



MNENJE

O NEKATERIH VPRAŠANJIH V ZVEZI Z DISTRIBUCIJO ZEMELJSKEGA PLINA, ZVEZANIH S PREDLOGOM NOVEGA ENERGETSKEGA ZAKONA - EZ-2

Naročnik: GOSPODARSKO INTERESNO ZDRUŽENJE ZA
DISTRIBUCIJO ZEMELJSKEGA PLINA, g.i.z.
Verovškova ulica 62
1000 Ljubljana

Izvajalec: Inštitut za javno upravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani
Poljanski nasip 2
1000 Ljubljana

Avtorja mnenja: dr. Rajko Pirnat, redni profesor na
Pravni fakulteti v Ljubljani in direktor IJU

Ljubljana, 29.3.2024

KAZALO

1	Uvod	4
2	Ustavna skladnost določb o podaljšanju koncesij in skladnost teh določb z Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb ter ZNKP	11
2.1	Skladnost z Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP	12
2.1.1	Ali spadajo predmetne koncesije v okvir uporabe ZNKP in Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb?	12
2.1.2	Kakšno je razmerje direktive in ZNKP do posebne ureditve v Predlogu EZ-2?	13
2.1.3	Pogoji za dopustno spremembo koncesijske pogodbe v direktivi in ZNKP	15
2.1.4	Kako bi torej bilo mogoče skupaj uporabljati direktivo in ZNKP ter EZ-2, ko bo sprejet?	18
2.2	Pomen in vpliv odločitve Ustavnega sodišča U-I-198/19 na podaljšanje koncesij, ki jih ureja deveti odstavek 22. člena Predloga EZ-2	19
2.2.1	Kratka predstavitev relevantnega dela Odločbe US	19
2.2.2	Vpliv in pomen Odločbe US za razlago devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2	22
3	Analiza desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 o smiselni uporabi pravil o podaljšanju koncesij tudi za javna podjetja, ki izvajajo distribucijo plina	24
3.1	Problematika razlage in uporabe določbe desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2	24
3.2	Uporaba uveljavljenih metod razlage pravnih besedil na določbo desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 o javnih podjetjih	25
4	Končna ocena ustavne skladnosti celotne ureditve omejevanja koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega sistema	28
4.1	Dejanski učinki obravnavane ureditve omejevanja koncesij za dejavnost distribucijskega operaterja	28
4.2	Nesorazmerno poseganje v ustavne pravice	32

4.2.1	Splošno o načelu sorazmernosti pri poseganju v ustavne pravice pravnih ali fizičnih oseb	32
4.2.2	Identifikacija posegov v ustavne pravice z omejitvijo podeljevanja in podaljševanja koncesij iz 22. člena Predloga EZ-2	34
4.2.3	Ali obstoji legitimen cilj za te posege?	36
4.2.4	Ali je ureditev primerna?	37
4.2.5	Ali je obravnavana ureditev nujna?	39
4.2.6	Ali obravnavana ureditev izpolnjuje kriterij sorazmernosti v ožjem pomenu?	40
4.2.7	Sklepno o sorazmernosti zakonske ureditve omejitve podeljevanja in podaljševanja koncesij iz 22. člena Predloga EZ-2	42
4.3	Kršitev načela enakosti pred zakonom	42
4.3.1	Splošno o načelu enakosti pred zakonom	42
4.3.2	Kršitve načela enakosti v obravnavanem primeru	44
5	Sklepne ugotovitve	45

1 Uvod

Naročnik nam je naročil izdelavo pravnega mnenja o nekaterih pravnih vprašanjih osmega, devetega in desetega odstavka 22. člena Predloga Energetskega zakona, ki ga je Vlada Republike Slovenije predložila Državnemu zboru v obravnavo dne 8.12.2023 (EPA 1223-IX) (v nadaljnjem besedilu: predlog zakona ali Predlog EZ-2) in njihove skladnosti z Ustavo Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: Ustava). Določbe teh odstavkov se nanašajo na dejavnost distribucije plina. Predlog zakona sicer ne definira pojma »plin«, zato je po našem mnenju treba upoštevati definicijo te besede, ki jo določa Zakon o oskrbi s plini (Uradni list RS, št. 204/21, 29/22 - ZUOPVCE, 121/22; v nadaljnjem besedilu: ZOP). Po tej definiciji je »plin« skupni izraz za pline, ki se prenašajo po sistemu in lahko tvorijo zmes plinov obnovljivega in fosilnega izvora, katere pretežni delež je metan. Predlog EZ-2 uporablja tudi izraz »plin obnovljivega izvora«, ki pa ga tudi ne definira. Sklepiti je mogoče, da je to plin, ki je pridobljen iz obnovljivih virov energije, kot so opredeljeni v 8. točki prvega odstavka 4. člena Predloga EZ-2.

Zaradi nadaljnje podrobne obravnave določbe osmega, devetega in desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 navajamo v celoti:

»(8) Podeljevanje novih koncesij za zgraditev in upravljanje omrežja za distribucijo plina lokalnim skupnostim je dovoljeno, če je omrežje načrtovano v LEK in ima dokazila o načrtovanem priključevanju proizvodnih virov plina obnovljivega izvora za vsaj 80 % načrtovane rabe.

(9) Koncesije za upravljanje in širitev plinovodnega omrežja za distribucijo plina se lahko za določeno obdobje podaljšajo v naslednjih primerih:

- če je na plinovodno omrežje priključen proizvodni vir plina obnovljivega izvora ali če ima koncesionar plinovodnega omrežja dokazila o načrtovanem priključevanju tega na omrežje podeljene ali predvidene koncesije, in sicer največ za obdobje sedmih let;*
- če so na območju podeljene koncesije odjemalci z letno porabo več kot 100.000 kWh, ki uporabljajo plin pri proizvodnji izdelkov ali opravljanju storitev in nimajo*

možnosti oskrbe z alternativnim virom energije oziroma bi bila taka oskrba nesorazmerno dražja, in sicer največ za obdobje petih let;

– če distribucijski sistem oskrbuje več kot 5 % gospodinjskih odjemalcev v primerjavi z največjim številom gospodinjskih odjemalcev od začetka izvajanja dejavnosti distribucije plina, in sicer največ za obdobje petih let.

(10) Za javna podjetja, ki izvajajo izbirno gospodarsko javno službo distribucije plina, se smiselno uporabljajo določbe prejšnjega odstavka.«

Glede teh določb Predlog EZ-2 ne vsebuje nobenih prehodnih določb, tako da začnejo veljati takoj po uveljavitvi zakona, torej petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije.

Če vsebinsko povzamemo navedene določbe, predlog zakona:

- v osmem odstavku 22. člena ureja podeljevanje novih koncesij;
- v devetem odstavku 22. člena ureja možnost podaljšanja obstoječih koncesij in
- v desetem odstavku 22. člena določa smiselno uporabo pravil o podaljšanju koncesij tudi za javna podjetja, ki izvajajo distribucijo plina.

Preden se vsebinsko lotimo obravnave pravnih aspektov teh določb, je treba omeniti problem uporabe izrazov v zvezi s koncesijo in poimenovanjem javne službe. Osmi odstavek 22. člena govori o »koncesijah za zgraditev in upravljanje omrežja za distribucijo plina«, deveti odstavek o »koncesijah za upravljanje in širitev plinovodnega omrežja za distribucijo plina«, medtem ko govori deseti odstavek o »izbirni gospodarski javni službi distribucije plina«. Vprašanje je, ali se izraza v osmem in devetem odstavku nanašata na isto vrsto koncesij in ali se deseti odstavek nanaša na isto dejavnost, ki je predmet koncesije iz devetega odstavka, na katerega se sklicuje.

ZOP v 58. členu ureja le eno dejavnost v zvezi z distribucijo plina, in sicer »dejavnost operaterja distribucijskega sistema«, katero določa kot izbirno lokalno gospodarsko javno službo. V okviru dejavnosti, ki sestavljajo to javno službo ZOP ne omenja niti zgraditve niti upravljanja omrežja oziroma plinovodnega omrežja, pa tudi ne njegovo širitev. Sicer je vsebinsko mogoče razumeti, da »varno, zanesljivo in učinkovito

obratovanje in vzdrževanje distribucijskega sistema« iz 2. točke drugega odstavka 58. člena ZOP predstavlja tisto, kar ima predlagatelj EZ-2 v mislih z upravljanjem omrežja, razvoj distribucijskega sistema iz 3. točke tega odstavka pa tisto, kar predlagatelj EZ-2 imenuje »širitev« in »izgradnja«. Vendar pa to ni povsem nedvoumno, posebej še, ker so v treh medsebojno povezanih odstavkih uporabljeni trije različni izrazi. Čeprav bi nedvomno bilo želeli, da bi predlagatelj EZ-2 uporabljal dosledno pravno terminologijo, pa v nadaljevanju izhajamo iz predpostavke, da je z različnimi izrazi za koncesijo v dveh od treh obravnavanih odstavkov, torej osmem in devetem odstavku 22. člena Predloga EZ-2, mišljena ista vrsta koncesije – koncesija za izvajanje gospodarske javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema iz 58. člena ZOP (izraz »koncesija« zato v nadaljevanju uporabljamo za tovrstno koncesijo, razen če iz konteksta ne izhaja, da je mišljena koncesija na splošno). Izhajamo tudi iz mnenja, da se izraz »izbirna gospodarska javna služba distribucije plina« v desetem odstavku 22. člena Predloga EZ-2 prav tako nanaša na isto gospodarsko javno službo, torej dejavnost operaterja distribucijskega sistema, ki sicer obsega več od distribucije plina¹. Kljub temu opozarjamo, da je na ravni uporabe jezikovne metode razlage že ta raba različnih izrazov precejšen problem.

Obravnavani trije odstavki 22. člena Predloga EZ-2 so medsebojno povezani in predstavljajo v tej medsebojni povezavi precejšnje omejevanje po eni strani pravice do svobodne gospodarske dejavnosti, ki jo izvajajo operaterji distribucijskega sistema, četudi je določena kot gospodarska javna služba (več o tem v nadaljevanju), na drugi strani pa tudi omejevanje pravice občine, da na svojem območju organizira izbirno gospodarsko javno službo dejavnost operaterja distribucijskega sistema (v nadaljevanju uporabljamo tudi poenostavljeno – »dejavnost distribucijskega operaterja« ali, kjer je zaradi gladkega tega besedila potrebno samo »distribucija«). Pri tem pa ni mogoče niti zanemariti posega v pravice posameznih odjemalcev, ki jim bo onemogočena uporaba plina za ogrevanje, kljub temu, da so ga uporabljali daljši čas in investirali v ogrevalni sistem, ki deluje na plin.

Intenzivnost tega posega pa je odvisna od tega, v kolikšni meri obravnavani trije odstavki dejansko onemogočajo izvajanje gospodarske javne službe dejavnost

¹ Distribucija plina je namreč po 58. členu ZOP le ena od sestavin gospodarske javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema.

distribucijskega operaterja in s tem distribucijo plina do odjemalcev. Najprej je treba poudariti, da izhajamo iz stališča, da je v sedanjih okoliščinah dosegljivosti količin plina obnovljivega izvora v Sloveniji, in te okoliščine bodo verjetno trajale še kar precej let, praktično nemogoče doseči delež plinov obnovljivega izvora 80% za novo načrtovano omrežje². To pa ne pomeni, da v določenem obdobju ne bi bilo to možno v plinovodnem omrežju zemeljski plin popolnoma nadomestiti s plini iz obnovljivih virov (vso to ustrezno okolje še mnogo več je bilo za proizvodnjo električne energije iz OVE vzpostavljeno že pred mnogimi leti. Kljub temu pa smo potrebovali na primeru sončne energije 20 let, da smo dosegli neke opazne rezultate, na plinu pa se zahteva praktično čez noč.

Dejanski učinek osmega odstavka 22. člena predloga EZ-2 torej bo, da takoj po uveljavitvi predlaganega EZ-2 ne bo več mogoče podeljevati novih koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega omrežja plina, saj Predlog EZ-2 ne vsebuje nobene prehodne določbe glede tega odstavka, ki ureja omejitve podeljevanja novih koncesij.

Očitno je predlagatelj EZ-2 mnenja, da je to opustitev prehodnega obdobja saniral z devetim odstavkom 22. člena, ki ureja možnost podaljševanja koncesij. V resnici je posamezne možnosti v treh alinejah tega člena oblikoval tako, da je možno izpolniti pogoje za podaljšanje, torej da bi obstoječi operaterji lahko izpolnili te pogoje in dosegli (seveda v soglasju z občino – koncedentom) njihovo podaljšanje za čas od pet do sedem let (odvisno od tega, na podlagi katere alineje bi bilo mogoče doseči podaljšanje). Vendar že na tem mestu opozarjamo, da so te možnosti podaljšanja zelo majhne, saj zakonodajalec ni upošteval določb Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL L št. 94 z dne 28. 3. 2014, str. 1), zadnjič spremenjeno z Delegirano uredbo Komisije (EU) 2023/2497 z dne 15. novembra 2023 o spremembi Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta glede mejnih vrednosti za koncesije (UL L, št

² Pri tem sledimo navedbam naročnika tega mnenja (GIZ DZP), ki nedvomno dovolj pozna plinsko dejavnost za tako trditev. Poglavitni razlog je v tem, da za proizvodnjo obnovljivih plinov v Sloveniji ni vzpostavljenega ustreznega okolja, ker :

- ni vzpostavljenega sistema za izdajanje potrdil o izvoru,
- ni vzpostavljenega sistema za izdajanje deklaracij o proizvodnih napravah,
- ni vzpostavljenega ustreznega spodbujevalnega okolja za proizvodnjo plinov obnovljivega izvora.

2023/2497, 16.11.2023; str. 1), (v nadaljnjem besedilu: Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb). Predlagatelj zakona tudi ni upošteval odločbe Ustavnega sodišča RS št. U-I-198/19 z dne 5. 1. 2023, s katero je Ustavno sodišče med drugim tudi ugotovilo neustavnost določb o podaljšanju koncesij za zdravstveno dejavnost. Kot je podrobneje obravnavano v nadaljevanju ta dva pravna akta zelo omejujeta možnost podaljševanja koncesij za izvajanje dejavnosti operaterja distribucijskega omrežja, kar v praksi pomeni, da bo le izjemoma mogoče podaljšati katero od koncesij, v veliki večini pa podaljšanja ne bodo pravno mogoča.

Končni rezultat uveljavitve Predloga EZ-2 glede koncesij bo torej, da se bodo nadaljevale le koncesije, katerih rok trajanja do uveljavitve zakona še ne bo potekel³. Po poteku tega roka pa jih ne bo mogoče podaljšati, ne glede na določbe devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2, razen v izjemnih primerih, ki so podrobneje obravnavani v nadaljevanju. V dejanski izvedbi to pomeni, da kmalu po uveljavitvi Predloga EZ-2, če bo seveda uveljavljen s predlaganima osmim in devetim odstavkom 22. člena, v občinah, kjer so podeljene koncesije za dejavnosti distribucijskega operaterja, te javne službe ne bo več mogoče izvajati in plin ne bo več distribuiran.

To nas pripelje do desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2, ki ureja možnost izvajanja te dejavnosti z občinskim javnim podjetjem. Ta odstavek je izjemno nejasen in v nadaljevanju ga pravno analiziramo ter se opredelimo do njegove skladnosti z Ustavo. Kot pa izhaja nadaljnega beseda tega mnenja, nejasnost teh določb sicer omogoča občinam določene možnosti nadaljevanja izvajanja javne službe dejavnost distribucijskega operaterja v obliki javnega podjetja, vendar jim bo to v vsakem primeru pomenilo hudo finančno breme. Tudi te okoliščine bo potrebno upoštevati pri oceni ustavne dopustnosti skoraj popolnega onemogočanja koncesij, ki ga predvidevata v medsebojni povezavi osmi in deveti odstavek 22. člena Predloga EZ-2.

V nadaljevanju tako obravnavamo pravno problematiko navedenih treh členov Predloga EZ-2 v naslednjih korakih:

³ Kot razumemo, bo večini koncesij rok potekel relativno kmalu.

- najprej obravnavamo vprašanja skladnosti določb devetega odstavka o podaljšanju koncesij z Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb in Zakonom o nekaterih koncesijskih pogodbah (Uradni list RS, št. 9/19, 121/21 - ZJN-3B, 50/23; v nadaljnjem besedilu: ZNKP), ki prenaša v slovenski pravni red to direktivo;
- nato obravnavamo ustavno skladnost določb o podaljšanju koncesij v luči omenjene odločbe Ustavnega sodišča U-I-198/19 in se opredelimo do vprašanja, ali sploh, in če, pod kakšnimi pogoji je dopustno podaljševanje predmetnih koncesij;
- v nadaljevanju obravnavamo vprašanje razlage desetega odstavka 22. člena EZ-2, ki ureja nekaj v zvezi z izvajanjem javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema v obliki javnega podjetja, skupaj z vprašanji ustavne skladnosti te določbe;
- na koncu pa v luči teh ugotovitev obravnavamo ustavno skladnost osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 v njuni medsebojni povezavi, in sicer z gledišča nesorazmernosti posega v ustavne pravice posameznikov in pravnih oseb ter kršitve načela enakosti pred zakonom.

To mnenje je izdelano na podlagi zgoraj navedenega Predloga EZ-2 in obravnava zgolj vprašanja, ki jih je postavil naročnik. Ne gre za mnenje, ki bi v celoti obravnavalo ustavno skladnost Predloga EZ-2, poleg tega pa se nanaša le na navedeno besedilo predloga zakona. V primeru morebitnih sprememb Predloga EZ-2 v postopku obravnave v Državnem zboru ugotovitve v tem mnenju morda niso več pravilne ali relevantne.

Ob tem naj povemo, da je avtor tega mnenja prof. dr. Rajko Pirnat sicer v okviru projekta, ki ga je financirala Evropska komisija, v letu 2021 sodeloval pri oblikovanju enega od zgodnjih besedil Predloga zakona o energetske politiki, ki se je zdaj preoblikoval in bistveno spremenil v Predlog EZ-2. Ta je sicer vseboval 20. člen z vsebino, ki je urejala prednostno rabo energijskih virov in energentov, vendar pa je urejal le prednostno rabo energijskih virov in energentov in nikakor ni vseboval določb o prepovedi vgradnje plinskih kotlov, prepovedi vgradnje kurilnih naprav na trdna in tekoča goriva, omejevanju koncesij za distribucijo zemeljskega plina in možnosti odklopa od sistema za distribucijo zemeljskega plina, ki predstavljajo tujek v tem členu.

Ker avtor tega mnenja in Inštitut za javno upravo nista sodelovala pri pisanju navedenih določb Predloga EZ-2, lahko tudi brez konflikta interesov pripravita kritično analizo ustavne skladnosti določb o omejevanju distribucije zemeljskega plina iz tega predloga.

2 Ustavna skladnost določb o podaljšanju koncesij in skladnost teh določb z Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb ter ZNKP

Kot je že bilo omenjeno, deveti odstavek 22. člena Predloga EZ-2 ureja podaljševanje obstoječih koncesij in pri tem določa tri alternativne pogoje:

- prvi je zvezan s priključitvijo proizvodnega vira plina obnovljivega izvora na sistem ali vsaj dokazljivim načrtovanjem take priključitve – v tem primeru se lahko podaljša koncesija največ za sedem let;
- drugi pogoj se nanaša na položaj, ko so na območju koncesije odjemalci z letno porabo več kot 100.000 kWh, ki uporabljajo plin za poslovno dejavnost in nimajo možnosti oskrbe z alternativnim virom energije oziroma bi bila taka oskrba nesorazmerno dražja – v tem primeru se lahko koncesija podaljša največ za pet let;
- tretji pogoj pa je izpolnjen, če distribucijski sistem oskrbuje več kot 5 % gospodinskih odjemalcev v primerjavi z največjim številom gospodinskih odjemalcev od začetka izvajanja dejavnosti distribucije plina – tudi v tem primeru se lahko koncesija podaljša največ za pet let.

Pogoj iz tretje alineje je verjetno zelo lahko izpolniti, saj je malo verjetno, da bi se obseg delovanja distribucijskega sistema skrčil tako, da ne bi dosegal niti 5% največjega obsega. To pomeni, da bi glede na pogoje iz EZ-2 bilo mogoče podaljšati koncesijo za pet let skoraj v vseh primerih. Druga dva pogoja sta nekoliko zahtevnejša, vendar načrtovanje priključitve proizvodnega vira za plin obnovljivega izvora je najbrž kljub vsemu mogoče relativno enostavno izkazati. Tudi pogoj iz druge alineje se ne zdi zelo zahteven, saj je v nekoliko večjem distribucijskem sistemu hitro mogoče najti poslovne odjemalce s skupno porabo 100.000 kWh na leto, ki nimajo možnosti alternativnega vira energije.

Same določbe Predloga EZ-2 torej na videz ne določajo zahtevnih pogojev za podaljšanje koncesije. Problem pa je, da je poleg tega zakona treba upoštevati še Ustavo in določbe o dopustnem spreminjanju (podaljšanje roka koncesije je sprememba koncesijske pogodbe), ki jih določata Direktiva o podeljevanju koncesijskih

pogodb in ZNKP. V nadaljevanju najprej obravnavamo skladnost z direktivo in ZNKP, nato pa še ustavno skladnost.

2.1 Skladnost z Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP

2.1.1 Ali spadajo predmetne koncesije v okvir uporabe ZNKP in Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb?

Najprej je seveda treba odgovoriti na naslovno vprašanje, saj je poleg navedenih določb Predloga EZ-2 treba upoštevati ZNKP in Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb le, če se za predmetne pogodbe uporabljata.

Tako direktiva kot ZNKP identično definirata ločeno koncesijo gradnje in koncesijo storitev, čeprav sta obe definiciji zelo podobni. Koncesija gradnje je »pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov izvedbo gradenj zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe gradenj, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom«⁴. Koncesija storitve pa je »pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov opravljanje in upravljanje storitev, razen izvajanja gradenj iz točke (a), zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom«⁵. V obeh primerih mora biti izpolnjen še pogoj, da koncesionar prevzame operativno tveganje, to je tveganje, povezano s povpraševanjem, ali tveganje, povezano z dobavo, ali oboje. Operativno tveganje je na koncesionarju, če pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnila naložbe ali stroški, ki nastanejo pri izvajanju gradenj ali storitev, ki so predmet koncesije. Del tveganja, ki se prenese na koncesionarja, vključuje dejansko izpostavljenost tržnim nepredvidljivostim, kar pomeni, da ocenjena morebitna izguba za koncesionarja ni zgolj nominalna ali zanemarljiva.

⁴ Člen 5(1)(a) direktive in 2. točka 2. člena ZNKP.

⁵ Člen 5(1)(b) direktive in 3. točka 2. člena ZNKP.

Koncesije gospodarske javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema so največkrat hkrati koncesije gradnje, saj koncesionar prevzame obveznost zgraditi distribucijski sistem in priključiti nanj odjemalce, pa tudi koncesijo storitev, saj koncesionar izvaja storitve za odjemalce, ki sestavljajo dejavnost distribucije in obratovanja ter vzdrževanja omrežja, pa tudi nekatere druge. V zvezi s tem je koncesionarju praviloma podeljena izključna pravica na določenem območju izvajati to dejavnost.

Čeprav se prevzem operativnega tveganja ugotavlja v vsakem primeru posebej, pa je velika večina, verjetno so kar vse, koncesijske pogodbe take, da mora koncesionar nositi tako tveganje povpraševanja po plinu in izvajanju distribucije, kot tudi tveganje dobave, torej tveganje, ali distribucijski sistem pravilno in varno obratuje in je plin dobavljen redno. Ti dve tveganji nosi v celoti, saj nima pravice do kakšnega nadomestila od koncedenta zaradi premajhnega povpraševanja.

Omeniti je treba še mejno vrednost za uporabo direktive in ZNKP. Ta mejna vrednost je trenutno določena v členu 8(1) Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb kot 5.538.000 EUR brez DDV, nanjo pa se sklicuje tudi ZNKP v 9. členu. Vrednost koncesije je celotni promet koncesionarja brez DDV med trajanjem pogodbe, kot nadomestilo za gradnje in storitve, ki so predmet koncesije, pa tudi za blago, povezano s takšnimi gradnjami in storitvami. Menimo, da je zaradi visokih cen in stroškov koncesionarja, kot tudi zaradi dolgega trajanja koncesij, ta mejna vrednost v vseh primerih prekoračena.

Glede na to je mogoče ugotoviti, da se za koncesije gospodarske javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema plina uporabljajo določbe Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb in določbe ZNKP.

2.1.2 Kakšno je razmerje direktive in ZNKP do posebne ureditve v Predlogu EZ-2?

Obravnavani deveti odstavek 22. člena EZ-2 predstavlja posebno pravno ureditev podaljšanja koncesije, torej spremembe koncesijske pogodbe, ki velja posebej za

koncesije za dejavnost distribucijskega operaterja. V razmerju do tega predstavlja Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP splošno ureditev, ki velja za vse koncesije. Po splošnih pravilih razlage prava bi se v takem primeru morale uporabljati posebne določbe EZ-2 v primeru neskladja s splošnimi določbami ZNKP in tudi direktive.

Vendar je treba upoštevati načelo prevlade prava EU na nacionalnim pravom, kar pomeni, da je v primeru neskladja med direktivo in zakonom treba uporabljati določbe direktive, kadar so te jasne, določne in nepogojne. To pomeni, da določb EZ-2, kolikor so neskladne z določbami direktive o spreminjanju koncesijske pogodbe, ni dopustno uporabljati. Prav zaradi navezanosti veljavnosti na direktivo, ZNKP določa v 10. členu, da se za koncesije, ki jih urejajo ta zakon in tudi posebni zakoni, uporabljajo ta zakon in določbe posebnih zakonov, kolikor niso v nasprotju s tem zakonom. Sam ZNKP ima torej posebno določbo, da se v primeru neskladja določb ZNKP in posebnega zakona, kot je EZ-2, uporabljajo določbe ZNKP.

Določbe direktive in ZNKP je treba uporabljati tudi za spremembe koncesijskih pogodb, ki so bile sicer sklenjene pred uveljavitvijo direktive in takrat niso spadale v okvir njene uporabe. Sodišče EU je poudarilo, da je v primeru bistvene spremembe koncesijske pogodbe zakonodaja Unije, glede na katero je treba presojeti to spremembo, tista, ki je veljala na dan te spremembe. Dejstvo, da je bila prvotna koncesijska pogodba sklenjena pred sprejetjem pravil Unije na tem področju, v zvezi s tem nima posledic⁶, saj je treba spremembo obravnavati po pravilih Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb. Iz te odločbe Sodišča EU tudi izhaja, da je treba podaljšanje trajanja koncesijskega razmerja obravnavati kot eno od sprememb koncesijske pogodbe, kolikor je do podaljšanja prišlo po sklenitvi pogodbe⁷. Gotovo pa je, da podaljšanja ni mogoče obravnavati kot spremembo pogodbe po njenem prenehanju (torej preteku roka trajanja koncesije), saj takrat ne gre več za spremembo pogodbe (ta ne obstoji več, ker je prenehala), pač pa za novo podelitev koncesije.

⁶ Sodba SEU v združenih zadevah C-721/19 in C-722/19 z dne 2. septembra 2021, *Sisal SpA in drugi proti Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, Ministero dell'Economia e delle Finanze*; točka 28

⁷ Enako tudi SEU v zadevi C-526/17 z dne 18.9.2019, *Evropska komisija proti Italijanski republiki*, točka 76.

Določbe Predloga EZ-2 v devetem odstavku 22. člena, ki urejajo podaljšanje trajanja koncesije, je torej dopustno uporabljati le, v kolikor niso neskladne z določbami Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP o spreminjanju koncesijske pogodbe v času trajanja koncesije. Praktično to pomeni, da je dopustno koncesijo za dejavnost operaterja distribucijskega sistema podaljšati le v času trajanja koncesijske pogodbe in če so poleg pogojev iz devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 izpolnjeni tudi pogoji za spremembo koncesijske pogodbe, ki jih določata Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP.

2.1.3 Pogoji za dopustno spremembo koncesijske pogodbe v direktivi in ZNKP

Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb v 43. členu in ZNKP v 60. členu skoraj identično določata pogoje za dopustno spremembo v času trajanja koncesijske pogodbe. Ti dopustni primeri so naslednji:

1. če so spremembe ne glede na njihovo denarno vrednost predvidene v prvotni koncesijski dokumentaciji v jasnih, natančnih in nedvoumnih klavzulah o pregledu, ki lahko vključujejo klavzule o reviziji vrednosti, ali opcijah. V takih klavzulah so navedeni obseg in vrsta možnih sprememb ali opcij ter pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo. Ne predvidevajo pa sprememb ali opcij, ki bi spremenile splošno naravo koncesije;
2. kadar so potrebne dodatne gradnje ali storitve, ki jih opravi prvotni koncesionar, niso pa bile vključene v prvotno koncesijo, če zamenjava koncesionarja:
 - a. ni mogoča iz ekonomskih ali tehničnih razlogov, kot so zahteve glede zamenljivosti ali interoperabilnosti z obstoječo opremo, storitvami ali instalacijami, zagotovljenimi v okviru prvotne koncesije, ter
 - b. bi koncedentu povzročila velike nevšečnosti ali znatno podvajanje stroškov, ter
 - c. povečanje vrednosti ne sme presegati 50% vrednosti prvotne koncesije⁸

⁸ Ta pogoj ne velja za vse koncesije, vendar je v obravnavanem primeru irelevantno, ker velja za predmetne koncesije.

3. če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:
 - a. sprememba je bila potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ni mogel predvideti,
 - b. sprememba ne spreminja splošne narave koncesije,
 - c. povečanje vrednosti ne sme presegati 50% vrednosti prvotne koncesije;
4. če koncesionarja, ki mu je javni naročnik ali naročnik prvotno podelil koncesijo, zamenja nov koncesionar iz enega od naslednjih razlogov:
 - a. zaradi nedvoumne klavzule o pregledu ali opcije v skladu s točko 1;
 - b. drug gospodarski subjekt, ki izpolnjuje prvotno določene pogoje za ugotavljanje sposobnosti, v celoti ali delno nasledi prvotnega koncesionarja po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemom, združitvijo, pripojitvijo ali insolventnostjo, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb pogodbe in ni namenjeno obidu te direktive; ali
 - c. koncedent sam prevzame obveznosti glavnega koncesionarja do njegovih podizvajalcev, če je ta možnost predvidena v nacionalni zakonodaji;
5. če je vrednost spremembe nižja od obeh naslednjih vrednosti:
 - a. mejne vrednosti za uporabo direktive oziroma ZNKP, in
 - b. 10 % vrednosti prvotne koncesije.
 - c. sprememba ne sme spremeniti splošne narave koncesije:
6. spremembe ne glede na njihovo vrednost niso bistvene, torej da:
 - a. sprememba ne uvaja pogojev, ki bi, če bi bili del prvotnega postopka podelitve koncesije, omogočili udeležbo drugih vlagateljev kot tistih, ki so bili prvotno izbrani, ali sprejem druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno izbrana, ali pa bi k sodelovanju v postopku podelitve koncesije pritegnili še druge udeležence;
 - b. zaradi spremembe ekonomsko ravnotežje koncesije ni spremenjeno v korist koncesionarja na način, ki ni bil predviden v prvotni koncesiji;
 - c. zaradi spremembe je ni znatno razširjen obseg koncesije;
 - d. koncesionarja, ki mu je javni naročnik ali naročnik prvotno podelil koncesijo, ne zamenja nov koncesionar, razen v primeru iz točke 4.c.

Če pregledamo te možnosti je treba ugotoviti, da točka 6. nikakor ne pride v poštev, saj je zaradi podaljšanja koncesije vedno bistveno povečan njen obseg (točka c.), zato

je sprememba bistvena. Prav tako ne bo prišla v poštev 5. točka, saj bo v primerih iz devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 vedno prekoračena mejna vrednost ali 10% vrednosti prvotne koncesije. Tudi 4. točka ne pride v poštev, saj gre pri tej točki za menjavo koncesionarja, v obravnavanih primerih pa gre za podaljšanje koncesije z istim koncesionarjem. Poleg tega tudi ne pride v poštev primer spremembe koncesijske pogodbe iz točke 3, saj podaljšanje koncesije ni potrebno zaradi nepredvidljivih okoliščin.

Nekoliko podrobneje si je treba ogledati primer iz točke 2., torej dodatne gradnje ali storitve. Ključni pogoj je, da zamenjava koncesionarja ni mogoča iz ekonomskih in tehničnih razlogov. Direktiva in zakon primeroma naštevata te razloge: zamenljivost in interoperabilnost z obstoječo opremo in instalacijami iz prvotne koncesije. V bistvu to pomeni, da je treba izkazati, da drug koncesionar, kateremu bi bila podeljena nova koncesija, ne bi mogel zagotoviti izvajanja teh storitev na sistemu prejšnjega koncesionarja, ali pa ne bi mogel dograditi novega dela sistema. Pri tem poudarjamo, da morajo biti razlogi ekonomski ali tehnični (npr. izključne pravice glede patentov in podobne pravice industrijske lastnine), ne pa zgolj dejstvo, da je sedanji koncesionar lastnik sistema. Kljub temu menimo, da ni mogoče izključiti, da bi bilo mogoče izkazati izpolnjevanje tega pogoja, pri čemer opozarjamo, da gre pri takem povečanju obsega koncesije za izjemo, ki mora biti razlagana ozko. Upoštevati pa je treba še omejitve na 50% vrednosti prvotne koncesije, koncedent pa mora izkazati velike nevšečnosti in podvojene stroške. **Čeprav menimo, da bo uporabo te izjeme težko izkazati, pa ni izključeno, da bi bilo to v posamičnem primeru mogoče.**

Vedno pa pride v poštev izjema iz 1. točke, torej izvedba sprememb, ki so že v naprej jasno, natančno in nedvoumno določene v prvotni pogodbi in koncesijski dokumentaciji. Morebitno podaljšanje ali povečanje obsega koncesije, ali oboje, mora torej v prvotni pogodbi (pa tudi koncesijskem aktu in razpisni dokumentacij) biti jasno določeno v trajanju in po obsegu, natančno morajo biti določeni pogoji za to podaljšanje kot tudi postopek, po katerem se to izvede. Besedilo teh pogodbenih določb mora biti nedvoumno, tako da je že iz pogodbe jasno, za kakšno podaljšanje ali povečanje območja koncesije gre. Ti pogoji so morali biti že vključeni v prvotni postopek podelitve koncesije. **Če so izpolnjeni vsi navedeni pogoji, je po našem mnenju dovoljeno**

podaljšati trajanje koncesije in povečati njen obseg, ne glede na vrednost tega povečanja.

Če torej povzamemo, je nedvomno mogoče podaljšati koncesije, če je to že bilo predvideno v prvotni pogodbi in javnem razpisu z jasnimi, natančnimi in nedvoumnimi določbami. Določene možnosti pa so tudi za t.i. aneks iz 2. točke, torej dodatnih gradenj ali storitev, če je izpolnjen pogoj o nezmožnosti zamenjave koncesionarja iz ekonomskih in tehničnih razlogov in sta izpolnjena tudi pogoja o velikih stroških koncedenta ter omejitvi na 50% vrednosti prvotne koncesije.

2.1.4 Kako bi torej bilo mogoče skupaj uporabljati direktivo in ZNKP ter EZ-2, ko bo sprejet?

Zaradi zahteve po prepovedi uporabe določb zakona, ki ni v skladu z direktivo, je mogoče določbe devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 o podaljšanju koncesije za dejavnost distribucijskega operaterja mogoče uporabljati le, če je hkrati izpolnjen pogoj za dopustno spremembo koncesijske pogodbe, ki jo določata Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP. To praktično pomeni, da bo v vsakem primeru morebitnega podaljšanja koncesije po posamezni alineji devetega odstavka 22. člena treba poleg izpolnjevanja pogojev iz te alineje še ugotavljati, ali so izpolnjeni prej obravnavani pogoji za dopustno spremembo koncesijske pogodbe.

To bo praviloma izpolnjeno le v primerih, ko je tako podaljšanje koncesije predvideno že v prvotni koncesijski pogodbi in v prvotni dokumentaciji podelitve koncesije. Določbe o tem podaljšanju pa morajo biti jasne, določne in nedvoumne. Če takih določb v prvotni pogodbi ni, so možnosti za podaljšanje koncesije relativno majhne. Sicer ni izključeno, da se izkaže nezmožnost menjave koncesionarja iz ekonomskih in tehničnih razlogov, vendar obstoji precejšnje tveganje, da tako podaljšanje koncesijske pogodbe ne bi prestalo postopka pravnega varstva (predrevizijski in revizijski postopek, sodno varstvo).

Končna ugotovitev v tem delu torej je, da je mogoče pogoje za podaljšanje koncesije iz posameznih alinej devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 uporabljati nedvomno le v primeru, ko je bilo že v prvotni koncesijski pogodbi in razpisni dokumentaciji njene podelitve jasno in določno predvideno tako podaljšanje koncesije. V nasprotnem primeru je treba uporabiti določbe o aneksu za dodatne gradnje in storitve, kjer je precej tveganj, da ne bo mogoče izkazati dopustnost sklenitve takega aneksa. Vse to precej omejuje in v mnogih primerih onemogoča podaljšanje koncesije za dejavnost distribucijskega operaterja po devetem odstavku 22. člena Predloga EZ-2.

2.2 Pomen in vpliv odločitve Ustavnega sodišča U-I-198/19 na podaljšanje koncesij, ki jih ureja deveti odstavek 22. člena Predloga EZ-2

Poleg vpliva, ki ga imata na možno podaljševanje predmetnih koncesij Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP, je treba obravnavati še vprašanje, kako na to podaljševanje, ki ga predvideva deveti odstavek 22. člena Predloga EZ-2, vpliva kakšno leto stara odločba Ustavnega sodišča št. U-I-198/19 z dne 5. 1. 2023 (v nadaljnjem besedilu: Odločba US). Menimo namreč, da ta odločba še dodatno zmanjšuje možnost za podaljševanje koncesij za dejavnost distribucijskega operaterja, ki jih določa navedeni odstavek.

2.2.1 Kratka predstavitev relevantnega dela Odločbe US

Odločba US je obravnavala sporno ustavno skladnost večjega števila določb takrat veljavnega Zakona o zdravstveni dejavnosti (Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 23/08, 14/13, 64/17, 73/19 in 82/20; v nadaljnjem besedilu: ZZDej). Med drugim so pobudniki tudi izpodbijali ustavno skladnost 43. člena ZZDej, ki se je nanašal na časovno omejitev koncesij in njihovo podaljšanje, in naj bi bil zaradi nesorazmernega posega v pravice koncesionarjev iz 33., 67. in 74. člena Ustave v neskladju s temi ustavnimi določbami. Ta poseg naj bi imel še večjo težo zato, ker naj bi ZZDej prepovedoval dedovanje koncesij in pravni promet z njimi. Skrajšanje koncesijskega obdobja na 15 let naj bi pomenilo tudi retroaktiven poseg in kršitev 2.

člena Ustave. V zakonodajnem gradivu, v katerem naj bi moral predlagatelj zakona posebej utemeljiti javno korist, ki terja povratno učinkovanje pravne norme, naj te ne bi bilo mogoče najti. Prav tako naj iz tega zakona in njegove obrazložitve ne bi bilo razvidno, zakaj naj bi bil ukrep skrajšanja koncesijskega obdobja sploh nujen in kateremu legitimnemu cilju naj bi služil. Nasprotno, ureditev položaja koncesionarjev naj tem ne bi zagotavljala enakopravnega opravljanja zdravstvene dejavnosti v primerjavi z javnimi zavodi. Načela pravne države iz 2. člena Ustave naj bi izpodbijane določbe kršile tudi zaradi svoje nedoločnosti. Kriteriji kakovosti, ki naj bi bili odločilni pri podaljšanju koncesije, naj v zakonu ne bi bili opredeljeni in določljivi. Podaljšanje koncesije po ZZDej naj bi bilo odvisno od koncedentove ocene realizacije programa koncesionarja in od potrebe po podelitvi koncesije, na katero pa naj koncesionar ne bi mogel vplivati. Nosilec koncesij za nedoločen čas naj bi se zaostri pogoji za delovanje tudi z uvedbo odgovornega nosilca zdravstvene dejavnosti.

Vendar pri presoji 43. člena ZZDej Ustavno sodišče ni sledilo navedbam predlagateljev glede retroaktivnosti določb o skrajšanju trajanja zdravstvenih koncesij in glede kršitve 33., 67. in 74. člena Ustave s tem skrajšanjem. Pač pa je presojalo drugi do četrti odstavek 43. člena ZZDej, ki so določali možnost podaljšanja trajanja koncesij za naslednjih 15 let, če koncedent ugotovi, da je bil program koncesije realiziran in da še obstoji potreba po koncesiji. V tem primeru so te določbe predvidevale, koncedent izda odločbo o podaljšanju koncesije in predlaga sklenitev dodatka h koncesijski pogodbi, kar pomeni, da se koncesijska pogodba podaljša brez izvedbe konkurenčnega postopka podelitve koncesije.

Ustavno sodišče je ugotovilo, da je zakonodajalec različno uredil postopek podelitve nove koncesije in postopek podaljšanja obdobja podelitve koncesije. V primeru podaljšanja obdobja podelitve koncesije namreč zainteresirani ponudniki z obstoječim koncesionarjem sploh ne morejo konkurirati, saj zakon ne predpisuje javnega razpisa, temveč predvideva (skorajda) samodejno podaljšanje obstoječe koncesije v korist obstoječega koncesionarja. Osrednja ugotovitev pa je naslednja: »Iz zakonodajnega gradiva in odgovora Državnega zbora (ter mnenja Vlade) ni mogoče razbrati razlogov, zakaj v primeru podaljšanja obdobja podelitve koncesije zakonodajalec ni predvidel postopka javnega razpisa, temveč je podaljšanje uredil na način samodejnega podaljšanja. Izpodbijana ureditev tako ne izpolnjuje pogojev, ki jih za različno urejanje

enakih ali bistveno podobnih položajev zahteva drugi odstavek 14. člena Ustave, saj ni ustavno dopustnega razloga za razlikovanje.«⁹.

Ustavno sodišče je tudi poudarilo, da je taka ureditev neskladna s pravom EU. Pri tem se ne sklicuje neposredno na Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb¹⁰, pač pa na Razlagalno sporočilo Komisije o koncesijah po pravu Evropskih skupnosti (*Commission interpretative communication on concessions under Community law*) (UL C 121, 29. 4. 2000) in Zelena knjiga o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij (*European Commission Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*) (COM 2004 327 final, 30. 4. 2004). S citiranjem več odločb Sodišča EU Ustavno sodišče argumentira¹¹, da tudi splošna načela prava EU zahtevajo, da se morajo po poteku obdobja koncesije nove koncesije podeliti na konkurenčen način, ki omogoča da tudi drugi gospodarski subjekti poleg obstoječega koncesionarja konkurirajo za to koncesijo in da je tako različno obravnavanje v skladu z 49. členom PDEU prepovedano.

Iz te odločitve je mogoče ugotoviti dve splošni pravili, ki veljata tudi za druge koncesije:

- zakonska ureditev, ki brez stvarnih in utemeljenih razlogov razlikuje med postopkom podelitve nove koncesije in podaljšanjem obstoječe koncesije po izteku trajanja prvotne koncesije tako, da se podaljšanje koncesije opravi brez konkurenčnega postopka, je neskladna s 14. členom Ustave, ki določa enakost pred zakonom;
- taka zakonska ureditev, vsaj glede koncesij, za katere se ne uporablja Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb, je tudi v neskladju s pravom EU.

⁹ Odločba U-I-198/19. točka 63. obrazložitve.

¹⁰ V opombi 44. te odločbe posebej navaja, da se Ustavnemu sodišču ni treba opredeliti, ali za zdravstvene storitve velja ta direktiva. Gre za sporno vprašanje, ali so zdravstvene storitve gospodarske ali negospodarske storitve splošnega pomena, saj se direktiva za negospodarske storitve splošnega pomena ne uporablja. Vendar tega vprašanja tudi v tem mnenju ne obravnavamo, saj so storitve operaterja distribucijskega sistema nedvomno storitve splošnega gospodarskega pomena in se zanje direktiva ne uporablja

¹¹ Gre za sodbe SEU v združenih zadevah *Promoimpresa Srl. in drugi*, C-458/14 in C-67/15, z dne 14. 6. 2016, 70. točka obrazložitve; *ASM Brescia SpA*, C-347/06, z dne 17. 7. 2008, 57. in 58. točka obrazložitve ter *Belgacom*, C-221/12, z dne 14. 11. 2013, 37. točka obrazložitve.

2.2.2 Vpliv in pomen Odločbe US za razlago devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2

Vprašanje je, kaj natanko Odločba US pomeni za razlago devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2. Ta odločba namreč neposredno ne velja tudi za predmetne koncesije in za ureditev, kot jo določa Predlog EZ-2, saj izrecno obravnava le podaljšanje zdravstvenih koncesij po 43. členu ZZDej.

Seveda pa ni mogoče spregledati splošnejšega pravila, ki izhaja iz Odločbe Ustavnega sodišča – zakonska ureditev podaljšanja koncesij, ki brez stvarnih in utemeljenih razlogov ureja podaljšanje tako, da se ne izvede postopek podelitve nove koncesije, je v neskladju z načelom enakosti pred zakonom iz 14. člena Ustave. To seveda pomeni, da bi Ustavno sodišče v primeru vložitve pobude ali zahteve za oceno ustavnosti devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 zelo verjetno določbe tega odstavka razveljavilo. Dokler se to ne zgodi, te določbe veljajo, vendar menimo, da odgovoren pripravljavec zakona vanj ne sme vnesti določb, za katere je mogoče z veliko stopnjo verjetnosti sklepati, da so neskladne z Ustavo in bodo slej ko prej razveljavljene.

Ne glede na to pa bi bilo te določbe tvegano uporabiti, saj bi v primeru spora ne prišlo do podaljšanja koncesij. Zadevo bi verjetno že Upravno sodišče¹² z vložitvijo zahteve za oceno ustavnosti devetega odstavka 22. člena EZ-2 predložilo Ustavnemu sodišču, v času odločanja pa koncesije ne bi bilo mogoče podaljšati. Ko bi Ustavno sodišče ta odstavek razveljavilo, se ne bi uporabljal za sporno podaljšanje koncesije.

Ustavno sodišče je v obravnavani odločbi menilo, da je tako podaljšanje koncesije tudi neskladno s pravom EU, pri čemer pa ni obravnavalo vprašanja skladnosti z Direktivo po podeljevanju koncesijskih pogodb, ker se ni izreklo o vprašanju, ali se ta direktiva sploh uporablja za zdravstvene koncesije¹³. Gotovo pa se ta direktiva uporablja za koncesijo javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema, kot je podrobneje pojasnjeno zgoraj v točki 2.1.1 tega mnenja. To pa pomeni, da ni mogoče šteti za

¹² To bi verjetno odločalo v upravnem sporu zoper odločbo o podaljšanju koncesije, izdano na podlagi devetega odstavka 22. člena EZ-2.

¹³ Menimo sicer, da nedvomno se, kar pa ni bistveno za obravnavana vprašanja.

neskladno s pravom EU tisto podaljšanje koncesije, ki predstavlja dopustno spremembo koncesijske pogodbe v skladu z direktivo. Kot je navedeno zgoraj v točkah 2.1.3. in 2.1.4. tega mnenja, gre zgolj za dva primera:

- podaljšanje, ki je bilo jasno in določno ter nedvoumno predvideno že v prvotni pogodbi in je bilo vključeno tudi v razpisno dokumentacijo¹⁴;
- podaljšanje do 50% vrednosti prvotne koncesije, če je mogoče izkazati, da iz tehničnih in ekonomskih razlogov podaljšane koncesije ne more izvajati drug koncesionar.

To pa ne pomeni, da sta obe ti dve možnosti tudi v skladu z Ustavo, konkretno z njenim 14. členom. Izhajajoč iz Odločbe US je mogoče kot ustavno povsem nesporno šteti prvo alinejo, torej podaljšanje, ki je bilo že predvideno v prvotni koncesijski pogodbi in javnem razpisu koncesije, saj v bistvu ne gre za nekaj vsebinsko novega, pač pa se podaljša trajanje koncesije znotraj istih pogodbenih določb. To pomeni, da je podaljšanje koncesije bilo vključeno že v prvotno pogodbo in vsebinsko niti ne gre za njeno spremembo. Na drugi strani pa je podaljšanje koncesije iz druge alineje ustavno sporno, saj gre v resnici vsebinsko za novo koncesijsko razmerje, za katerega velja argument Ustavnega sodišča o kršitvi 14. člena Ustave, saj se pri takem podaljšanju brez stvarnega in utemeljenega razloga razlikuje med podaljšanjem, ki se izvede brez konkurenčnega postopka podelitve nove koncesije in novo podelitvijo koncesije, za katero je potreben konkurenčen postopek.

Skleniti je mogoče z ugotovitvijo, da obstoji velika verjetnost, da bi Ustavno sodišče razveljavilo deveti odstavek 22. člena EZ-2, če bo sprejet v predlaganem besedilu. Dokler se to ne zgodi, je taka zakonska določba sicer veljavna, vendar bi jo bilo tvegano uporabljati, saj v primeru spora ne bo mogoče pravno učinkovito podaljšati koncesije. Menimo pa, da se ne glede na to lahko uporabljajo določbe Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP o dopustni spremembi koncesijske pogodbe v primerih, ko je podaljšanje jasno in nedvoumno predvideno že v prvotni koncesijski pogodbi, kot je bila predmet razpisa. Precej manj možnosti vidimo za uporabo določb direktive in ZNKP o

¹⁴ ZNKP uporablja izraz »koncesijska dokumentacija«.

povečanju obsega koncesije za največ 50% prvotne vrednosti, saj je težko izkazati pogoje za uporabo te dopustne spremembe koncesijske pogodbe.

3 Analiza desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 o smiselni uporabi pravil o podaljšanju koncesij tudi za javna podjetja, ki izvajajo distribucijo plina

Čeprav je ta tema povezana s koncesijami za izvajanje javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema, pa gre v pravnem smislu za drugačna vprašanja, zato jih obravnavamo ločeno.

Takoj na začetku je treba ugotoviti, da se zdi deseti odstavek 22. člena dodan k Predlogu EZ-2 brez podrobnega razmisleka, kaj naj bi pomenil in kako naj bi se izvajal, zgolj z namenom, da se odvrne očitok o tem, da zakon različno obravnava koncesionarje in javna podjetja. Vendar to ni uspelo, o čemer več v nadaljevanju. Posledica tega pa je, da je določba slaba in praktično neizvedljiva, pa tudi v neskladju z Ustavo, kot je prikazano v nadaljevanju.

3.1 *Problematika razlage in uporabe določbe desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2*

Ta določba zgolj na kratko in preprosto določa, da se za javna podjetja, ki izvajajo izbirno gospodarsko javno službo distribucije plina, smiselno uporabljajo določbe devetega odstavka, ki ureja možnosti podaljšanja koncesije. Pri obravnavi te določbe štejemo, da je enako kot v osmem in devetem odstavku mišljena javna služba dejavnost operaterja distribucijskega sistema.

Najprej je treba ugotoviti, da se ta določba sklicuje zgolj na smiselno uporabo določb devetega odstavka, torej določb o podaljšanju koncesije, ne pa tudi določb o podelitvi nove koncesije, ki so v osmem odstavku 22. člena Predloga EZ-2. To pomeni, da predlog zakona nikakor ne ureja kakšne prepovedi, da bi občina ustanovila novo javno podjetje za izvajanje javne službe dejavnost distribucijskega operaterja in v tej obliki

začela zagotavljati to javno službo brez vseh omejitev. Nedvomno omejitev, ki velja za podelitev nove koncesije, torej da mora operater imeti dokazila o načrtovanem priključevanju proizvodnih virov plina obnovljivega izvora za vsaj 80 % načrtovane rabe, ne velja za ustanovitev javnega podjetja oziroma za to, da na določenem območju začne javno podjetje izvajati to javno službo. To je zelo pomembna ugotovitev za oceno sorazmernosti celotne ureditve omejevanja distribucije plina iz osmega, devetega in desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2, ki je obravnavana v nadaljevanju.

Na tem mestu pa je treba ugotoviti, kaj naj bi pomenilo sklicevanje na smiselno uporabo določb o podaljševanju koncesijskih pogodb, kar naj bi se nanašalo na javna podjetja. Za to analizo je treba uporabiti metode razlage pravnih besedil in ugotoviti, ali se da z njimi dognati pomen desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2, s čimer pa je mogoče tudi oceniti njegovo ustavno skladnost.

3.2 Uporaba uveljavljenih metod razlage pravnih besedil na določbo desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 o javnih podjetjih

Pravna tehnika, ki jo uporablja obravnavani deseti odstavek 22. člena EZ-2, je sklic na smiselno uporabo enih določb zakona (določb o podaljšanju koncesije) na drugem področju urejanja (delovanje javnih podjetij). Gre za t.i. institut *analogia intra legem*¹⁵, ki je ena od vrst analogij in spada v okviru logičnega argumenta *a simili ad simile*¹⁶. Kot pri vsaki analogiji je ključno vprašanje za dopustnost njene uporabe dovolj velika podobnost dejanskih stanj, da je mogoče norme, ki veljajo za eno stanje uporabiti tudi na drugo dejansko stanje. Osrednja sestavina analognega sklepanja je torej merilo podobnosti – dejansko stanje, ki je neposredno urejeno zakonsko urejeno in dejansko stanje, na katero naj se ta ureditev uporabi se morata ujemati v bistvenih lastnostih, ki so ključne za pravno urejanje¹⁷. Če takega ujemanja ni, potem analogije ni dopustno uporabiti, seveda pa nasprotno velja, da zakonska določba, ki uporabo analogije zahteva, nikakor ni v skladu z uveljavljenimi metodami razlage pravnih besedil.

¹⁵ Analogija znotraj posameznega zakona.

¹⁶ Sklepanje od podobnega na podobno.

¹⁷ Pavčnik, Marijan: Teorija prava, GV Založba, Ljubljana 2021; str. 409.

V obravnavanem primeru je edina podobnost urejanih položajev v tem, da gre za izvajanje javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema v občini. Tu pa se vsa podobnost konča, saj nastopi bistvena razlika med tema položajema – v prvem primeru opravlja to javno službo koncesionar, na podlagi koncesijske pogodbe z občino, ki se sklene za določen čas, v drugem primeru pa javno službo opravlja javno podjetje, torej pravna oseba javnega prava, ki jo za namen izvajanja te javne službe trajno ustanovi občina. Ta različnost položajev pa povzroči tudi popolno nejasnost o tem, kako bi sploh bilo mogoče smiselno uporabljati deseti odstavek 22. člena Predloga EZ-2, kot je pojasnjeno v nadaljevanju.

Določbe o podaljšanju koncesije se izrecno nanašajo na koncesije, ki imajo omejen rok veljavnosti. Zato ni nikakor mogoče razumeti, kako bi bilo mogoče določbe devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 uporabiti za javna podjetja, četudi smiselno. Občina ustanovi javno podjetje za nedoločen čas in v našem pravnem sistemu ni nikjer predvideno, da bi lahko občina ustanovila javno podjetje za omejen rok trajanja, torej za določen čas. To pa tudi pomeni, da delovanja javnega podjetja ni mogoče podaljševati, skratka, da je povsem nesmiselno v zvezi z delovanjem javnega podjetja govoriti o podaljšanju njegovega delovanja. Na ta način se izkaže določba desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 povsem neuporabna.

Celo če bi z uporabo zelo razširjene teleološke razlage šteli, da je bil namen te določbe urediti le omejen čas, v katerem lahko javna podjetja še izvajajo javno službo dejavnost distribucijskega operaterja, predstavlja obravnavani deseti odstavek neuporabno določbo, ki ne vodi do tega cilja. Povsem neopredeljeno je, od kdaj naj se roki, ki jih v različnih alinejah določa deveti odstavek za podaljšanje koncesije, sploh računajo. Predlog zakona ne določa nobenega roka, ko bi sicer morale javno podjetje prenehati izvajati predmetno javno službo, tako da tudi ni mogoče identificirati nobenega trenutka, od katerega bi bilo mogoče pod pogoji iz devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 podaljšati to delovanje. Celó s tako široko teleološko razlago ni mogoče ugotoviti nobenega smiselnega pomena določbe desetega odstavka, kar pomeni, da je tudi v tej razlagi neuporabna.

Celo v primeru, da bi predlog zakona določil nek datum, na katerega morajo občinska javna podjetja prenehati z izvajanjem javne službe, je obravnavana določba desetega

odstavka 22. člena Predloga EZ-2 neuporabna. Menimo sicer, da bi bila taka določba povsem nesorazmerna in daleč prekomerno posegla v pravice občine, vendar celo v primeru, da bi bilo z nekim dolgim prehodnim obdobjem to izvedljivo¹⁸, je v takem primeru povsem nesmiselno urejati še podaljševanje izvajanja javne službe dejavnost distribucijskega operaterja v obliki javnega podjetja. V takem primeru bi moral morda zakon urejati različna obdobja prenehanja izvajanja dejavnosti distribucije na različnih sistemih, nikakor pa ne urejati podaljševanja dejavnosti javnih podjetij. Javna podjetja delujejo trajno in če zakon določi obvezno prenehanje na določen čas, potem je podaljševanje tega časa povsem nesmiselno. Vendar poudarjamo – Predlog EZ-2 ne določa nobenega obveznega prenehanja izvajanja javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema v obliki javnega podjetja, saj bi bilo to tudi povsem nesorazmerno in nesmiselno.

Ugotoviti je torej mogoče, da z nobeno razlago ni mogoče najti take razlage določbe desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2, ki bi vodila do tega, da je določbo sploh mogoče izvajati. Načelo jasnosti in določnosti predpisov iz 2. člena Ustave zahteva, da je iz besedila predpisa mogoče nedvoumno ugotoviti vsebino in namen norme, ki jo določa¹⁹. To pa ne pomeni, da predpisov ni treba razlagati. Iz ustavnosodne presoje izhaja, da je predpis v neskladju s tem ustavnim načelom takrat, kadar s pomočjo pravil o razlagi pravnih določb ne moremo priti do njihove jasne vsebine.²⁰

Namen jasnosti in določnosti predpisov je v tem, da lahko naslovnik pravne norme jasno in nedvoumno ugotovi, kaj norma od njega zahteva. Hkrati pa jasnost in določnost predpisov varuje pred arbitrarnim delovanjem izvršilne veje oblasti. Kot je poudarilo Ustavno sodišče: »Načelo jasnosti in določnosti predpisov med drugim zahteva, da so norme opredeljene jasno in določno tako, da jih je mogoče izvajati, da ne omogočajo arbitrarnega ravnanja izvršilne veje oblasti ter da nedvoumno in dovolj določno opredeljujejo pravni položaj subjektov, na katere se nanašajo.«²¹

¹⁸ To bi namreč povsem onemogočilo izvajanje distribucije plina v Sloveniji, kar je povsem nesmiselno že samo po sebi.

¹⁹ Odločba U-I-246/14 z dne 24.3.2017.

²⁰ Odločba U-I-146/12 z dne 17.12.2013.

²¹ Odločba U-I-155/11 z dne 18.12.2013.

Iz povedanega jasno izhaja, da je deseti odstavek 22. člena Predloga EZ-2 v neskladju z 2. členom Ustave in bi ga Ustavno sodišče v postopku ocene ustavnosti te določbe zelo verjetno razveljavilo. Ne glede na to pa ga ne bo mogoče nikakor izvajati, kar pomeni, da bo povsem neučinkovit. Glede na to je treba upoštevati, da glede izvajanja javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema v obliki javnega podjetja Predlog EZ-2 ne določa ničesar in se bo tudi po njegovi morebitni uveljavitvi še naprej lahko izvajala v obliki javnega podjetja pod enakimi pogoji, kot doslej.

4 Končna ocena ustavne skladnosti celotne ureditve omejevanja koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega sistema

V dosedanjih poglavjih mnenja smo ločeno obravnavali pravne aspekte posameznih odstavkov 22. člena Predloga EZ-2, zlasti devetega in desetega odstavka tega člena. V nadaljevanju pa sintetično obravnavamo predlagano zakonsko ureditev distribucije plina, kot jo določajo navedeni trije odstavki. Kot je razvidno iz nadaljevanja, ta zakonska ureditev posega v ustavne pravice pravnih in fizičnih oseb, kar je z zakonom dopustno le, če je to potrebno zaradi varstva pravic drugih ali varstva legitimne javne koristi, pri čemer mora biti spoštovano ustavno načelo sorazmernosti. Poleg tega je treba tudi oceniti, ali ne krši ta ureditev načela enakosti pred zakonom iz 14. člena Ustave. Da je mogoče to storiti, pa je treba, izhajajoč iz prejšnjih poglavij tega mnenja, ugotoviti, kakšni so oziroma bodo po uveljavitvi Predloga EZ-2 dejanski učinki obravnavane ureditve omejevanja koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega sistema.

4.1 Dejanski učinki obravnavane ureditve omejevanja koncesij za dejavnost distribucijskega operaterja

Obravnavana ureditev, kot je določena v osmem, devetem in desetem odstavku 22. člena Predloga EZ-2 je na videz bolj ugodna za operaterje, kot je bila ureditev v prejšnjem predlogu Zakona o energetske politiki. Ta je sicer omejevala možnost podeljevanja novih koncesij in podaljševanja obstoječih, pri čemer je določala kot

skrajni rok 31. december 2030. Po tem datumu distribucije zemeljskega plina ne bi bilo več mogoče izvajati v obliki koncesije.

Nova ureditev v Predlogu EZ-2, ki jo obravnavamo v tem mnenju, je videti na prvi pogled blažja in bolj ugodna za operaterje, saj omogoča podeljevanje novih koncesij in podaljševanje obstoječih. Vendar smo v prejšnjih poglavjih tega mnenja ugotoviti naslednje bistvene ugotovitve:

1. V sedanjih okoliščinah dosegljivosti količin plina obnovljivega izvora v Sloveniji, in te okoliščine bodo verjetno trajale še kar precej let, je praktično nemogoče doseči delež plinov obnovljivega izvora 80% za novo načrtovano omrežje kot to zahteva osmi odstavek 22. člena Predloga EZ-2 . To dejansko pomeni, da takoj po uveljavitvi predlaganega EZ-2 ne bo več mogoče podeljevati novih koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega omrežja plina, saj Predlog EZ-2 ne vsebuje nobene prehodne določbe glede osmega odstavka 22. člena, ki ureja omejitve podeljevanja novih koncesij.
2. Pogoji za podaljšanje obstoječih koncesij, kot so določeni v devetem odstavku 22. člena, so sicer na videz lažje dosegljivi. Vendar je treba upoštevati Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP, ki močno zmanjšujeta to možnost. Pogoje za podaljšanje koncesije iz posameznih alinej devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 je mogoče uporabljati nedvomno le v primeru, ko je bilo že v prvotni koncesijski pogodbi in razpisni dokumentaciji njene podelitve jasno in določno predvideno tako podaljšanje koncesije. V nasprotnem primeru je treba uporabiti določbe o aneksu za dodatne gradnje in storitve, kjer je precej tveganj, da ne bo mogoče izkazati dopustnost sklenitve takega aneksa.
3. Poleg tega obstoji velika verjetnost, da bo Ustavno sodišče razveljavilo določbe o podaljšanju koncesij brez izvedbe konkurenčnega postopka podelitve koncesije. Dokler se to ne zgodi, je taka zakonska določba sicer veljavna, vendar bi jo bilo tvegano uporabljati, saj v primeru spora ne bo mogoče pravno učinkovito podaljšati koncesije. Menimo pa, da se ne glede na to lahko uporabljajo določbe Direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb in ZNKP o dopustni spremembi koncesijske pogodbe v primerih, ko je podaljšanje jasno in nedvoumno predvideno že v prvotni koncesijski pogodbi, kot je bila predmet razpisa.

4. Deseti odstavek 22. člena Predloga EZ-2 je v neskladju z 2. členom Ustave in bi ga Ustavno sodišče v postopku ocene ustavnosti te določbe zelo verjetno razveljavilo. Ne glede na to pa ga ne bo mogoče nikakor izvajati, kar pomeni, da bo povsem neučinkovit. Glede na to je treba upoštevati, da glede izvajanja javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema v obliki javnega podjetja Predlog EZ-2 ne določa ničesar in se bo tudi po njegovi morebitni uveljavitvi še naprej lahko izvajala v obliki javnega podjetja pod enakimi pogoji, kot doslej.

Iz teh ugotovitev je razvidno, da je nova ureditev koncesij in njihovega podaljševanja v Predlogu EZ-2 še strožja od tiste, ki jo je določal predlog Zakona o energetske politiki. Prepoved podeljevanja novih koncesij je popolna, podaljševanje koncesij pa je omejeno na primere, ko je tako podaljšanje jasno, določno in nedvoumno določeno v prvotni koncesijski pogodbi, ki je bila predmet razpisa. Ni nam znano, koliko je takih primerov, kljub temu pa menimo, da so redki. Dodatno je treba upoštevati, da je mogoče koncesijsko pogodbo podaljšati le, dokler prvotna pogodba še traja. Le tiste koncesije, ki bodo ob uveljavitvi EZ-2 še trajale, se bodo nadaljevale do poteka njihovega roka, če ne bodo izjemno podaljšane, kot je predvideno v devetem odstavku 22. člena in skladno z Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb. Vsi ti učinki omejevanja koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega sistema nastopijo takoj po uveljavitvi EZ-2, brez vsakega prehodnega obdobja.

Pri ugotavljanju učinka teh določb je treba najprej upoštevati, da se gospodarska javna služba dejavnost operaterja distribucijskega sistema po četrtem odstavku 58. člena ZOP lahko opravlja na enega od načinov, ki jih določa Zakon o gospodarskih javnih službah (Uradni list RS, št. 32/93, 30/98 - ZZLPPO, 127/06 - ZJZP, 38/10 - ZNKP, 57/11; v nadaljnjem besedilu: ZGJS), Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/06, Uradni list Evropske unije, št. 317/07, 314/09, 319/11, 335/13, 307/15; v nadaljnjem besedilu: ZJZP) in ZNKP. ZNKP ne ureja nobenega drugega načina izvajanja gospodarske javne službe kot je koncesija²², medtem ko ZJZP ureja javno-

²² Na tem mestu se ne spuščamo v zelo zapleteno razliko med pojmom »koncesija« po ZGJS in pojmom »koncesija« po ZNKP. Vsaj kar zadeva predmetne koncesije, se ta dva pojma bolj ali manj skladata.

zasebna partnerstva. Kadar so ta pogodben²³, gre bodisi za koncesijska ali javnonaročniška partnerstva, pri čemer v smislu ZGJS ena in druga predstavljajo koncesijo gospodarske javne službe. To praktično pomeni, da lahko občina zagotovi izvajanje gospodarske javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema le na enega od načinov, določenih v 6. členu ZGJS, torej v režijskem obratu, gospodarskem javnem zavodu, javnem podjetju in s podelitvijo koncesije. Praktično to pomeni, da kot oblika izvajanja gospodarske javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema prideta v poštev le javno podjetje in koncesija.

Ker je javno podjetje pravna oseba javnega prava v lasti ene ali več občin, je edini način, na katerega lahko po ureditvi v ZGJS, posledično pa tudi v ZOP, pravna oseba zasebnega prava izvaja gospodarsko javno službo dejavnost operaterja distribucijskega sistema, podelitev koncesije. Dejanski učinek omejitve v EZ-2, da se podeljujejo in podaljšujejo koncesije, bo zato, da pravne osebe zasebnega prava, kar vključuje vse dosedanje koncesionarje, da bodo po uveljavitvi EZ-2 lahko opravljali svojo gospodarsko dejavnost le do poteka roka koncesije, ki jo imajo in jo bodo le izjemoma lahko podaljšali. Ostali bodo s precejšnjimi nasedlimi investicijami, poleg tega pa jih onemogočanje nadaljevanja opravljanja gospodarske dejavnosti lahko pahne v stečaj ter njim ali lastnikom povzroči veliko škodo.

Vendar operaterji distribucijskih sistemov niso edini subjekti, na katerih pravice in pravni položaj bo obravnavana ureditev prepovedi podeljevanja in podaljševanja koncesij močno vplivala. V prvi vrsti gre za občine, katerim ta ureditev onemogoča izvajanje ene od njihovih izvirmih ustavnih pristojnosti, torej odločanje o načinu izvajanja določene gospodarske javne službe. Ob tem lahko občinam ta ureditev tudi povzroči veliko škodo, saj koncesijske pogodbe v primeru prenehanja pogosto določajo obveznost koncedenta, da odkupi neamortizirane vložke v omrežje. Poleg tega pa obravnavana zakonska omejitev podeljevanja in podaljševanja koncesij vpliva tudi na položaj uporabnikov sistema oziroma odjemalcev. Ti po preteku obdobja, ko jim je še zagotovljena dobava plina ne bodo več mogli uporabljati tega energenta za ogrevanje, pač pa bodo prisiljeni kljub veliki investiciji v ogrevanje s plinom investirati

²³ ZJZP ureja tudi t.i. statusna javno-zasebna partnerstva, ki jih na tem mestu ne obravnavamo, saj se prepoved iz 22. člen Predloga EZ-2 ne nanaša nanje. Vendar v praksi občine niso ustanovljale statusnih javno-zasebnih partnerstev za obravnavano gospodarsko javno službo.

v nov način ogrevanja, ki naj bi praviloma bil relativno draga toplotna črpalka. Posebno v večstanovanjskih stavbah pa se bodo ti odjemalci verjetno celo znašli v nemogočem položaju, da si sploh ne bodo mogli zagotoviti nobenega alternativnega načina ogrevanja.

Vsi ti učinki obravnavane zakonske ureditve prepovedi podeljevanja in podaljševanja koncesij pomenijo zakonske posege v ustavne pravice operaterjev distribucijskih sistemov, odjemalcev in občin. V nadaljevanju identificiramo, za katere ustavne pravice teh subjektov gre, vendar je uvodoma treba poudariti, da je po 15. členu Ustave poseg v ustavne pravice dopusten le, kolikor gre za varstvo pravic drugih, kar vključuje tudi varstvo javne koristi, in če je ta poseg izveden skladno z ustavnim načelom sorazmernosti. V nadaljevanju zato najprej obravnavamo vprašanje, ali so ti posegi v ustavne pravice skladni s 15. členom Ustave, torej ali so sorazmerni, v nadaljevanju pa tudi, ali so skladni s splošnim načelom enakosti pred zakonom, torej ali ne kršijo 14. člena Ustave.

4.2 Nesorazmerno poseganje v ustavne pravice

4.2.1 Splošno o načelu sorazmernosti pri poseganju v ustavne pravice pravnih ali fizičnih oseb

Načelo sorazmernosti v Ustavi ni izrecno omenjeno, izhaja pa iz zelo obsežne ustavnosodne prakse. Po tej praksi je splošno načelo sorazmernosti eno od temeljnih pravnih načel, ki izhaja iz 2. člena Ustave, po katerem je Slovenija pravna država. Načelo sorazmernosti morajo upoštevati javne oblasti pri vsakem svojem oblastnem delovanju in ima v pravu zato zelo širok pomen in vpliv. Pri obravnavani tematiki pa nas zanima načelo sorazmernosti kot kriterij, po katerem Ustavno sodišče presoja ustavno skladnost zakonskih določb, ki posegajo v ustavne pravice. Pri tem Ustavno sodišče izhaja iz ustavno dopustnega omejevanja ustavnih pravic v tretjem odstavku 15. člena Ustave: »Po določbi tretjega odstavka 15. člena Ustave so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ta Ustava. Ker za svobodo dela v 49. členu Ustave ni predvidena izrecna ustavna možnost zakonskega omejevanja te pravice, so ustavno dopustne le omejitve zaradi

varstva pravic drugih. Tako omejevanje je dopustno le v skladu z načelom sorazmernosti, po katerem mora biti tak poseg: a) primeren za doseg ustavno dopustnega zakonodajnega cilja; b) nujen, torej da cilj ni dosegljiv z blažjim sredstvom in c) sorazmeren s težo ene in druge ustavne pravice«²⁴.

Če ugotovimo, da zakonske določbe posegajo v ustavne pravice, je treba torej izvesti test sorazmernosti teh določb zakona. Test sorazmernosti je zelo jasno strukturiran in obsega naslednje:

1. identifikacija **legitimnega cilja**, ki je bodisi varovanje pravic drugih ali varovanje javne koristi – »Cilji zakonodajalca morajo biti opredeljivi, razumni in ustavno legitimni.«²⁵
2. ugotovitev **primernosti** zakonske ureditve za doseg tega cilja – »Pri ocenjevanju primernosti je treba ugotoviti, ali je v izpodbijani določbi zakona predvidena omejitev taka, da je z njo mogoče doseči ustavno dopustni zakonodajni cilj.«²⁶
3. ugotovitev **nujnosti** zakonskih omejitev ustavnih pravic – ocena, »ali je poseg sploh nujen (potreben) v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči brez posega nasploh (kateregakoli) oziroma da cilja ni mogoče doseči brez ocenjevanega (konkretnega) posega s kakšnim drugim, ki bi bil po svoji naravi blažji«²⁷
4. **test sorazmernosti v ožjem pomenu** – gre za oceno, »ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu oziroma načelo proporcionalnosti)«²⁸.

Včasih Ustavno sodišče kot test sorazmernosti obravnava le 2., 3. in 4. korak in obravnava identifikacijo legitimnega cilja kot predhodni korak, ki lahko šele sproži test sorazmernosti. Vsebinsko ta razlika ni bistvena. Samo, če prestane vse navedene točke, je zakonska ureditev, ki posega v ustavne pravice, ustavno skladna in je torej poseg v pravice dopusten.

²⁴ Odločba US v zadevi U-I-139/94, točka 11. obrazložitve.

²⁵ Odločba US v zadevi U-I-77/93, točka 40. obrazložitve.

²⁶ Odločba pod opombo 5, točka 13. obrazložitve.

²⁷ Odločba US v zadevi U-I-18/02, 25. točka obrazložitve.

²⁸ Isto tam.

4.2.2 Identifikacija posegov v ustavne pravice z omejitvijo podeljevanja in podaljševanja koncesij iz 22. člena Predloga EZ-2

Iz predstavitve učinkov v točki 4.1. tega mnenja izhaja, da obravnavana zakonska ureditev omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij v Predlogu EZ-2 predstavlja obsežne posege v ustavne pravice.

V prvi vrsti ta ureditev onemogoča operaterjem distribucijskih sistemov, torej zasebnim gospodarskim družbam, ki opravljajo gospodarsko dejavnost operaterja distribucijskega sistema plina, da bi po prenehanju sedanjih koncesij še opravljali svojo dejavnost. Ta ureditev bo po določenem obdobju v celoti onemogočila opravljanje te gospodarske dejavnosti na območju Republike Slovenije, razen izjemoma, ko rok koncesije še ne bo potekel ali jo bo mogoče podaljšati. To je nedvomno poseg v ustavno pravico svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave, ki obsega vsaj pravico pravnih in fizičnih oseb, da se ukvarjajo z gospodarsko dejavnostjo, ki jo želijo opravljati. Ta dejavnost je seveda lahko zakonsko regulirana, kar dejavnost operaterjev distribucijskih sistemov seveda je (in ima v okviru te regulacije status javne službe, kar ne izključuje gospodarske narave te dejavnosti), vendar pa popolno onemogočanje izvajanja te gospodarske dejavnosti pravnim osebam zasebnega prava²⁹ pomeni hud in jasen zakonski poseg v pravico operaterjev distribucijskih sistemov do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave.

Kolikor bodo kot posledica te zakonske ureditve obstoječi operaterji utrpeli škodo, zlasti zaradi nasedlih investicij in iz drugih razlogov, pa predstavlja obravnavana zakonska ureditev tudi poseg v premoženje obstoječih operaterjev, torej v lastninsko pravico teh oseb iz 33. člena Ustave. To velja ne glede na to, da bodo oškodovane osebe v določenem delu lahko škodo v odškodninskih postopkih izterjale od države, ki jim jo je z zakonsko ureditvijo povzročila. Vsaka zakonska ureditev, ki sistematično

²⁹ Ne prepoveduje pa je tudi pravnim osebam javnega prava. Že na tem mestu opozarjamo, da ta zakonska ureditev ne prepoveduje občinam, da ustanovijo javno podjetje, torej praviloma pravno osebo javnega prava, za izvajanje dejavnost operaterja distribucijskega sistema.

povzroči škodo, ki oškodovancem ni že na podlagi te zakonske ureditve povrnjena, predstavlja poseg v lastninsko pravico iz 33. člena Ustave³⁰.

Vendar obravnavana zakonska ureditev ne posega le v ustavne pravice operaterjev distribucijskih sistemov plina, pač pa tudi v ustavne pravice njihovih uporabnikov sistema, ki so tudi odjemalci zemeljskega plina. V prvi vrsti to pomeni poseg v njihovo svobodo ravnanja glede izbire energenta, ki ga bodo uporabljali. Splošna svoboda ravnanja izhaja iz 34. člena Ustave, ki zagotavlja pravico do osebnega dostojanstva in varnosti, ter 35. člena, ki zagotavlja varstvo osebnostnih pravic³¹. Ta splošna svoboda ravnanja pa nedvomno vključuje tudi pravico ljudi, da se znotraj splošnih okoljskih in prostorskih omejitev odločijo za tisti način ogrevanja svojega stanovanja, ki jim najbolj ustreza. S tem, ko bo določenim odjemalcem obravnavana zakonska ureditev onemogočila uporabo plina za ogrevanje, bo močno posegla v to njihovo ustavno pravico. Pri tem posebej opozarjamo, da tam, kjer distribucijo zemeljskega plina izvaja javno podjetje, ta pravica ne bo kršena, kar pomeni, da sploh ne gre za okoljsko ali prostorsko omejitev, pač pa za diskriminatorno omejitev na podlagi pravnega statusa operaterja.

Odjemalcem bo obravnavana zakonska ureditev tudi posegla v pravico do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave, saj jim bo povzročilo velike stroške z zamenjavo energenta.

Na koncu je treba omeniti še poseg občinam v pravice lokalne samouprave iz 9. in 140. člena Ustave. Ta pravica nedvomno obsega pravico odločanja o načinu izvajanja izbirne lokalne gospodarske javne službe, kar je izvirna pristojnost občine. Omejitev te izvirne pristojnosti pomeni poseg v ustavno pravico občin. Ne gre sicer za enako individualno pravico, kot gre v primeru operaterjev in odjemalcev, kljub temu pa gre za

³⁰ Tako je US v združenih zadevah U-I-133/13 in 134/13 ugotovilo, da pomeni nesorazmeren poseg v lastninsko pravico lastnika nepremičnine zakonska ureditev, ki omogoča investitorju uporabo te nepremičnine za gradnjo še pred pridobitvijo posesti v razlastitvenem postopku.

³¹ Glej odločbo US v zadevi U-I-137/93: 35. člen Ustave »s tem, ko jamči nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti ter njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic, zagotavlja tudi t.i. splošno svobodo ravnanja ljudi.«.

precej hudo omejitev izvirne pristojnosti občine, ki je zagotovljena s 139. členom Ustave³².

Ugotoviti je torej mogoče, da obravnavana zakonska ureditev najbolj očitno in obsežno posega v ustavno pravico operaterjev do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave in do lastninske pravice iz 33. člena Ustave. Poleg tega pa posega še v splošno svobodo ravnanja uporabnikov sistema in odjemalcev plina iz 34. in 35. člena Ustave ter tudi v njihovo pravico do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave. Ne nazadnje pa ta ureditev posega tudi v pravico do lokalne samouprave občin iz 9. in 140. člena Ustave.

4.2.3 Ali obstoji legitimen cilj za te posege?

Kot je navedeno zgoraj, mora zakonodajalec za poseg v ustavne pravice imeti razlog v tem, da s tem zasleduje legitimen cilj, ki predstavlja bodisi varstvo pravic drugih ali pa doseganje javne koristi. Ta cilj mora biti jasno določen, ugotovljiv iz predloga zakona in ustavno legitimen, torej tak, da je ustavno dopusten in ne nasprotuje ustavnim vrednotam.

Predlog EZ-2 določa v točki 2.1. naslednje glavne cilje predlaganega zakona:

- sistemska ureditev materije,
- večja preglednost pravne ureditve na tem področju,
- zanesljiva oskrba z energijo,
- zagotavljanje učinkovite konkurence na trgu energije,
- prehod na nizkoogljično družbo,
- zagotavljanje učinkovitega nadzora nad izvajanjem določb tega predloga zakona,
- poenostavitev postopkov pridobivanja sredstev.

Kot je razvidno iz nadaljnjega besedila tega mnenja, je za oceno ustavne skladnosti pomembno, kateri cilj ali cilje zasledujejo obravnavane določbe Predloga EZ-2.

³² V zadevi U-I-4/99 je US obravnavalo zakonski poseg v pravice novo nastalih občin, da upravljajo z do tedaj skupnim premoženjem. Pri tem je uporabilo test sorazmernosti in ugotovilo, da gre za neprimerno sredstvo za doseg zatrjevanega cilja.

Obrazložitev členov v Predlogu EZ-2 navaja za celoten 22. člen še dva cilja: »spodbujati uporabo obnovljivih virov energije in povečati energetska učinkovitost stavb, kar je ključno za doseganje ciljev trajnostnega razvoja in zmanjšanje vpliva na okolje.«. Ta dva cilja sicer nista navedena med glavnimi cilji Predloga EZ-2, vendar ju je mogoče obravnavati kot podrejena cilja širšega cilja prehod na nizkoogljično družbo.

Že na tem mestu pa je treba opozoriti, da Predlog EZ-2 s tem, ko omejuje nasploh koncesije za distribucijo plina, omejuje tudi distribucijo plinov obnovljivega izvora. V tem delu pa ta cilj ni legitimen, ampak je nasprotno usmerjen proti večanju delež energije iz obnovljivih virov v Republiki Sloveniji. Predlog EZ-2 se sicer zdi, kot da bi nameraval vzpodbujati rabo plinov obnovljivega izvora, vendar z določanjem zelo visokih deležev plina obnovljivega izvora za podelitev novih koncesij ali podaljšanje obstoječih (podaljšanje sicer iz drugih zgoraj obravnavanih razlogov skoraj ni mogoče) v resnici onemogoča njegovo uporabo. Ti deleži bi morali biti bistveno manjši, da bi bili realno dosegljivi. Tako si je Avstrija določila do 2030 cilj, da bo 10% plina zagotovila iz bioplina, kar pomeni več kot 50-kratno povečanje avstrijske proizvodnje biometana³³. Že to je silno težko dosegljiv cilj, vendar vsaj temelji na realni oceni možnosti, medtem ko so kriteriji iz Predloga EZ-2 (80%) povsem nedosegljivi. To pa hkrati pomeni, da predlagane določbe o omejevanju distribucije plina le deloma vodijo dol navedenega ustavno dopustnega cilja, onemogočajo pa povečanje rabe obnovljivih virov energije.

Cilj zmanjševanja izpustov toplogrednih plinov in prehoda na nizkoogljično družbo je po našem mnenju dopusten in ustavno legitimen. Problem pa je, da se z obravnavanimi določbami EZ-2 o omejevanju distribucije plina le deloma zasleduje, v drugem delu pa hkrati omejuje možnost doseganja večjega deleža energije obnovljivega izvora. To še potrjuje, kot je navedeno v naslednji točki, da kriterij primernosti obravnavane zakonske ureditve ni izpolnjen.

4.2.4 Ali je ureditev primerna?

Naslednji korak testa sorazmernosti je ocena primernosti omejitve ustavnih pravic, ki jih določa obravnavana ureditev, in s tem celotne obravnavane ureditve omejitev

³³ Vir TV SLOVENIJA 1, 08.03.2024, DNEVNIK, 19:22.

podeljavanja in podaljševanja koncesij. V bistvu ocena primernosti predstavlja ugotavljanje, ali ta ureditev objektivno pripelje oziroma lahko pripelje do prej ugotovljenega legitimnega cilja. Gre torej za vprašanje, ali je ukrep iz zakonske ureditve primerno sredstvo za doseg tega cilja.

Obravnavana ureditev prepoveduje podeljevanje in podaljševanje koncesij in ne uporabe zemeljskega plina fosilnega izvora v distribucijskih sistemih, in s tem njegovega kurjenja v kurilnih napravah³⁴. Tudi po prenehanju pravne možnosti podelitve ali podaljšanja koncesij, bodo občine še vedno lahko ustanovile javno podjetje, ki bo opravljajo gospodarsko javno službo dejavnost operaterja distribucijskega sistema, saj Predlog EZ-2 v ničemer ne omejuje ustanovitve novega javnega podjetja in njegovega neomejenega izvajanja javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema. Občinam torej ne bo onemogočeno, da bi izvajale distribucijo zemeljskega plina fosilnega izvora tudi naprej, s čimer cilj iz prejšnje točke ne bo dosežen. Obravnavana ureditev torej ni primerno sredstvo za doseganje sicer legitimnega cilja zmanjševanja uporabe zemeljskega plina fosilnega izvora in s tem izpustov toplogrednih plinov.

To velja ne glede na to, da bodo morda v nekaterih redkih občinah³⁵ kljub vsemu dejavnost distribucije plina ukinili. Če je zakonska ureditev taka, da omogoča enostavno izogibanje njenemu učinku, tako da ni dosežen cilj, gre za neprimeren ukrep. Tako je Ustavno sodišče ugotovilo ob obravnavanju zakonske prepovedi sodniku ali tožilcu, da po prenehanju funkcije dve leti po prenehanju funkcije ne more imeti sedeža odvetniške pisarne na območju kraja, v katerem je opravljal to funkcijo. Cilj te ureditve naj bi bila zagotovitev nepristranskosti sojenja na sodiščih v teh krajih. Vendar je Ustavno sodišče ugotovilo, da lahko tak sodnik oziroma tožilec ustanovi odvetniško pisarno v drugem kraju in zastopa stranke pred sodiščem, kjer je opravljal funkcijo ter se tako izogne zakonski prepovedi, kar pomeni, da zastavljeni cilj te ureditve ni dosežen. Ustavno sodišče je odločilo, da ta zakonska prepoved ne vodi do

³⁴ Predlog EZ-2 sicer tudi prepoveduje projektiranje in vgrajevanje kurilnih naprav na zemeljski plin ali utekočinjen naftni plin, kar je tudi ustavno sporna ureditev, vendar ni predmet tega mnenja.

³⁵ Menimo, da bodo redke, saj je povsem nerazumno opustiti delujoč distribucijski sistem, če lahko občina preko javnega podjetja ali s statusnim JZP še naprej zagotovi njegovo delovanje. Res je sicer ustanovitev javnega podjetja zahteven podvig, saj je dejavnost distribucije plina izjemno kompleksna. Kljub temu pa to ni neizvedljivo. Še posebej ob upoštevanju, da lahko javno podjetje za številne storitve sklene pogodbe z usposobljenimi izvajalci plinske dejavnosti.

zastavljenega cilja, zato predstavlja neprimerno sredstvo, kar pomeni, da test sorazmernosti in izpolnjen.³⁶

Z enako argumentacijo tudi zakonska omejitev podeljevanja in podaljševanja koncesij ni primerno sredstvo za doseg cilja zmanjšanja uporabe zemeljskega plina fosilnega izvora. Ker lahko občina izvajanje distribucije zemeljskega plina organizira ne glede na to zakonsko omejitev v drugi obliki, je položaj povsem enak, kot v prejšnjem primeru. Zaradi možnosti, da se izvajanja distribucije zemeljskega plina v občini organizira na drugačen način in ne na podlagi podeljene koncesije, cilj zmanjšanja uporabe zemeljskega plina v distribucijskih sistemih ne bo dosežen oziroma se mu lahko občina izogne, zato obravnavana zakonska ureditev ne izpolnjuje pogoja primernosti v okviru testa sorazmernosti.

Obravnavana omejitev podeljevanja in podaljševanja koncesije za dejavnost operaterja distribucijskega sistema ne izpolnjuje pogoja primernosti v okviru testa sorazmernosti. Že to je dovolj za ugotovitev, da ureditev ne prestane strogega testa sorazmernosti in da je zato neskladna z Ustavo. Kljub temu v nadaljevanju obravnavamo še naslednja dva koraka testa sorazmernosti, torej nujnost in sorazmernost v ožjem pomenu.

4.2.5 Ali je obravnavana ureditev nujna?

Kot je navedeno zgoraj, kriterij nujnosti v okviru testa sorazmernosti zahteva, da je obravnavana ureditev, ki posega v ustavne pravice, najblažje možno sredstvo za doseg legitimnega cilja, ki je razlog zanjo. V okviru testa sorazmernosti je treba ugotoviti, ali ne obstojijo blažja sredstva, torej ukrepi in ureditve, ki manj posegajo v ustavne pravice.

Že na prvi pogled in brez dolge analize je mogoče ugotoviti, da taka sredstva obstojijo. V Sloveniji spodbujanje rabe obnovljivih virov energije in s tem seveda opuščanje rabe fosilnih goriv ureja Zakon o spodbujanju rabe obnovljivih virov energije (Uradni list RS, št. 121/21, 189/21, 29/22 - ZUOPVCE, 121/22 - ZUOKPOE, 158/22 - ZNPOVCE, 78/23

³⁶ Odločba US v zadevi U-I-201/93,

– ZUNPEOVE; v nadaljnjem besedilu: ZSROVE), ki prenaša v slovenski pravni red Direktivo (EU) 2018/2001 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o spodbujanju uporabe energije iz obnovljivih virov (UL L št. 328 z dne 21. 12. 2018, str. 82). Ta dva akta, zlasti ZSROVE, urejata številne načine spodbujanja rabe obnovljivih virov energije, zlasti različne finančne in druge spodbude za proizvodnjo in rabo električne energije iz obnovljivih virov in soproizvodnje z visokim izkoristkom, ukrepe za zagotavljanje višjega deleža obnovljivih virov v bruto končni porabi energije ter ukrepe za spodbujanje uporabe energije iz obnovljivih virov in odvečne toplote v sektorju ogrevanja in hlajenja.

Vsi ti ukrepi seveda bistveno manj ali sploh ne posegajo v ustavne pravice operaterjev distribucijskih sistemov, odjemalcev in občin. Poleg tega so tudi bolj učinkoviti, saj, kot je razvidno iz prejšnje točke, obravnavana omejitev podeljevanja in podaljševanja koncesij ni primerno sredstvo za doseganje cilja zmanjševanja uporabe zemeljskega plina fosilnega izvora v distribucijskih sistemih. Namesto, da bi zakonska ureditev spodbujala uporabo plinov obnovljivega izvora v lokalnih distribucijskih sistemih³⁷, jo s tem, ko močno omejuje koncesije v bistvu zmanjšuje, saj z ukinitvijo koncesij onemogoča uporabo plina obnovljivega izvora.

Iz vseh teh razlogov menimo, da obravnavana zakonska ureditev omejitve podeljevanja in podaljševanja koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega sistema ne izpolnjuje kriterija nujnosti v okviru testa sorazmernosti.

4.2.6 Ali obravnavana ureditev izpolnjuje kriterij sorazmernosti v ožjem pomenu?

Zadnji korak testa sorazmernosti je tehtanje teže posegov v ustavne pravice in cilja, ki je razlog za to poseganje v ustavne pravice. Praviloma se ta test izvede le v primeru, da so drugi kriteriji testa sorazmernosti izpolnjeni, kot zadnji preizkus, ali ni zakonodajalec nesorazmerno posegel v ustavne pravice. V obravnavanem primeru niti

³⁷ S tem bi bilo postopoma mogoče tudi omogočiti doseganje 80% deleža obnovljivih plinov v distribucijskem sistemu, ki omogoča tudi podeljevanje novih koncesij. Vendar, doseganje tega cilja zahteva več časa in zlasti več spodbud, ki morajo biti temu namenjene.

kriterij primernosti niti kriterij nujnosti nista izpolnjena, zato o tem zadnjem kriteriju le kratko.

Iz točke 4.2.2. tega mnenja je očitno, da obravnavana zakonska ureditev močno posega v ustavne pravice. Zlasti je intenziven poseg v ustavno pravico svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave) zasebnih izvajalcev gospodarske dejavnosti operaterja distribucijskega sistema, saj jim opravljanje te dejavnosti v Sloveniji praktično prepoveduje. Hkrati bo sedanjim koncesionarjem ta ureditev tudi posegla v ustavno pravico do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave zaradi škode (lahko tudi stečajev in likvidacij), ki jo bodo zaradi obravnavane zakonske ureditve utrpeli. Zelo hud bo tudi poseg v splošno svobodo ravnanja (34. in 35. člen Ustave) uporabnikov sistema oziroma odjemalcev plina iz distribucijskega sistema, pa tudi v njihovo pravico do zasebne lastnine. Hud pa je tudi poseg v ustavno pravico občine do urejanja svoje izvorne ustavne pristojnosti iz 140. člena Ustave. Obravnavana ureditev torej predstavlja zelo hude in intenzivne posege v ustavne pravice.

Na drugi strani pa je treba upoštevati, da gre sicer za pomemben in legitimen cilj v javnem interesu, vendar se lahko ta doseže tudi na načine, ki manj intenzivno posegajo v ustavne pravice. Zlasti pa je treba upoštevati, da obravnavana zakonska ureditev sploh ni primerno sredstvo za doseg tega cilja, kot je ugotovljeno zgoraj. Učinki zakonske ureditve omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij iz osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 bodo torej glede doseganja tega legitimnega cilja majhni ali jih sploh ne bo.

Če torej tehtamo zelo hude posege v ustavne pravice, ki jih povzroči obravnavana zakonska ureditev omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij iz osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 na eni strani, in majhne ali sploh nikakršne učinke za doseganje sicer pomembnega in legitimnega cilja zmanjševanja uporabe zemeljskega plina fosilnega izvora, je očitno, da tudi kriterij sorazmernosti v ožjem pomenu ni izpolnjen. Poseg v ustavne pravice je v primerjavi z njegovimi majhnimi učinki za doseganje tega cilja bistveno prehud.

4.2.7 Sklepno o sorazmernosti zakonske ureditve omejitve podeljevanja in podaljševanja koncesij iz 22. člena Predloga EZ-2

Iz vsega povednega izhaja, da obravnavana zakonska ureditev omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij iz osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 izpolnjuje morda le prvi kriterij, torej kriterij legitimnega cilja v javno korist. Nikakor pa ta ureditev ne izpolnjuje kriterija primernosti, prav tako pa tudi ne kriterija nujnosti. Tudi kriterij sorazmernosti v ožjem pomenu zaradi intenzivnih in hudih posegov v ustavne pravice ni izpolnjen.

Glede na to je treba ugotoviti, da obravnavana zakonska ureditev omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij iz osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2, predstavlja nesorazmeren poseg v ustavne pravice, zato te določbe niso skladne z Ustavo. V obliki, kot so sedaj zapisane v Predlogu EZ-2, bi jih Ustavno sodišče zato razveljavilo, če bo sprožen postopek ocene ustavnosti teh zakonskih določb.

4.3 Kršitev načela enakosti pred zakonom

Poleg navedenega neskladja z Ustavo, ki je v tem, da obravnavana zakonska ureditev nesorazmerno posega v ustavne pravice, pa je ta ureditev tudi arbitrarna in s tem krši 14. člen Ustave, ki ureja enakost pred zakonom.

4.3.1 Splošno o načelu enakosti pred zakonom

Eno temeljnih ustavnih načel je enakost pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave. Splošno načelo enakosti pred zakonom zahteva, da zakonodajalec bistveno enake položaje ureja enako, različne pa različno. Ustavno sodišče pri oceni skladnosti zakonodajne rešitve z načelom enakosti pred zakonom presoja, ali je zakonodajalčevo razlikovanje oziroma nerazlikovanje pravnih razmerij objektivno utemeljeno. Ugotavlja torej, ali ni zakonodajalčevo ravnanje morda arbitrarno, ker za različno ali enako ureditev ne obstajajo razumni in stvarni razlogi³⁸. Po ustaljeni ustavnosodni presoji

³⁸ Odločba Ustavnega sodišča U-I-184/00.

načelo enakosti pred zakonom ne pomeni, da bi predpis - kadar podlaga za različno urejanje niso okoliščine iz prvega odstavka 14. člena - ne smel različno urejati položajev pravnih subjektov, pač pa, da tega ne sme početi samovoljno, brez razumnega in stvarnega razloga. Za razlikovanje mora torej obstajati razumen, iz narave stvari izhajajoč razlog.

Pri zakonskem urejanju pravic in obveznosti pravnih subjektov, ki so v enakem položaju, mora zakonodajalec zagotoviti, da bo zakon pravne subjekte, ki so glede dejanskega stanja v enakem ali primerljivem položaju, obravnaval enako, torej jim zagotavljal enake pravice in nalagal enake obveznosti. Hkrati pa načelo enakosti tudi zahteva, da zakon pravne subjekte, ki so v bistveno različnem položaju glede okoliščin, ki so relevantne za zadevno pravno urejanje, obravnava različno, skladno z razlikami v njihovem dejanskem položaju.

4.3.2 Kršitve načela enakosti v obravnavanem primeru

Obravnavana zakonska ureditev omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij iz osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 se nanaša na koncesije za distribucijo zemeljskega plina, ne pa tudi na tiste distribucijske sisteme, kjer je operater distribucijskega sistema javno podjetje. Kjer dejavnost operaterja distribucijskega sistema izvaja javno podjetje, zakon ne prepoveduje jasno in določno, da to dejavnost opravlja še naprej tudi po uveljavitvi EZ-2. Predlog zakona v desetem odstavku 22. člena Predloga EZ-2 sicer vsebuje besedilo, ki naj bi se nanašalo na javna podjetja, vendar je tako pomanjkljivo in nedoločno, da ga ni mogoče izvajati, če pa bi ga državni organi poskusili izvajati, pa bi v postopku ocene ustavnosti ta določba bila razveljavljena.

S tem zakon različno obravnava tiste operaterje, ki so javno podjetje in tiste, ki so koncesionarji, in le slednjim močno omejuje oziroma onemogoča opravljanje njihove gospodarske dejavnosti. Posledično pa različno obravnava tudi druge subjekte, katerih pravice omejuje, tako odjemalce kot občine. Odjemalce oziroma uporabnike distribucijskega sistema koncesionarjev spravlja v slabši položaj, kot uporabnike sistema javnih podjetij. Prvi bodo morali urediti drugačen način ogrevanja, kar je lahko zelo drag projekt, drugi pa bodo nemoteno lahko uporabljali zemeljski plin še naprej. Isto pa velja tudi za občine: obravnavana zakonska ureditev le občinam, ki imajo ali želijo zagotavljati oskrbo z zemeljskim plinom s koncesijo za izvajanje dejavnosti operaterja distribucijskega sistema Predlog EZ-2 prepoveduje, da zagotavljajo to gospodarsko javno službo v občini, ne pa tudi tistim, ki to javno službo zagotavljajo z javnim podjetjem, ki to lahko počno še naprej.

Ta razlikovanja pa so povsem arbitrarna. Kriterij razlikovanja je pravni status izvajalca dejavnosti (koncesionar ali javno podjetje), kar je povsem nepovezano z razlogi za to zakonsko ureditev. Ti razlogi so v zasledovanju cilja zmanjšanja emisij toplogrednih plinov z zmanjšanjem uporabe zemeljskega plina (torej plina fosilnega izvora) v distribucijskih sistemih. Glede na to okoliščino razlikovanje distribucijskih sistemov koncesionarjev od distribucijskih sistemov javnih podjetij ni niti najmanj razumno in stvarno povezano z razlogom te zakonske ureditve. Razlog razlikovanja torej nikakor ni razumen in stvarni razlog, ki je po praksi Ustavnega sodišča zahtevan za dopustnost

razlikovanja. Tako koncesionarji kot javna podjetja, ki izvajajo gospodarsko javno službo dejavnost operaterja distribucijskega sistema, so v enakem položaju glede vprašanja, koliko njihov sistem vpliva na izpuste toplogrednih plinov. **Zato očitno ni nobenega razumnega in stvarnega razloga za njihovo razlikovanje, kar pomeni, da je to razlikovanje arbitrarno in predstavlja očitno kršitev 14. člena Ustave.**

5 Sklepne ugotovitve

Na podlagi vsega navedenega je mogoče ugotoviti naslednje:

- **Nova ureditev koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega sistema in njihovega podaljševanja v Predlogu EZ-2 je še strožja od tiste, ki jo je določal predlog Zakona o energetske politiki; prepoved podeljevanja novih koncesij je popolna, podaljševanje koncesij pa je omejeno na primere, ko je tako podaljšanje jasno, določno in nedvoumno določeno v prvotni koncesijski pogodbi, ki je bila predmet razpisa, kar je zelo redko; le tiste koncesije, ki bodo ob uveljavitvi EZ-2 še trajale, se bodo nadaljevale do poteka njihovega roka, če ne bodo izjemno podaljšane, kot je predvideno v devetem odstavku 22. člena in skladno z Direktivo o podeljevanju koncesijskih pogodb; vsi ti učinki omejevanja koncesij za dejavnost operaterja distribucijskega sistema nastopijo takoj po uveljavitvi EZ-2, brez vsakega prehodnega obdobja;**
- **Treba je tudi upoštevati, da glede izvajanja javne službe dejavnost operaterja distribucijskega sistema v obliki javnega podjetja Predlog EZ-2 ne določa ničesar izvedljivega in se bo tudi po njegovi morebitni uveljavitvi še naprej lahko izvajala v obliki javnega podjetja pod enakimi pogoji, kot doslej; poleg tega je mogoče pričakovati, da bo določba desetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 razveljavljena v postopku ocene ustavnosti, saj je neskladna z zahtevo po jasnosti in določnosti predpisov, ki izhaja iz 2. člena Ustave;**
- **Zakonska ureditev omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij iz osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2 močno posega v ustavno pravico svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave**

gospodarskih subjektov, ki opravljajo dejavnost operaterja distribucijskega sistema plina, pa tudi v njihovo ustavno pravico varstva zasebne lastnine iz 33. člena Ustave, saj ne bodo mogli opravljati svoje dejavnosti; prav tako posega tudi v ustavno pravico splošne svobode ravnanja iz 34. in 35. člena Ustave odjemalcev plina, priključenih na distribucijske sisteme koncesionarjev, pa tudi v njihovo pravico do zasebne lastnine, saj bodo imeli velike stroške z menjavo energenta; končno pa posega tudi v izvirne pristojnosti občine, zagotovljene s 140. členom Ustave;

- Ti posegi so povsem nesorazmerni, saj ne izpolnjujejo kar treh kriterijev testa sorazmernosti od štirih; ureditev ne izpolnjuje kriterija primernosti, kriterija nujnosti in kriterija sorazmernosti v ožjem pomenu;
- Ta predlagana zakonska ureditev je tudi arbitrarna in v neskladju s 14. členom Ustave, saj brez razumnega in stvarnega razloga razlikuje med operaterji, ki opravljajo dejavnost na podlagi koncesije od tistih, ki opravljajo dejavnost kot javno podjetje;
- Glede na to je zakonska ureditev omejevanja podeljevanja in podaljševanja koncesij iz osmega in devetega odstavka 22. člena Predloga EZ-2, v neskladju z Ustavo in bi jo v primeru uvedbe postopka ocene ustavnosti Ustavno sodišče razveljavilo.

prof. dr. Rajko Pirnat