septembra 2022, v katerem se – ob sklicevanju na pravno literaturo – sklicuje tudi na Direktivo 2014/23/EU ter glede tega pojasnjuje:

»Prim. Direktivo 2014/23/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb ali Sporočilo Evropske komisije (Commission interpretative communication on concessions under Community law (UL C 121, 29. 4. 2000)). Evropska komisija in direktiva se opredeljujeta do ekonomskih storitev (glej drugi odstavek 4. člena omenjene direktive). V tem ločenem mnenju pojasnjujem, zakaj se te osnovne značilnosti koncesij uporabijo tudi za direktive, ki jih enoznačno ne moremo uvrstiti pod t. i. ekonomske. Že zgoraj razlagam, da koncesionarji prevzemajo določena tveganja (finančna, ekonomska, operativna, tehnična), predvsem pa,

¹⁰ Odločba Ustavnega sodišča U-I-198/19 z dne 5. januarja 2023, str. 9.

¹¹ Odločba Ustavnega sodišča U-I-198/19 z dne 5. januarja 2023, opomba 44 na str. 27: »Zato se Ustavnemu sodišču ni treba opredeliti, ali za zdravstvene storitve velja Direktiva 2014/23/EU.«

¹² Odločba Ustavnega sodišča U-I-166/17 z dne 5. novembra 2020, opomba 32 v tč. 23 obrazložitve.

¹³ Glej na primer Aleksij Mužina in Bojan Tičar: Trajanje koncesijskih razmerij v primarni zdravstveni dejavnosti – posebej v lekarniški dejavnosti – z vidika ureditve slovenskega upravnega prava in prava Evropske unije, v: Poslovodno računovodstvo, 6 (2013) 1, str. 6–17.

da so razmerja med njimi in koncedenti v temelju bistveno različna od razmerij med javnim zavodom ali javnim podjetjem in njunimi ustanovitelji. Nič od navedenega, menim, ne moremo drugače opredeliti, ko gre za neekonomske storitve. In še, kot piše Dunne, pojem ekonomske storitve je dovolj širok, da zajema tudi neprofitne subjekte (N. Dunne, *Regulating prices in the European Union*, *Yearbook of European Law*, let. 37 (2018), str. 344–394.«¹⁴

Iz navedenega se zdi, da je bilo v domačih strokovnih krogih v preteklosti že širše zavzeto stališče, da področje koncesij v lekarniški dejavnosti spada pod uporabo pravnih pravil oziroma pravnih izhodišč Direktive 2014/23/EU.

Vendar pa se je zdaj na strani Državne revizijske komisije (DKOM) v njihovi zadevi št. 018-114/2023-19 z dne 23. novembra 2023 pojavila dilema, glede katere je DKOM kot forum v smislu določb prava EU Sodišču EU postavil naslednji vprašnji:

»1. Ali je mogoče storitev izvajanja lekarniške dejavnosti, katere bistveni predmet je izdaja zdravil za uporabo v humani medicini na recept in brez recepta uporabniku, vključno s svetovanjem uporabniku za pravilno in varno uporabo teh zdravil, opredeliti kot 'negospodarsko storitev splošnega pomena' v smislu člena 4(2) Direktive 2014/23?

2. Ali je storitev izvajanja lekarniške dejavnosti, katere bistveni predmet je izdaja zdravil za uporabo v humani medicini na recept in brez recepta uporabniku, vključno s svetovanjem uporabniku za pravilno in varno uporabo teh zdravil, šteti za socialne in druge posebne storitve v smislu člena 19 Direktive 2014/23?«¹⁵

Glede na dosedanja stališča Ustavnega sodišča in domače stroke, kot je bilo poudarjeno, in glede na vse navedeno v nadaljevanju izhajava iz predpostavke, da tudi za koncesije s področja lekarniške dejavnosti veljajo splošna pravila Direktive 2014/23/EU; z določenim pridržkom glede vprašanja, kako se bo v tej zvezi izreklo Sodišče EU.¹⁶ Hkrati je treba še dodati, da uporaba te direktive ni odvisna od vrednostnih pragov (posamezne koncesije). Tudi pod vrednostnimi pragovi za uporabo Direktive 2014/23/EU je namreč treba slediti načelu skladne interpretacije oziroma konsistentne razlage (tudi *interpretatio europeae*), kar bi v konkretnem primeru pomenilo uporabo pravil, ki temeljno

¹⁴ Pritrdilno ločeno mnenje dr. Kneza v zadevi Ustavnega sodišča U-I-59/18 dne 29. septembra 2022, opomba 6 na str. 3.

¹⁵ Zadevni sklep DKOM z obrazložitvijo obeh vprašanj je javno objavljen tudi na: <<https://www.dkom.si/sl/revizijske-zadeve/odlocitve-dkom/2024021413591146/018-114-2023-obcina-benedikt>> (2. 2. 2025).

¹⁶ Če bi sodišče EU odločilo, da lekarniška dejavnost ne spada v Direktivo 2014/23/EU, kar avtorja sicer delovno ocenjujeva za verjetno, bi bilo treba tudi argumentacijo v tem članku v luči razlage take spremembe še enkrat celovito preveriti.

izhajajo iz Direktive 2014/23/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb tudi v primeru nedoseganja mejnih vrednosti. Da poenostavimo, tudi pod pragom EU se uporabljajo tista pravila Direktive 2014/23, ki niso drugače urejena v nacionalnem pravu. Zato je brez nacionalnih posebnosti direktiva v celoti učinkujoča.¹⁷

3.2. Točka 77 preambule Direktive 2014/23/EU in sodna praksa Sodišča EU

Čeprav preambule direktiv same po sebi niso normodajne, pa so pomembne še zlasti pri teleološki, tj. namenski razlagi njihove vsebine. Direktive prava EU namreč sistemsko z uvodnimi obrazložitvami, podanimi v obliki preambule, same temeljno razlagajo svojo lastno vsebino – kot jo nato normirajo njihovi členi. V konkretnem primeru Direktive 2014/23/EU je treba pri tem posebej poudariti točko 77 njene preambule:

»V skladu z načeloma enake obravnave in transparentnosti se uspešen ponudnik ne bi smel – če je koncesija na primer odpovedana zaradi pomanjkljivega izvajanja – nadomestiti z drugim gospodarskim subjektom brez ponovnega odprtja koncesije konkurenci. **Pri uspešnem ponudniku, ki izvaja koncesijo, pa lahko – zlasti če je bila koncesija podeljena skupini gospodarskih subjektov – med izvajanjem koncesije pride do nekaterih strukturnih sprememb, kot so izključno notranje reorganizacije, prevzemi, združitve in pripojitve ali nesolventnost. Zaradi takih strukturnih sprememb ne bi smeli biti samodejno potrebni novi postopki podelitve koncesije, ki jo izvaja zadevni ponudnik.**« (Poudarila A. M. in Ž. R.)

Iz zadevne razlage namena materije koncesijske direktive prava EU tako razberemo, da je treba:

1. varovati konkurenco na trgu, zato niso dopustne situacije, ko bi prišlo do spremembe izvajalca koncesije, precej poenostavljeno, brez javnega razpisa;
2. posebej razlikovati in upoštevati posebnost situacij, ko so spremembe, ki se izvedejo v sferi koncesionarja, (le) »strukturne spremembe«, kjer direktiva primeroma našteva »izključno notranje organizacije, prevzemi, združitve, pripojitve ali insolventnost«. Torej, ko so podane določene spremembe v poslovanju koncesionarja, ki pa niso tržne v smislu pridobitve potencialne prednosti pred konkurenco z drugimi izvajalci tovrstnih storitev na trgu. V teh primerih so spremembe pri koncesionarju skladno z duhom te direktive izrecno dopustne.

¹⁷ Kot na primer izhaja iz aktualne (sicer javnonaročniške) zadeve Sodišča EU C-376/21 *Obshtina Razlog*, točke 52–55. V tej zadevi je Sodišče EU razlagalo direktivo, ne glede na to, da je znašala vrednost posla 17.000 evrov (mejni prag je tedaj znašal 209.000 evrov).

Taka pravna usmeritev se kaže tudi v praksi Sodišča EU. Sodišče EU je tako v začetku leta 2022 v zadevi C461/20¹⁸ tudi že nakazalo smer prožnosti »pri uporabi pravil, da bi se vzpostavil pragmatičen pristop za vse izredne položaje«,¹⁹ ko je presodilo, da v zadevnem primeru celo sploh ni potrebno univerzalno pravno nasledstvo, temveč je Direktivo 2014/24/EU (po mnenju avtorjev tukaj razlik s koncesijsko direktivo ne sme biti) treba razlagati tako, da je treba za gospodarski subjekt, ki je po začetku stečajnega postopka prvotnega izvajalca, ki je privedel do likvidacije tega izvajalca, prevzel le pravice in obveznosti zadnje navedenega, ki izhajajo iz okvirnega sporazuma, sklenjenega z naročnikom, šteti, kot da je tega prvotnega izvajalca delno nasledil po prestrukturiranju podjetja v smislu te določbe. Zato prestrukturiranja ni mogoče razumeti zunaj njegovega vsakdanjega pomena, zlasti upošteva, da si jezikovne različice direktive medsebojno niso enotne. Kot je bilo pojasnjeno, je zato ustrezna funkcionalna (in ne formalna) razlaga, zato čeprav (v nekem primeru) ne gre za nasledstvo, gre (lahko) za prestrukturiranje, na kar z izrazom »sprememb [...] izključno notranje reorganizacije« napotuje tudi točka 77 preambule Direktive 2014/23/EU.²⁰

2. RAZPRAVA

V zvezi s predmetno problematiko smo bili seznanjeni tudi s stališčem Lekarniške zbornice Slovenije, iz katerega izhaja stališče, da so spremembe v lastniški strukturi družb – koncesionark na področju lekarniške dejavnosti praviloma dopustne.²¹ Taka pravna ocena pa je po najinem razumevanju vendarle preširoka ter zato zadevnemu mnenju Lekarniške zbornice ni mogoče povsem slediti. Iz konteksta pravnega okvira ureditev koncesij prava EU (Direktiva 2014/23/EU in sodba Sodišča EU C-461/20), kot sva zgoraj predstavila, namreč izhaja, da je treba glede na naravo sprememb znotraj koncesionarja razlikovati med dvema situacijama:

- spremembe, ki so povsem tržne; take spremembe v primerih, če bi vplivale na konkurenco na trgu, praviloma zahtevajo »ponovno odprtje koncesije konkurenci« – torej so nasprotne pravnim izhodiščem prava koncesij;
- spremembe, pri katerih gre le za notranje prestrukturiranje, izključno notranjo reorganizacijo na strani koncesionarja; te torej nimajo neposredne

¹⁸ Sodba Sodišča EU v zadevi C461/20 *Advania Sverige in Kammarkkollegiet*.

¹⁹ Prav tam, tč. 37.

²⁰ Na vprašanje udeleženca Spomladanskega velikega kongresa javnega naročanja sem prvi avtor tega prispevka v okviru teme Sprememba cen v pogodbah o izvedbi javnih naročil dne 17. aprila 2023 v Portorožu že podal stališče, da je treba enako kot spremembe na strani izvajalca obravnavati – torej kot dopustno – tudi spremembe na strani naročnika (koncedenta).

²¹ Dokument Lekarniške zbornice Slovenije, št. 701-3/2024-77 z dne 29. marca 2024.

(zunanje) tržne konotacije, temveč gre temeljno le za notranjo poslovno (in zato pravno) reorganizacijo oziroma prestrukturiranje; (zgolj) take spremembe v poslovanju (lastništvu) koncesionarja so tiste, ki se lahko skladno z izhodišči prava EU dopustno izvedejo med izvajanjem koncesije aktualnega koncesionarja.

Meniva, da v tem kontekstu ni mogoče spregledati predvsem naslednjih pravnih in dejanskih okoliščin konkretnih življenjskih primerov, ki se v praksi pojavljajo, še zlasti glede naslednjih vprašanj oziroma okoliščin – če so v posamezni zadevi podane:

- pri menjavi nosilca dejavnosti in/ali direktorja sami po sebi gre po vsebini temeljno, tj. praviloma, po naravi zadev zgolj za vprašanje notranjih poslovnih procesov pri koncesionarju. Tudi ZZDej (pri katerem sprememba nosilca zdravstvene dejavnosti ni v ničemer vezana na spremembo lastništva oziroma direktorskega položaja v podjetju) spremembo nosilca zdravstvene dejavnosti izrecno opredeljuje kot tako imenovano nebitveno spremembo koncesijskega razmerja, ki jo koncedent skladno z izrecno zakonsko določbo tistega zakona lahko odobri;
- predvideni novi nosilec lekarniške dejavnosti v podjetju – koncesionarju je v tem podjetju v več primerih, kot so nama znani, že zdaj (že dalj časa) zaposlen. To še dodatno izkazuje, da gre po vsebini pri njegovemu predvidenem prevzemu nove vloge v poslovanju koncesionarja temeljno zgolj za spremembo interne narave znotraj poslovnih procesov družbe;
- zaradi izrecnih zahtev ZLD-1 – ki jih ne pozna niti sorodni ZZDej –, da je menjava nosilca lekarniške dejavnosti nujno povezana tudi z njegovim imenovanjem na mesto direktorja družbe – koncesionarko ter njegovim lastniškim prevzom več kot 50 odstotkov kapitala te družbe, objektivno ni mogoče izvesti prestrukturiranja notranjih procesov imenovanja novega nosilca dejavnosti brez spremembe vodstva in lastniške strukture. Zgolj menjave nosilca dejavnosti po ZLD-1 pri družbah – koncesionarkah, kot razumeva, praviloma sploh ni mogoče izvesti;
- še toliko bolj gre, kot razumeva iz prakse, v več takih primerih pri predvidenem novem izvajalcu lekarniške dejavnosti (in tako poslovodji in večinskega lastniku) tudi sicer za družinskega člana obstoječega lastnika podjetja – koncesionarja – kar po najinem mnenju v teh primerih zgolj še dodatno potrjuje dejstvo netržnosti predvidenih sprememb.

Glede na vse navedeno meniva, da je ob podanih konkretnih okoliščinah, kot je nakazano v prejšnjem odstavku, pri predvideni zamenjavi nosilca lekarniške dejavnosti – ki je glede na (sicer pravno potencialne nevzdržne) omejitve iz ZLD-1 glede vezanosti statusa nosilca lekarniške dejavnosti na njegovo večin-

sko lastništvo in direktorski položaj v družbi koncesionarki (ki je sicer niti sorodna ureditev koncesij na področju zdravstva ne pozna) v danih nacionalnih pravnih okvirih ni mogoče izvesti drugače, kot da novi nosilec lekarniške dejavnosti prevzame tudi večinsko lastništvo in poslovodstvo družbe koncesionarke – lahko podana situacija »sprememb [...] izključno notranje reorganizacije«, kot jih opredeljuje tudi točka 77 preambule Direktive 2014/23/EU.

Gledano še iz drugega vidika: če je v primeru koncesionarjev na področju zdravstvene dejavnosti (po ZZDej), za katero je v primerjavi z lekarniško dejavnostjo manj verjetno, da se zanjo uporabljajo splošna izhodišča Direktive 2014/23/EU – tudi po pojasnilih Ustavnega sodišča, kot je zgoraj citirano, treba splošno spoštovati temeljna pravila PDEU; in če pri koncesionarjih po ZZDej ni nobenega dvoma, da je menjava nosilca zdravstvene dejavnosti izrecno dopustna kot tako imenovana nebitvena sprememba koncesije (ter se zanjo ne zahteva nobena menjava niti v poslovodstvu družbe – koncesionarke niti v lastništvu njenega kapitala) – potem mora biti *a fortiori* taka sprememba dopustna tudi pri lekarniških koncesijah (oziroma so nacionalne zahteve po vezanosti menjave nosilca lekarniške dejavnosti in poslovodstva ter lastništva kapitala družbe pravno zelo verjetno tudi sicer nevzdržne).

Hkrati dodajava, da je – gledano z vidika obravnavanega pravnega vprašanja – položaj v bistvenem identičen ne glede na aktualno obliko podjema oziroma podjetja posameznega koncesionarja na področju lekarniške dejavnosti. Torej tudi na primer v primeru koncesionarjev zasebnikov. Tudi Ustavno sodišče je za sorodno področje zdravstvene dejavnosti, del katerega je po svoji naravi tudi lekarniška dejavnost – ob popolni odsotnosti zakonskih določb v ZZDej, ki bi se kakorkoli opredeljevale do vprašanja dopustnosti statusnega preoblikovanja (podjetja oziroma podjema) koncesionarja: drugače kot ZLD-1, ki je njegovo izvedbo izrecno predvidel²² – že pred časom splošno pojasnilo, da je treba statusno preoblikovanje zasebnikov dopustiti ob smiselni uporabi pravil preoblikovanja samostojnih podjetnikov po Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1)²³. V svoji odločbi U-I-194/17-21 z dne 15. novembra 2018 je namreč zavzelo stališče, da (tudi) ZZDej ne vsebuje nobene prepovedi, ki bi omejevala prenose koncesij, do katerih pride *ex lege* v okviru materialnih preoblikovanj, med katere spada tudi prenos podjetja podjetnika²⁴ – kar ob analogiji, ki jo izrecno priznava tudi Ustavno sodišče v tej svoji odločbi, enako velja tudi

²² Pri tem 121. členu ZLD-1, kot je bilo že poudarjeno, Ustavno sodišče v zadevi U-I-166/17 (iz drugih razlogov) sicer očita vsebinsko podnormiranost.

²³ Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17, 22/19 – ZPosS, 158/20 – ZIntPK-C, 18/21, 18/23 – ZDU-IO in 75/23.

²⁴ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-194/17-21 z dne 15. novembra 2018, točka B. – V., str. 23 in nasl. obrazložitve.

za zasebnika.²⁵ S citirano prakso Ustavnega sodišča pa je po najinem vedenju skladna tudi sodna praksa pristojnih upravnih sodišč, ki obravnava predmetno vprašanje.²⁶

3. SKLEP

Nacionalno pravo, temeljno ZLD-1, ne odgovarja neposredno na postavljeno vprašanje, ali je menjava nosilca lekarniške dejavnosti v družbi koncesionarji – ki glede na aktualno ureditev ZLD-1 nujno vključuje tudi, da ta prevzame posloводство družbe – koncesionarja in večinski delež v njenem kapitalu – dopustna z vidika ureditve koncesije na področju lekarniške dejavnosti, ki jo zadevna družba izvaja. Na te pomanjkljivost nacionalne pravne ureditve je posebej opozorilo tudi Ustavno sodišče v svoji odločbi U-I-166/17 z dne 5. novembra 2020.

Vendar ob predpostavki, iz katere izhajamo, da področje lekarniške dejavnosti spada pod ureditev določb Direktive 2014/23/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb (glede česar so sicer stališča sodišč oziroma organov oziroma pravne literature tudi deljena) na ravni *acquis communautaire*, ki skladno z načelom supremacije na podlagi 3.a člena Ustave velja tudi v Republiki Sloveniji, zasledimo pravna stališča in usmeritve, ki jih lahko apliciramo tudi na konkretne dejanske okoliščine danega primera. Iz obrazložitvenih določb preambule Direktive 2014/23/EU (točka 77) in sodbe Sodišča EU C-461/20, ki tudi obravnava zadevno vprašanje, izhaja, da je treba glede na naravo sprememb znotraj koncesionarja razlikovati med dvema situacijama:

- spremembe, ki so povsem tržne. Če bi take spremembe vplivale na konkurenco na trgu, praviloma zahtevajo »ponovno odprtje koncesije konkurenci«; ter jih torej znotraj izvajanja obstoječe koncesije ni mogoče dopustiti;
- spremembe, pri katerih gre le za notranje prestrukturiranje, izključno notranjo reorganizacijo na strani koncesionarja, in torej nimajo neposredne (zunanje) tržne konotacije, temveč gre temeljno le za notranjo poslovno (in tako pravno) reorganizacijo oziroma prestrukturiranje.

Glede na podano pravno izhodišče meniva, da je sprememba nosilca lekarniške dejavnosti pri lekarni – koncesionarju z vidika prava koncesij EU lahko dopustna, in sicer ob pogoju, če se (tudi) glede na konkretne okoliščine posameznega primera ugotovi, da gre za situacijo »**sprememb** [...] izključno notranje reorganizacije«, kot jih opredeljuje tudi točka 77 preambule Direktive 2014/23/EU – ob presoji tudi v članku izpostavljenih specifičnih pravnih

²⁵ Prav tam, opomba 69, str. 25.

²⁶ Glej na primer sodbo Upravnega sodišča RS IV U 31/2020 z dne 3. julija 2020.

okolščin, kot jih specialno vzpostavlja nacionalni ZLD-1 (tj. da spremembe nosilca lekarniške dejavnosti v danih nacionalnih pravnih okvirih ni mogoče izvesti drugače, kot da novi nosilec lekarniške dejavnosti prevzame tudi večinsko lastništvo in poslovodstvo družbe koncesionarke), ter konkretnih okoliščin posameznega primera (pri čemer je s tega vidika še zlasti relevantno na primer, ali je bil predlagani nosilec dejavnosti prej **že vključen v notranje** procese koncesionarja; ter z vidika netržnosti, morebitne družinske ipd. povezanosti med deležniki, zaradi katere posledična menjava lastniških položajev očitno nima zunanjega tržnega vpliva).

Vsekakor pa sva že večkrat poudarila tudi temeljno razliko med (vsebinsko sorodnima) ZZDej in ZLD-1, ki je z vidika koncesionarjev predvsem tudi v tem, da so po ZZDej položaji nosilca dejavnosti (strokovni vidik vsebine izvajanja javne službe), poslovodje koncesionarja in lastništvo koncesionarja lahko (enako, kot to tudi splošno velja) medsebojno ločeni in jih zapolnjuje več različnih subjektov. ZLD-1 pa, obratno, zahteva, da je nosilec lekarniške dejavnosti hkrati tudi nujno večinski lastnik družbe – koncesionarja in njen poslovodja. Na prvi pogled za tako diferenciranje ne vidiva prepričljivih vsebinskih razlogov. Zato bo treba za prihodnje raziskovanje in razpravo glede obravnavane problematike tudi v širšem kontekstu pravne ureditve zadevnih koncesij pomembno obravnavati predvsem tudi vprašanje (ustavno)pravne vzdržnosti specialnih določb 39. člena ZLD-1, ki določajo, da se koncesija lahko podeli (le) pravni osebi, v kateri ima nosilec lekarniške dejavnosti, ki je tudi njen poslovodja oziroma poslovodni organ, več kot 50-odstotni delež v osnovnem kapitalu te osebe.

* * *

V času med oddajo tega prispevka in njegovo objavo je bil po nujnem postopku pripravljen predlog novele ZLD-1D²⁷ ter tudi sprejeta novela ZLD-1D, ki je (v pretežnem delu) začela veljati konec decembra 2024.²⁸ Zadevna novela med drugim v 39. členu ZLD-1 dodaja novi peti, šesti in sedmi odstavek, ki se glasijo:

»(5) Nosilec lekarniške dejavnosti mora imeti ves čas trajanja koncesije, ki je bila podeljena pravni osebi, več kot 50 % delež v osnovnem kapitalu te pravne osebe in biti njen poslovodja oziroma poslovodni organ.

(6) Koncesija ni predmet dedovanja, prodaje, prenosa ali druge oblike pravnega prometa. Pravni posel v nasprotju s prejšnjim stavkom je ničen.

(7) Prejšnji odstavek se ne uporablja za primere iz četrtega odstavka 55. člena tega zakona.«

²⁷ Predlog 2024-2711-0050.

²⁸ Uradni list RS, št. 112/24.

Besedilo 56. člena ZLD-1 pa se z novelo spreminja tako, da se glasi:

»Koncedent z odločbo odvzame koncesijo zaradi kršitve koncesionarja, če: [...] nosilec lekarniške dejavnosti ne izpolnjuje več pogojev iz petega odstavka 39. člena tega zakona.«

Glede na to je mogoče razumeti, da je novela ZLD-1D zdaj *de facto* prinesla popolno prepoved menjave nosilca lekarniške dejavnosti (oziroma imetnika večinskega lastniškega deleža v kapitalu družbe) pri koncesionarjih na zadevnem področju. Tako lahko ugotovimo najmanj naslednje:

1. da so bili koncesijsko pravo EU oziroma njegovi vidiki, kot so poudarjeni v članku, pri določanju take omejitve preprosto povsem spregledani. Zakaj zakon zdaj koncesionarjem (praviloma) ne dopušča več niti tistih sprememb nosilcev lekarniške dejavnosti, ki imajo naravo »sprememb izključno notranje organizacije«, predlagatelj tako (tudi) ni z ničemer vsebinsko pojasnil;
2. tak aksiomatičen pristop je notranje nasproten nekaterim drugim določbam veljavnega zakona, na primer četrtega odstavka 55. člena ZLD-1, ki na primer ob smrti nosilca lekarniške dejavnosti (ki mora biti iz vsebinsko nepojasnjene razloga (le) pri lekarniških koncesijah tudi večinski lastnik in poslovodja koncesionarja) vendarle omogočajo še do petletno izvajanje koncesije;
3. pri koncesijah, ki se nanašajo na izvajanje bistveno podobnih oziroma vsebinsko sorodnih storitev, na primer pri zdravstvenih storitvah, ni takih omejitev – kot sva v članku že predstavila;
4. navsezadnje pa ne smemo spregledati, da iz predloga novele ZLD-1D izhaja naracija predlagatelja, da naj bi Ustavno sodišče dalo v svoji odločbi v zadevi U-I-166/17 z dne 5. novembra 2020 zakonodajalcu »navodilo« za tako spremembo. Tudi to iz odločbe Ustavnega sodišča ne izhaja.

Glede na vse to meniva, da je zadevna onemogočitev menjave nosilca lekarniške dejavnosti oziroma imetnika večinskega lastniškega deleža v kapitalu družbe koncesionarjem po ZLD-1D posledica zmotne oziroma umanjkanja potrebne strokovne razprave glede zadevnih vprašanj. Tako se zdi, da je šlo pri hitrem sprejemanju sprememb zakona temeljno predvsem za politično-aktivistični pristop, ki je (najmanj v obravnavanem delu) arbitraren ter kot tak po najinem prepričanju neskladen tudi s temeljnim ustavnim načelom pravne države oziroma iz njega izpeljanih ustavnih načel.

Najmanj iz prej poudarjenih vidikov obravnavana pravna problematika tudi po noveli ZLD-1D tako ne samo še naprej ostaja, temveč je še toliko bolj aktualna.