

Predlog za avtentično razlago 8. člena ZIUGDT

Državni svet Republike Slovenije je na 28. izredni seji dne 26.4.2017 izglasoval odločilni veto na Zakon o izgradnji, upravljanju in gospodarjenju z drugim tirom železniške proge Divača-Koper (ZIUGDT).

Razlogi za zavrnitev v Državnem zboru R Slovenije sprejetega zakona o 2. tiru so:

1. Neprimernost sprejemanja zakona po nujnem postopku,
2. Negotove strukture financiranja (30. člen); zaenkrat je znanih le 200 mio. vložka države Slovenije v 2TDK d.o.o., ostali predvideni viri financiranja pa so za zdaj še negotovo dejstvo,
3. V javnosti vzbuja dvom način morebitnega sodelovanja Madžarske, konkretni pogoji tega sodelovanja pa niso znani. Ni odgovorjeno na vprašanje ali gre samo za donos na dano posojilo ali so v ozadju tudi kakšna druga pričakovanja v okviru morebitnega logističnega holdinga, ki pa je za Luko Koper d.d. z vidika njene nevtralnosti in s tem konkurenčne prednosti nesprijemljivo.
4. Nesprijemljiva je dodatna finančna obremenitev prevoznikov in Luke Koper d.d.,
5. DS opozarja tudi, da bi morala biti 2TDK družba z neomejeno odgovornostjo (d.n.o.) in ne d.o.o.
6. Po mnenju DS si javnost zasluži bolj jasno predstavitev možnosti financiranja, kateri bodo drugi viri financiranja, če pridobivanje EU sredstev ne bo uspešno.

V času, ko je bil zakon še v pripravi, so bile v javnost posredovane nekatere informacije o predvidenih rešitvah, ki so vzpodbudile več civilno družbenih skupin k predlaganju svojih, drugačnih rešitev, tako glede predvidene trase, kakor tudi glede graditve drugega tira z enim tirom, predvsem pa tudi glede načina financiranja in s tem v povezavi možnostjo vstopa druge države v celoten projekt. Glas civilne družbe je bil dovolj močan, da ga vladna koalicija ni mogla več preslišati. Usklajevanja zakona s civilno družbenimi skupinami, člani Sveta za civilni nadzor projekta 2. tir, ki so oblikovali strokovno utemeljene predloge, se je vladna stran nato lotila s figo v žepu in jih zaobšla.

V razpravi ob sprejemanju zakona je bilo tudi v Državnem zboru zaznati nelagodje v poslanskih vrstah, saj nejasnosti povečujejo tveganost celotnega projekta. Opozorila so bila dana predvsem glede morebitnega sodelovanja Madžarske v kapitalu projektne družbe 2TDK d.o.o. in s tem posledic pri izgradnji in gospodarjenju tako pomembnega infrastrukturnega projekta kakršen je železniška povezava na relaciji Koper-Divača.

O predlogu zakona in njegovem sprejemanju po nujnem postopku, sta svoje zadržke izrazila tudi KPK in predsednik Računskega sodišča, ki je opozoril na osem pasti nedorečenosti zakona in s tem nastanek pogojev za razvoj projekta po že videnih najslabših scenarijih.

Državni zbor je predlagani tekst zakona kljub vsem opozorilom javnosti in strokovne javnosti podprl in napovedal, da bo odgovore na nekatera nerazjasnjena vprašanja zahteval ob ratifikaciji napovedanega meddržavnega sporazuma o vstopu države Madžarske v družbo 2 TDK, s svojim deležem osnovnega kapitala. Vendar v postopku sprejemanja meddržavnega sporazuma zakon ne omogoča vlaganja amandmajev k besedilu meddržavne pogodbe, dopušča le amandmiranje k členom zakona o ratifikaciji. V primeru ponovnega izglasovanja zakona v DZ, ob nespremenjenem tekstu členov in brez avtentične razlage določb zakona, ki niso bile v postopku njegovega sprejemanja dovolj pojasnjene in ni znano kakšne posledice lahko iz njih nastanejo, bodo v primeru določb v 8. členu, dobile status zakonite podlage za vsebino meddržavnega sporazuma.

Zakonodajalec naj zato pred ponovnim sprejemanjem zakona, v cilju razjasnitve odprtih vprašanj, sprejme pobudo in pridobi avtentično razlago tistih določb 8. člena ZIUGDT, ki so ob sprejemanju zakona po nujnem postopku, ostale nepojasnjene ali ne dovolj pojasnjene in omogočajo različno razumevanje posameznih določb zakona.

Predlagatelj zakona je v obrazložitvi predloga zakona v poglavju 3. Cilji, načela in poglavitne rešitve, v točki 2.3. Poglavitne rešitve zapisal, da gre pri ustanovitvi družbe 2 TDK d.o.o. za notranjega izvajalca, po doktrini prava EU. Nadalje je zapisano, da gre za gospodarski subjekt, »ki pod nadzorom države kot naročnika izvaja dejavnosti iz njene pristojnosti, kar pomeni, da se mu naročilo ali koncesija lahko podeli neposredno.«

Za to, da družba 2TDK d.o.o. pridobi status in-house, to je notranjega izvajalca, morajo biti izpolnjeni določeni pogoji, ki so navedeni v Direktivah 2014/24 EU (člen 12: Javna naročila med osebami v javnem sektorju) in Direktiva 2014/25 EU (člen 28: Javna naročila med javnimi naročniki). Direktive EU so za države članice, zavezujoče glede rezultatov, ki jih je treba doseči. Nacionalni zakonodajalec mora sprejeti akt o prenosu, ki spreminja nacionalno zakonodajo v skladu s cilji Direktiv.

Glede pogojev za notranjega izvajalca, ki morajo biti izpolnjeni, da sme javni naročnik oddati javno naročilo neposredno, direktiva 2014/24 EU v členu 12, prvem odstavku, ki je podlaga za obrazložitev predloga ZIUGDT, določa:

Javno naročilo, ki ga javni naročnik odda pravni osebi zasebnega ali javnega prava, ne spada v področje uporabe te direktive, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- (a) javni naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe
- (b) 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, in
- (c) v odvisni pravni osebi neposreden¹ zasebni kapital ni udeležen, razen v obliki neobvladujočega in nekontrolnega deleža zasebnega kapitala, ki se – v skladu s Pogodbama – zahteva z določbami nacionalne zakonodaje in ki ne vpliva odločilno na odvisno pravno osebo.

Šteje se, da javni naročnik obvladuje pravno osebo podobno kot svoje službe, če odločilno vpliva na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe.

¹⁾ Beseda »neposreden« je iz teksta v obrazložitvi zakona o 2. tiru izpuščena

Vsebina 8. člena ZIUGDT je zagotavljanje pogojev za neposredno oddajo koncesijske pogodbe. Določbe, ki sledijo morajo zagotavljati, da so pogoji iz citirane Direktive izpolnjeni. Zahteva Direktive je, da so izpolnjeni vsí, v nadaljevanju 1. odstavka njenega 12. člena, navedeni pogoji.

Razlog za potrebo po avtentični razlagi: v 8. členu ZIUGDT in tudi sicer v zakonu ni jasno zapisano, da gre v primeru neposredne oddaje koncesijske pogodbe za javno naročilo, ki ga javni naročnik, Republika Slovenija in v njenem imenu Vlada sklene z družbo – 2TDK d.o.o.. Enako zakon ne omenja, da gre v primeru družbe, za odvisno družbo. Dosledno izmikanje uporabe navedenih pojmov v ZIUGDT, je dovolj pomemben razlog za ugotovitev, da zakon ne izpolnjuje v Direktivi naštetih pogojev za status notranjega izvajalca.

PREDLOG BESEDILA avtentične razlage:

Pogoj za neposredno oddajo koncesijske pogodbe je izpolnjen z naslednjimi določbami o odvisni družbi, javnem naročniku in javnem naročilu:

- družba 2TDK d.o.o. je odvisna družba iz druge alineje prvega odstavka 2. člena ZIUGDT, ki jo obvladuje Republika Slovenija po določbi 1. odstavka 5. člena zakona;
- javni naročnik je Republika Slovenija iz 1. odstavka 22. člena in 1. odstavka 24. člena ZIUGDT;
- javno naročilo so naloge iz 9. – 13. člena tega zakona, ki jih v okviru koncesijskega razmerja, izvaja odvisna družba 2TDK d.o.o..

Bolj obsežno pojasnilo je potrebno v primeru določb prvega odstavka 8. člena ZIUGDT, ki se glasi:

(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.

Razlog za potrebo po avtentični razlagi: vsebina člena od »ali drugih nalog, ki jih je dal družbi kateri od družbenikov, ali oseba, ki jo ta družbenik obvladuje«, ni v skladu s pododstavkom (b) predhodno navedenega 1. odstavka 12. člena Direktive.

PREDLOG BESEDILA avtentične razlage:

- črta se del besedila »ali drugih nalog«.

Druge naloge so v 1. odstavku 4. člena ZIUGDT omenjene kot tiste, ki »so zvezane z drugim tirom«, družba jih izvaja, če tako določa zakon. Naloge družbe so opredeljene v členih 9.-13., drugih nalog, zvezanih z drugim tirom iz 4. člena pa zakon ne omenja in ne opredeljuje v nobenem drugem delu. Gre za nejasno določbo, ki za družbo ne sme pomeniti obveznosti. Direktiva ne omenja možnosti izvajanja drugih nalog mimo nalog iz javnega naročila.

- črta se del besedila »ki jih je dal družbi kateri od družbenikov« in nadomesti z besedilom: ki jih je družbi dal javni naročnik oziroma organ upravljanja družbe.

Iz vsebine zakona ni razvidno, da bi bila družba že odvisna družba več družbenikov. V kolikor bo v družbo vstopil še kateri od družbenikov po meddržavni pogodbi, ki jo bo ratificiral Državni zbor, bo meddržavna pogodba dobila status družbene pogodbe, s katero se uredijo razmerja med družbeniki. Da bi v odvisni družbi, ki opravlja naloge javnega naročila, podeljene neposredno od javnega naročnika, vsak od morebitnih družbenikov sam delegiral katere naloge družba izpolnjuje, je v smislu učinkovitosti upravljanja, neizvedljiv scenarij. Direktiva določa, da družba izpolnjuje naloge, ki jih ji je dal javni naročnik, ki jo obvladuje in to naj bo okvir ZIUGDT.

- Črta se del besedila »ali oseba, ki jo ta družbenik obvladuje«

Edini družbenik družbe 2TDK je Republika Slovenija, ki je javni naročnik, ki bo družbi dal naloge z javnim naročilom, v obliki podeljene koncesije. Znotraj teh omejitev je skladno z Direktivo, da družba izpolni naloge tudi, če so jih dale druge pravne osebe (in ne kar nedefinirane osebe), ki jih ta javni naročnik-država Slovenija, obvladuje.

Nemogoče si je v skladu s predvideno rešitvijo v zakonu o drugem tiru zamisliti reševanje zapleta, ki nastane, ko sta družbenika na primer dva, vsak družbenik je suverena država, ki lahko v zasledovanju svojih interesov, družbi naloži naloge, ki z javnim naročilom niso opredeljene. Še huje postane, če take naloge lahko družbi da na primer pravna oseba, ki jo obvladuje tuja država, Republika Slovenija pa kot javni naročnik nima nobenih pristojnosti pri takem poseganju v naloge družbe iz javnega naročila.

Namen predlagane avtentične razlage 8. člena ZIUGDT mora biti dosežen s tem, da se pogoji neposredne oddaje javnega naročila, uredijo skladno s citiranim 1. odstavkom 12. člena Direktive 2014/24/EU, ki ga je v obrazložitvi k predlogu zakona, navedel predlagatelj. V obrazložitvi k posameznim členom predloga zakona je za 8. člen zapisano, da so pravila, po katerih je mogoče koncesijo podeliti neposredno izpeljana iz zahtev Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL L 94, 28.3.2014, str. 1; v nadaljevanju: Direktiva o podeljevanju koncesijskih pogodb), vendar so te v 17. členu Direktive 23 in 12. členu Direktive 24, zapisane identično.

Še pomembnejši je namen avtentične razlage v delu, ki zakonske določbe uskladi z zapisanim v obrazložitvi k predlogu zakona namreč, ga gre v primeru družbe 2TDK d.o.o. za gospodarski subjekt, ki pod nadzorom države kot naročnika, izvaja dejavnosti iz njene pristojnosti. Čez te zaveze naj zakon do morebitne obravnave meddržavne pogodbe o vstopu tujega družbenika v 2TDK d.o.o., ne posega.

Vika Kostič, SINTEZA-KCD