

# Svet za civilni nadzor projekta Drugi tir

---

Ljubljana, 24.4.2017

**PRILOGA** k pobudi Državnemu svetu za predlog Državnemu zboru o sprejemu avtentične razlage 8. člena Zakona o izgradnji, upravljanju in gospodarjenju z drugim tirom železniške proge Divača – Koper ( v nadaljevanju: zakon o 2. tiru). **Pripravila: Vika Kostič**

## Razlogi za potrebo po avtentični razlagi 8. člena zakona o 2. tiru

Zakon o 2. tiru že v prvem členu določa, da je njegova materija določanje pogojev družbe 2TDK d.o.o. za razvoj projekta drugega tira - (v nadaljevanju: družba).

Skladno s 4. členom zakona, je družba ustanovljena z namenom, da zagotovi izgradnjo in gospodarjenje z drugim tirom, in sicer v času trajanja koncesijske pogodbe, to je 45 let (22. člen zakona). Če tako določa zakon, izvaja družba tudi druge naloge, zvezane z drugim tirom. V drugem odstavku 4. člena zakon o 2. tiru določa, da sme družba opravljati druge gospodarske dejavnosti le v tolikšnem obsegu, kot to dopuščajo omejitve iz prvega odstavka 8. člena tega zakona.

V skladu z določbo 24. člena, sklene Koncesijsko pogodbo Republika Slovenija kot koncedent, v njenem imenu vlada, z družbo kot koncesionarjem neposredno brez izvedbe postopka podelitve koncesijske pogodbe, če so ob sklenitvi pogodbe izpolnjeni pogoji iz 8. člena tega zakona.

Naslov 8. člena zakona je »zagotavljanje pogojev za neposredno oddajo koncesijske pogodbe«. Da bi družbi lahko bil podeljen status notranjega izvajalca, kar omogoča, da se mu naročilo ali koncesija lahko podeli neposredno ker gre za gospodarski subjekt, ki pod nadzorom države (kot naročnika) izvaja dejavnosti iz njene pristojnosti, je v 8. členu zakona zapisano, kateri pogoji morajo biti za tak status izpolnjeni. Pri tem se je pripravljavec zakona zgledoval po pravni doktrini EU za in-house izvajalce, kakor razlaga na strani 10 predloga zakona.

(Za ta namen morajo biti izpolnjeni določeni pogoji, in sicer, da :

- javni naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe;
- odvisna pravna oseba izvaja več kot 80% svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je dal javni naročnik, ki jo obvladuje, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta javni naročnik;
- v odvisni pravni osebi zasebni kapital ni udeležen, razen v obliki neobvladujočega in nekontrolnega deleža zasebnega kapitala, ki se zahteva z določbami nacionalne zakonodaje in ki ne vpliva odločilno na odvisno pravno osebo.)

Določbe posameznih alinej, ki opisujejo te pogoje po doktrini prava EU, so v 8. členu sprejetega zakona o 2. tiru prilagojene inovativnemu modelu javno-javnega partnerstva. Ker je model novost, mu do popolne razvitosti manjkajo nekatera pojasnila, kar je opisano v nadaljevanju.

**Zakon o 2. tiru v 8. členu določa zelo širok okvir za razne nenavadne rešitve in popuščanja pri sklepanju družbene pogodbe o 2TDK d.o.o. z meddržavnim sporazumom. Primerno in pametno bi bilo, da se z avtentično razlago 8. člena zakona te škarje nekoliko priprejo v zaščito interesov države in njenih strateških naložb.**

**Doktrina prava EU določa, da mora in-house izvajalec izpolnjevati določene pogoje, ki so:**

**- javni naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe;**

Komentar: V primeru zakona o 2. tiru je javni naročnik R Slovenija, v njenem imenu vlada (24. člen), ki kot koncedent z družbo 2 TDK kot koncesionarjem sklene koncesijsko pogodbo neposredno, če so ob sklenitvi pogodbe izpolnjeni pogoji iz 8. člena tega zakona.

Glede na določbo drugega odstavka 5. člena zakona o 2. tiru, ki določa, pogoje, pod katerimi lahko pridobi poslovni delež v družbi druga država ali druge države članice Evropske unije, ali pravne osebe javnega prava v smislu predpisov o javnem naročanju, ki jih taka država ali države določijo, ob tem, da njihov delež v osnovnem kapitalu skupaj ne sme doseči ali preseči posamičnega deleža Republike Slovenije, se zastavi vprašanje ali je pogoj iz doktrine prava EU še izpolnjen. Upati je namreč, da država Slovenija in v njenem imenu vlada, svoje službe obvladuje sama, ne v družbeništvu z drugimi državami.

**Z avtentično razlago prvega pogoja iz doktrine prava EU, naj zakonodajalec pojasni pojem in pomen javnega naročnika po vstopu tujih družbenikov v 2TDK in postopke preverjanja o izpolnjevanju pogojev iz 2. in 3. odstavka 8. člena zakona.**

**- odvisna pravna oseba izvaja več kot 80% svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je dal javni naročnik, ki jo obvladuje, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta javni naročnik;**

V prvem odstavku 8. člena zakona o 2. tiru pa:

**(1) Družba mora ves čas trajanja koncesijske pogodbe zagotavljati, da najmanj 80% njenega skupnega povprečnega prometa v treh zaporednih letih izhaja iz dejavnosti za izpolnitev nalog iz tega zakona ali drugih nalog, ki jih je dal družbi kateri od družbenikov, ali oseba, ki jo ta družbenik obvladuje.**

Komentar:

- iz zakona je razumeti, da so **»dejavnosti za izpolnitev nalog iz tega zakona«** tiste, ki jih določa koncesijska pogodba in te se izpolnjujejo v 2TDK najmanj v 80% skupnega povprečnega prometa v zaporednih treh letih.
- **»ali drugih nalog«**; zakon v 4. členu res določa, da sme družba opravljati druge gospodarske dejavnosti, vendar le v tolikšnem obsegu, kot to dopuščajo omejitve iz prvega odstavka 8. člena tega zakona, teh omejitev pa v prvem odstavku 8. člena zakona o 2. tiru, ni. Doktrina prava EU tudi ne govori o drugih nalogah izven nalog, ki jih je družbi dal javni naročnik !
- **»ki jih je dal družbi kateri od družbenikov«** - družba 2TDK je d.o.o., sklenjena bo družbena pogodba v obliki meddržavnega sporazuma. Tuji družbenik ali družbeniki bodo imeli manjšinski delež v družbi skladno z določbo 5. člena zakona, vendar bodo lahko enakovredno dajali naloge družbi in to »druge naloge«, izven določb koncesijske pogodbe, brez omejitev. Taka določba napotuje na možnost, ki jo daje 506. člen ZGD-1, namreč, da imajo nekateri - tuji družbeniki več glasov na vsakih 50 € vložka, saj druge naloge delegirajo 2TDK z enakim upravičenjem kot večinski družbenik, ki je v imenu države Slovenije, njena vlada. Ta enakost glede dajanja nalog je razvidna iz zapisa »kateri od družbenikov«, se pravi večinski in manjšinski, izenačeno!!
- **»ali oseba, ki jo ta družbenik obvladuje«** - najprej se zastavlja vprašanje kdo je »oseba«, ali je to fizična ali pravna oseba in ali je pravna oseba javnega ali zasebnega prava? Prvi odstavek 8. člena se ne sklicuje na določbo 2. odstavka 5. člena, kjer je določeno katere osebe smejo postati družbeniki v 2TDK. Še bolj očiten odmik od doktrine prava EU pa je zapis, da to osebo obvladuje družbenik - katerikoli od družbenikov. Doktrina EU pravi, da gre za druge pravne osebe, ki jih obvladuje javni naročnik!!!, ne pa **katerikoli** od družbenikov.

## **Z avtentično razlago prvega odstavka 8. člena zakona o 2. tiru, naj zakonodajalec pojasni:**

1. pojem drugih nalog, kaj omejuje njihov obseg in v kakšnem razmerju so druge naloge do nalog iz podeljene koncesije. Če gre za druge naloge iz 4. člena zakona, zvezane z drugim tirom, jih je potrebno pojasniti in v 8. členu omejiti,
2. ali je namenoma predvideno, da bodo vsi družbeniki v 2TDK izenačeni glede upravljalških pravic, ne glede na višino deležev v kapitalu družbe, ter postopek po katerem se bodo delegirale družbi 2TDK d.o.o., druge naloge,
3. v kakšnem razmerju je določba »ali oseba, ki jo ta družbenik obvladuje« do prava EU, ki določa, da mora to pravno, in ne kar neko osebo, obvladovati javni naročnik in ne kateri od družbenikov, ter v kakšnem razmerju je ta določba do zapisanega v 2. odstavku 5. člena zakona o 2. tiru, po katerem država Slovenija družbo 2TDK d.o.o., obvladuje,
4. kakšen nadzor je predviden za osebe, ki jih obvladujejo družbeniki, če bodo po določbi 1. odstavka 8. člena zakona smele te osebe družbi 2TDK d.o.o. dajati druge naloge, brez vsakih zakonskih omejitev.

**- v odvisni pravni osebi zasebni kapital ni udeležen, razen v obliki neobvladujočega in nekontrolnega deleža zasebnega kapitala, ki se zahteva z določbami nacionalne zakonodaje in ki ne vpliva odločilno na odvisno pravno osebo.**

**Zakonodajalec naj v avtentični razlagi zavzame stališče ali je v pogojih, ko je država Slovenija in v njenem imenu vlada, obvladujoči družbenik družbe, sploh primerno, da se z meddržavnim sporazumom dopusti sodelovanje tujega zasebnega kapitala. Kako se v tem primeru predvideva nadzor vloge in pomena tega sicer deklariranega nekontrolnega in neobvladujočega deleža.**

Sprejete določbe 8. člena zakona o 2. tiru se bolj kot na izpolnitev pogojev za in-house izvajalca iz doktrine EU, kažejo kot okvir za delitev korporativnih pravic med večinskim in manjšinskimi družbeniki. Pomanjkanje jasnih rešitev na tem področju je najbolj očitno v naslednjih točkah:

1. Naloge družbe 2TDK iz zakona se zrelativizirajo. Opravlja dejavnosti za izvršitev nalog v skladu s koncesijo **ali** druge naloge, ki jih zakon ne opredeljuje in ne omejuje.
2. Ne glede na višino deleža v družbi, so pravice družbenikov, da dajejo druge naloge 2TDK izenačene, kar pomeni, da so pravice edinega javnega naročnika, to je vlade RS, v imenu države RS relativno manjše od pravic tujih, manjšinskih družbenikov.
3. Vlada RS nima nobenih pooblastil, da druge naloge, ki bi si jih utegnil zamisliti kateri od družbenikov kakorkoli omeji, nadzira, jih odreče. Kaj dela skupščina družbe 2TDK bo razvidno šele iz meddržavnega sporazuma, pri sklepanju katerega pa se bodo tuji družbeniki upravičeno sklicevali na široke pravice, ki jim jih daje 8. člen zakona o 2. tiru.
4. Družba 2TDK je ustanovljena za izgradnjo in gospodarjenje z 2. tirom za obdobje koncesijske pogodbe. Upravljanje s tirom bo podeljeno SŽ, skladno z ZzeIP. Koncesija bo podeljena za dobo 45 let. Z drugimi nalogami se v tem obdobju lahko več kot enkrat popolnoma onemogoči in izniči vse kar je v interesu države Slovenije in njene infrastrukture.
5. Naloga gospodarjenja z 2. tirom, ki jo koncesija podeljuje 2TDK pomeni, da so pogoji poslovanja Luke Koper odvisni od odločitev gospodarja 2. tira. Luka Koper bo na milost in nemilost prepuščena interesom družbenikov v 2TDK.
6. Zakon ne pozna nobene varovalke glede dokazovanja, da družbenik osebo, ki ima pravico dajati druge naloge 2TDK, obvladuje. Poznani so primeri, ko so družbe v navzkrižnem lastništvu. Primer sta lahko dve družbi, ki sta 100% lastnici ena druge. V takšnih pogojih ni mogoče vedno razločiti kdo koga v katerem primeru obvladuje in katera družba je na katerem področju obvladujoča in na katerem obvladovana. Brez nadzora se bo lahko kaj hitro zgodilo, da bo 2. tir dejansko obvladoval tuj privatni kapital, s tem pa tudi Luko Koper.
7. Potrebno si je odgovoriti, ali lahko pride do situacije, da bo zasebni kapital udeležen v 2TDK preko določb nacionalnih zakonodaj družbenikov, kakšni so postopki ugotavljanja in kakšne so posledice za družbenika, ki bi se tako spozabil ipd.

---

**Zakon o 2. tiru v 8. členu določa zelo širok okvir za razne nenavadne rešitve in popuščanja pri sklepanju družbene pogodbe o 2TDK d.o.o. z meddržavnim sporazumom. Primerno in pametno bi bilo, da se z avtentično razlago 8. člena zakona te škarje nekoliko priprejo v zaščito interesov države in njenih strateških naložb.**