

Številka: 018-089/2024-9

Datum: 28. 8. 2024

SKLEP

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljevanju: Državna revizijska komisija) je na podlagi 18. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, št. 26/99 s sprem.); v nadaljevanju: ZPP) v povezavi s prvim odstavkom 13. člena Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Uradni list RS, št. 43/2011 s sprem.; v nadaljevanju: ZPVPJN) in 70. člena ZPVPJN v senatu Andraža Žvana kot predsednika senata ter Marka Medveda in Sama Červeka kot članov senata v postopku pravnega varstva v zvezi z opravljanjem lekarniške dejavnosti v kraju Pobegi v Mestni občini Koper in na podlagi vloge z dne 31. 5. 2024, poimenovane »*Zahtevak za revizijo*«, ki jo je vložil vlagatelj Lekarna Kosobrin, zdravstvene storitve, d. o. o., Grosuplje (v nadaljevanju: vlagatelj), zoper ravnanje subjekta Republika Slovenija, Ministrstvo za zdravje, Ljubljana (v nadaljevanju: Ministrstvo), 28. 8. 2024

odločila:

1. Vloga z dne 31. 5. 2024, poimenovana »*Zahtevak za revizijo*«, se zavrže.
2. Vlagateljeva zahteva za povrnitev stroškov se zavrne.

Obrazložitev:

Vlagatelj je 31. 5. 2024 na portalu eRevizija vložil vlogo z dne 31. 5. 2024, poimenovano »*Zahtevak za revizijo*« (v nadaljevanju: zahtevak za revizijo), v kateri je uveljavljal, da:

- je Ministrstvo kršilo Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL L št. 94 z dne 28. 3. 2014, str. 65; v nadaljevanju: Direktiva 2014/24) ter drugi odstavek 2. člena, 3., 17., 18. in 37. člen Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL L 94 z dne 28. 3. 2014, str. 1) (v nadaljevanju: Direktiva 2014/23), zaradi česar mu je onemogočen enakovreden dostop do izvajanja lekarniških storitev v kraju Pobegi v Mestni občini Koper,
- je Ministrstvo izpeljalo nezakonito javno naročilo izvajanja lekarniških storitev oziroma je javnemu zavodu za lekarniško dejavnost Obalne lekarne Koper (v nadaljevanju: Javni zavod) podelilo lekarniško koncesijo brez predhodne objave,
- je Ministrstvo z odločbo št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 Javnemu zavodu podelilo dovoljenje za poslovanje podružnice v kraju Pobegi, ki služi tudi kot podlaga za

- podelitev lekarniške pogodbene koncesije, ki je bila na tej podlagi sklenjena neoblično, brez javne objave in nezakonito,
- se koncesijska pogodba predvidoma izvaja od 9. 5. 2024, ko je nova lekarna začela delovati na podlagi odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024,
 - Mestna občina Koper ni sprejela koncesijskega akta za lekarniško storitev v kraju Pobegi, *»kar pomeni, da je«* Ministrstvo *»koncesijo podelil[o] izbranemu ponudniku še preden je izdal[o] končno odločbo na podlagi katere je lahko izbrani ponudnik pričel poslovati v podružnici«*,
 - je Upravno sodišče že večkrat presodilo, to pa je potrdilo tudi Vrhovno sodišče, da se koncesija lahko podeli izključno na podlagi koncesijskega akta občine oziroma na podlagi javnega razpisa, ki določa tudi koncesijsko območje,
 - podelitev dovoljenja za poslovanje podružnice Javnemu zavodu, ne da bi ta bil tudi v koncesijskem razmerju, ki določa koncesijsko območje, pomeni kršitev prava Evropske unije,
 - zakonito koncesijsko razmerje med Javnim zavodom in Mestno občino Koper ne obstaja, zato ga je Ministrstvo nadomestilo z nezakonito fiktivno sklenjeno koncesijsko pogodbo,
 - ni nikakršne pravne podlage, da bi se zasebni izvajalec lekarniških storitev lahko obravnaval manj ugodno kot javni lekarniški zavod in bi bilo ustanavljanje lekarn lahko urejeno bolj ugodno za kakšno vrsto izvajalcev lekarniške dejavnosti,
 - je 28. člen Zakona o lekarniški dejavnosti (Uradni list RS, št. 85/2016 s sprem; v nadaljevanju: ZLD-1), ki privilegiranim izvajalcem omogoča širjenje dejavnosti na podlagi običajnega upravnega postopka in brez javne objave, neskladen s 3. členom Direktive 2014/23,
 - njegovim navedbam pritrjuje dopis z dne 3. 4. 2018, s katerim Evropska komisija potrjuje, da ZLD-1 odpravlja razlike med zasebnimi in javnimi lekarnami glede širitve poslovanja z novimi podružnicami,
 - je treba dejansko pojasniti razmerje med ZLD-1, Zakonom o nekaterih koncesijskih pogodbah (Uradni list RS, št. 9/2019 s sprem; v nadaljevanju: ZNKP), Zakonom o javno-zasebnem partnerstvu (Uradni list RS, št. 127/2006; v nadaljevanju: ZJZP) in Direktivo 2014/23,
 - odlok o ustanovitvi javnega zavoda Obalne lekarnice Koper iz leta 1999 ne vključuje podružnice Pobegi, poleg tega pa ta gospodarski subjekt ni v koncesijskem razmerju z Mestno občino Koper, da bi obstajala pravna podlaga, na podlagi katere je Ministrstvo izdalo odločbo št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024,
 - iz ustanovnega akta in njegove spremembe je razvidno, da Javni zavod ne izpolnjuje pogojev iz 17. člena Direktive 2014/23 za izvzetje iz uporabe Direktive 2014/23,
 - Vrhovno sodišče lekarniško koncesijo označi kot posebno in izključno pravico, kakor jo določa 11. točka 5. člena ZJZP oziroma prva alineja 26. člena ZJZP, kar ni skladno z uporabo tega izraza po Direktivi 2017/23, zato je podana kolizija,
 - iz odgovora službe Europe Direct z dne 19. 6. 2023, ki jo upravlja Evropska komisija, Generalni direktorat za komuniciranje, izhaja, da koncesije ni mogoče šteti za posebno ali izključno pravico, temveč za pravico dostopa do opravljanja storitev,
 - skladno s 53. členom ZLD-1 je lekarniška koncesija, ki je podeljena mimo ZLD-1, nična,
 - pristojno sodišče še ni presojalo o lekarniških koncesijah in koncesionarju v primeru lekarniške dejavnosti skladno z ZNKP, Direktivo 2014/23, 49. oziroma 53. členom Pogodbe o delovanju Evropske unije (prečiščena različica, Uradni list C 326; v nadaljevanju: PDEU), temveč se presoja nacionalnih sodišč osredotoča izključno na določbe ZLD-1 in ZJZP, kar *»za predmetno revizijo ne zadošča«*,
 - zlasti izpodbija uporabo ZLD-1 na način, da b za določene občine in določene privilegirane izvajalce veljala različna pravila ustanavljanja lekarn, ker to krši načela enotnega trga Evropske unije oziroma načela dosledne in sistematične uporabe zakona pri omejevanju dostopa do izvajanja lekarniških storitev za vse izvajalce na enak način,
 - je Ministrstvo v času odprtega upravnega spora brez javnega razpisa podelilo koncesijo za območje, ki je predmet presoje na Upravnem sodišču v upravnem sporu v zadevi I U

- 376/2022, s čimer je vlagatelju tudi onemogočilo učinkovito pravno varstvo oziroma mu je kršilo pravico do pravnega sredstva s preventivnim učinkom,
- bi bila potrebna dodatna razlaga Direktive 2014/24, da bi se lahko potrdila kršitev, za tako razlago pa je izključno pristojno Sodišče Evropske unije,
 - so pogoji, ki so po nacionalni zakonodaji določeni za podelitev lekarniške koncesije, v nasprotju s pravom Evropske unije, ki ne ureja le podelitve koncesij, temveč tudi njihovo izvajanje,
 - razlaga Ministrstva, kot jo je podalo v odločbi št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024, pomeni kršitev drugega odstavka 2. člena in 3. člena Direktive 2014/23, ker Ministrstvo pojasnjuje ZLD-1 na način, da je zakonito, če se občinskim gospodarskim subjektom omogoči ustanavljanje lekarn brez javnega razpisa in koncesije tudi v primerih, ko niso izpolnjeni pogoji izvzjetja iz 17. člena Direktive 2014/23,
 - bi moralo Ministrstvo upoštevati načelo lojalnega sodelovanja in se zaradi predhodnega odločanja v zadevi C-715/23 vzdržati ukrepov v zvezi s podelitvijo koncesije.
- Vlagatelj je predlagal, da se zahtevku za revizijo ugotovi, ker se spozna, da je Ministrstvo kršilo pravo Evropske unije oziroma Direktivo 2014/23, zaradi česar »se koncesija spozna za nično in se odpravi«, in da se odpravi odločba št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024, uveljavljajal pa je tudi povračilo stroškov.

Vlagatelj je 3. 7. 2024 na portalu eRevizija vložil vlogo z dne 3. 7. 2024, poimenovano »predlog za začetek revizijskega postopka zaradi molka naročnika«, s katero je predlagal, da se začne revizijski postopek. Vlagatelj je ponovil navedbe iz vloge z dne 31. 5. 2024, dodatno pa je navedel, da ravnanje Ministrstva pomeni kršitev konkurenčnega prava in 102. člena PDEU, zaradi česar bi bilo treba obvestiti Javno agencijo za varstvo konkurence oziroma jo zaprositi za mnenje o ureditvi lekarniške dejavnosti glede na favoriziranje, ki ga je opisal. Vlagatelj je izpostavil, da je Sodišče Evropske unije že večkrat presoјalo o sistemu koncesij na drugačen način, kakor se lekarniške koncesije razlagajo v slovenskem pravnem redu, pri tem pa se je oprl na primer v združenih zadevah C-338/04, C-359/04 in C-360/04 z dne 6. 3. 2007 in opozoril na točko 49. Vlagatelj je opozoril na razlago pojmov koncesije, pravice do ustanavljanja, pravice do opravljanja storitev in pravice do samostojnega opravljanja reguliranega poklica farmacevta, kakor to pojasnjuje Sodišče Evropske unije, in navedel, da se ne zdijo povsem skladne z razlago nacionalnih sodišč niti z ravnanjem Ministrstva, kar povzroča pravno negotovost. Vlagatelj se je oprl na sodbo Sodišča Evropske unije v zadevi C-292/21 z dne 19. 1. 2023. Vlagatelj je opozoril na pravice, ki izhajajo iz 49. in 56. člena PDEU, ter se oprl na sodno prakso Sodišča Evropske unije. Vlagatelj je navedel, da se zaveda, da je Državna revizijska komisija na Sodišče Evropske unije vložila zahtevo za predhodno vprašanje, ali lekarniške storitve sodijo med dejavnosti, za katere velja Direktiva 2014/23, o čemer se odloča v zadevi C-715/23, vendar bo Sodišče Evropske unije posredno na to vprašanje odločilo že v zadevi C-447/22 P, v kateri je 18. 4. 2024 generalni pravobranilec že podal svoje mnenje, pri čemer iz točke 69 mnenja generalnega pravobranilca izhaja stališče o problematičnosti slovenske zakonske ureditve oziroma verjetna sistemska neskladnost z notranjim trgov Evropske unije. Vlagatelj je tudi predlagal, da se razširi odločanje Sodišča Evropske unije v zadevi C-715/23. Vlagatelj se je skliceval tudi na stališča iz upravnosodne prakse. Vlagatelj je menil, da sodna praksa Sodišča Evropske unije kaže, da je zelo verjetno, da lekarniške storitve v Sloveniji sodijo med t. i. storitve splošnega gospodarskega pomena, ki pa so izvete iz nekaterih določil prava Evropske unije in zanje velja široka diskrecija države ali občine, kako se take službe organizirajo, vendar je treba upoštevati drugi odstavki 106. člena PDEU, ki se nanaša na storitve splošnega gospodarskega pomena in je povezan z Zakonom o preglednosti finančnih odnosov in ločenem evidentiranju različnih dejavnosti (Uradni list RS, št. 33/2011; ZPFOLERD-1). Vlagatelj je navedel, da se lekarniške storitve na območju Slovenije izvajajo kot t. i. javna služba in zato domnevno spadajo med storitve splošnega gospodarskega pomena, za katere je bistven element, da se izvajajo na podlagi javnega pooblastila, ki je pooblastilo, ki se neposredno ali z izbirnim postopkom podeli s pravnim aktom

ali na podlagi pravnega akta (npr. zakona, predpisa ali upravnega akta vlade ali samoupravnih lokalnih skupnosti), pri čemer je treba upoštevati, da se javno pooblastilo lahko podeli na podlagi izbirnega postopka, lahko pa se podeli tudi neposredno npr. na podlagi upravnega akta občine. Vlagatelj je uveljavljal, da v primeru Ministrstva javno pooblastilo ni bilo podeljeno na podlagi izbirnega postopka niti na podlagi upravnega akta občine, če zakonito javno pooblastilo Javnemu zavodu sploh obstaja. Vlagatelj je opozoril na 50.b člen in drugi odstavek 61. člena Zakona o lokalni samoupravi (Uradni list RS, št. 72/93 s sprem.; v nadaljevanju: ZLS), ki ni skladen s 3. členom Direktive 2014/23, če bi že podelitev koncesije pomenilo tudi podelitev javnega pooblastila za izvajanje storitev splošnega gospodarskega pomena, ker tako pooblastilo ni skladno s pravom Evropske unije, če nima vseh potrebnih elementov, zato dvomi, da bi to lahko bilo javno pooblastilo v smislu drugega odstavka 106. člena PDEU, koncesija pa sama po sebi skladno z Direktivo 2014/23 ne pomeni tudi podelitve javnega pooblastila, ki je pojem, ki je povsem ločen od pojma posebne ali izključne pravice. Vlagatelj je navedel, če so lekarniške storitve spoznane za storitve splošnega gospodarskega pomena v smislu 106. člena PDEU, je treba ugotoviti, na kak način različni izvajalci pridobijo javna pooblastila, ker se dozdeva, da koncesija sama po sebi ni javno pooblastilo, temveč je koncesija le pravica do izvajanja storitev. Vlagatelj je predlagal, da se Sodišču Evropske unije postavi 11 vprašanj o razlagi prava Evropske unije, ki se nanašajo na lekarniške koncesije oziroma izvajalce lekarniške dejavnosti.

Ministrstvo je z vlogo št. 1600-65/2024-2711/2 z dne 12. 7. 2024 Državni revizijski komisiji posredovalo mnenje v zvezi z začetkom revizijskega postopka zaradi molka. Ministrstvo meni, da v skladu z ZPVPJN v povezavi z ZLD-1 ne more biti naročnik oziroma subjekt, ki izvaja javno naročanje v postopku izdaje dovoljenja za poslovanje podružnice lekarne, zaradi česar ne more biti pasivno legitimirano v tem postopku. Mrežo lekarniške dejavnosti na primarni ravni zagotavlja občina, v diskrecijski pravici občine pa je, ali bo ustanovila javni lekarniški zavod ali bo podelila koncesijo nosilcu lekarniške dejavnosti. Ministrstvo je navedlo, da zato tudi ni odločalo o zahtevku za revizijo, zaradi česar tudi do molka ni moglo priti. Ministrstvo je še navedlo, da pri koncesijah, ki jih ureja ZNKP, odloča Državna revizijska komisija, pravno varstvo po ZPVPJN pa se ne uporablja za tiste koncesije, ki jih ureja posamezna področna zakonodaja in se podeljujejo z izdajo upravne odločbe v upravnem postopku, zaradi česar Državna revizijska komisija ni pristojna za zagotavljanje pravnega varstva v postopku podelitve koncesije lekarnam oziroma dovoljenja podružnici lekarne, temveč se pravno varstvo zagotavlja v upravnem postopku in upravnem sporu. Ministrstvo je predlagalo, da se zahtevke za revizijo zavrže.

Državna revizijska komisija je kot prilogo dopisu št. 018-089/2024-3 z dne 22. 7. 2024 vlagatelju prek portala eRevizija posredovala vlogo št. 1600-65/2024-2711/2 z dne 12. 7. 2024 in mu omogočila, da se do nje opredeli.

Vlagatelj se je z vlogo z dne 24. 7. 2024, ki jo je na poziv Državne revizijske komisije št. 018-089/2024-6 z dne 2. 8. 2024 dopolnil s podpisom, opredelil do vloge št. 1600-65/2024-2711/2 z dne 12. 7. 2024 in navedel, da je Ministrstvo naročnik v smislu Direktive 2014/23 in pogosto nastopa v vlogi koncedenta, čeprav na sekundarni in terciarni ravni, vendar to ne pomeni, da ne more podeljevati koncesij na primarnem nivoju. Vlagatelj se je skliceval na člene 27–38 iz I. oddelka ZLD-1, po katerih naj bi bili javni zavodi izključeni iz pravil o uporabi koncesij, vendar takšna razlaga ZLD-1 ni skladna z Direktivo 2014/23. Iz 28. člena ZLD-1 je razvidno, da je Javni zavod lahko pridobil nezakonito koncesijo in sporno dovoljenje Ministrstva za izvajanje dejavnosti v upravnem postopku, ne da bi v postopku sodelovali vsi ustanovitelji Javnega zavoda, vendar bi moral biti izveden konkurenčni postopek in spremenjen akt o ustanovitvi zavoda. Vlagatelj je nadaljeval, da Javni zavod ne izpolnjuje potrebnih pogojev za izvzetje iz uporabe, kot to določa 17. člen Direktive 2014/23, zato zanj velja obveza koncesijskega razmerja na enak način, kot za druge izvajalce, zato je treba Javni zavod obravnavati skladno s 5. členom Direktive 2014/23 kot gospodarski subjekt oziroma podjetje, zaradi česar je v enakem položaju kot vlagatelj. Vlagatelj

je izpostavil, da je taka razlaga razvidna iz sodbe Splošnega sodišča v zadevi T-392/20 z dne 27. 4. 2022, enako pa izhaja tudi iz mnenja generalnega pravobranilca v zadevi C-447/22 P. Vlagatelj je opozoril, da pravnoorganizacijska oblika ali vrsta lastništva ne daje podlage, da bi se bilo mogoče sklicevati na izvzetje uporabe Direktive 2014/23, pri čemer tudi obstoja diskrecije ni mogoče razumeti na način, da se na tej podlagi izkrivlja in omejuje konkurenca med različnimi izvajalci, zato tudi ni mogoče trditi, da ima lahko Javni zavod položaj koncesionarja že na podlagi odloka o ustanovitvi Javnega zavoda, saj taka razlaga ZLD-1 ni dosledna in sistematična. Vlagatelj se pri tem sklicuje na položaj Javnega zavoda Lekarna Ljubljana. Vlagatelj vztraja, da je treba sodbe Vrhovnega sodišča razumeti, da izdaja dovoljenja za poslovanje podružnice oziroma lekarno, ki se lahko izda izključno koncesionarju določene občine, ne more veljati izključno za zasebne gospodarske subjekte, temveč velja enako pravilo tudi za javne lekarniške zavode, med katere spada Javni zavod, ki koncesije svojega ustanovitelja ni pridobil. Javni zavod bi bil izvzet iz uporabe Direktive 2014/23 le v primeru izpolnjenih pogojev iz 17. člena Direktive 2014/23, ki pa niso izpolnjeni. Vlagatelj sicer ugotavlja, da obstaja nasprotno tolmačenje Ustavnega sodišča v odločbi št. U-I-193/19-14 z dne 6. 5. 2021, ki pa ga ocenjuje kot neskladno s 3. členom Direktive 2014/23, saj da taka ureditev dejansko vodi v zapiranje trga in omejevanje konkurence, kar je v nasprotju s prevladujočim javnim interesom. Vlagatelj se je oprl na sodbo Sodišča Evropske unije v zadevi C-553/12 P z dne 17. 7. 2014, s katero utemeljuje obstoj izkrivljanja konkurence, ki je posledica ravnanja Ministrstva. Vlagatelj utemeljuje, da je pristojnost Državne revizijske komisije za odločanje v zadevi podana. Vlagatelj je izpostavil, da odločba o podelitvi koncesije na podlagi koncesijskega akta služi kot podlaga za sklenitev koncesijske pogodbe, kot je razvidna iz drugega odstavka 53. člena ZLD-1, koncesijski akt in odločba o podelitvi koncesije pa pomenita skladno s 5. členom Direktive 2014/23 koncesijski dokument. Vlagatelj je navedel, da bi bilo mogoče ZJZP uporabiti le v primeru izpolnjenih pogojev za izključitev oddelka II Direktive 2014/23 (členi 10–17) ali pod mejnim pragom za uporabo Direktive 2014/23, kar pa v tem primeru ni podano, saj je presežena mejna vrednost, ker trajanje koncesije ni omejeno, kakor določa 18. člen Direktive 2014/23. Vlagatelj je ponovil, da je treba zastaviti posamezna vprašanja Sodišču Evropske unije, po možnosti v že odprti zadevi C-715/23, sicer pa v novi ločeni zadevi.

Državna revizijska komisija v zvezi z vlagateljevim predlogom, da Državna revizijska komisija Sodišču Evropske unije zastavi vprašanja v predhodno odločanje v smislu 267. člena PDEU, pojasnjuje, da je postopek iz 267. člena PDEU instrument sodelovanja med Sodiščem Evropske unije in nacionalnimi sodišči, v okviru katerega prvo zadnjim da elemente razlage prava Unije, ki jih ta potrebujejo za rešitev spora, o katerem morajo odločiti (npr. sodbe Meilicke, C-83/91 z dne 16. 7. 1992, EU:C:1992:332, točka 22, Danske Slagterier, C-445/06 z dne 24. 3. 2009, EU:C:2009:178, točka 65, in Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10 z dne 15. 9. 2011, EU:C:2011:590, točka 16). V okviru tega sodelovanja velja domneva upoštevnosti vprašanj o pravu Evropske unije. Zavrnitev predloga nacionalnega sodišča s strani Sodišča Evropske unije je tako mogoča samo, če je očitno, da zahtevana razlaga prava Evropske unije nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari, če je vprašanje hipotetično ali če Sodišče Evropske unije nima na voljo dejanskih in pravnih elementov, ki so potrebni za to, da lahko na vprašanja, ki so mu predložena, da uporabne odgovore (npr. sodbe v združenih zadevah Cipolla in drugi, C-94/04 in C-202/04 z dne 5. 12. 2006, EU:C:2006:758, točka 25, v združenih zadevah Blanco Pérez in Chao Gómez, C-570/07 in C-571/07 z dne 1. 6. 2010, EU:C:2010:300, točka 36, in Unió de Pagesos de Catalunya, EU:C:2011:590, točka 17). Naloga Sodišča Evropske unije v okviru postopka predhodnega odločanja je prispevanje k izvajanju sodne oblasti v državah članicah, ne pa oblikovanje posvetovalnih mnenj o splošnih ali hipotetičnih vprašanjih (npr. sodbi Attanasio Group, C-384/08 z dne 11. 3. 2010, EU:C:2010:133, točka 28, in Unió de Pagesos de Catalunya, EU:C:2011:590, točka 18). Kot je pojasnilo Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up-1056/11-15 z dne 21. 11. 2013, SI:USRS:2013:Up.1056.11, točka 12, pogoje, pod katerimi morajo sodišča držav članic zadevo predložiti Sodišču Evropske unije, ureja tretji odstavek 267.

člen PDEU. Opustitev dolžnosti predložitve zadeve Sodišču Evropske unije mora biti skladna s sodno prakso Sodišča Evropske unije, izoblikovano glede tretjega odstavka 267. člena PDEU (tretji odstavek 3.a člena Ustave). Po njej morajo sodišča, kadar se pred njimi postavi vprašanje razlage prava Evropske unije, izpolniti svojo dolžnost, da Sodišču Evropske unije predložijo vprašanje, razen če se ugotovi, 1) da vprašanje ni upoštevno, pri čemer je nacionalno sodišče tisto, ki presodi o upoštevnosti vprašanja, 2) da je upoštevna določba Evropske unije že bila predmet razlage Sodišča Evropske unije ali 3) da se pravilna uporaba prava Evropske unije ponuja tako očitno, da ne pušča prostora za noben razumen dvom. Kot bo razvidno v nadaljevanju obrazložitve tega sklepa Državne revizijske komisije, vprašanja, za katera vlagatelj predlaga izvedbo postopka iz 267. člena PDEU, niso upoštevna za rešitev zadeve, pri čemer bi bila posamezna glede na dejanske okoliščine le hipotetična. Državna revizijska komisija še dodaja, da je Sodišče Evropske unije sicer tudi že razlagalo posamezne elemente, ki so relevantni za ugotavljanje obstoja javnega naročila ali koncesije, te elemente pa je Državna revizijska komisija tudi upoštevala pri sprejemu odločitve.

Po pregledu posredovane dokumentacije ter preučitvi navedb vlagatelja in Ministrstva je Državna revizijska komisija na podlagi razlogov, navedenih v nadaljevanju, odločila, kot izhaja iz izreka tega sklepa.

Vlagatelj z izpostavljanjem odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 očita Ministrstvu, da je v nasprotju z veljavnimi predpisi Javnemu zavodu oddalo javno naročilo oziroma podelilo koncesijo za izvajanje lekarniških storitev v kraju Pobegi. Čeprav Ministrstvo ni odločilo o zahtevku za revizijo, je v vlogi št. 1600-65/2024-2711/2 z dne 12. 7. 2024, o kateri se je vlagatelj izjasnil z vlogo z dne 24. 7. 2024, oporekalo svoji pasivni legitimaciji, hkrati pa je uveljavljalo, da se za sporno razmerje ne uporablja ureditev, zaradi katere bi bilo pravno varstvo zagotovljeno po ZPVPJN, zaradi česar ni podan molk naročnika v smislu četrtega odstavka 28. člena ZPVPJN in Državna revizijska komisija tudi ni pristojni organ za odločanje o pravnem varstvu.

Državna revizijska komisija je organ pravnega varstva po ZPVPJN, saj je poseben, neodvisen in samostojen državni organ, ki odloča o zakonitosti oddaje javnih naročil v vseh stopnjah postopka javnega naročanja (prvi odstavek 60. člena ZPVPJN), ima pa tudi pristojnosti za zagotavljanje pravnega varstva po določbah ZPVPJN pri sklepanju tistih javno-zasebnih partnerstev, ko se za njihovo sklenitev uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradenj (gl. 62. člen ZJZP), zagotavlja pa tudi pravno varstvo po določbah ZPVPJN v postopkih izbire koncesionarja po določbah ZNKP (gl. prvi in drugi odstavek 54. člena ZNKP). Pristojnost Državne revizijske komisije za zagotavljanje pravnega varstva po ZPVPJN tako določa le zakon, zato (javni) naročniki oziroma koncedenti in/ali vlagatelji ne morejo bodisi enostransko bodisi z medsebojnim dogovorom zahtevati, da Državna revizijska komisija odloča v sporu med (javnim) naročnikom oziroma koncedentom in vlagateljem, če za odločanje o sporu ne bi bila pristojna že na podlagi zakona. Iz navedenega tako sledi, da Državna revizijska komisija ne more vsebinsko odločiti o vlogi, če se njena vsebina ne nanaša na katerega izmed pravnih razmerij, v zvezi s katerimi zagotavlja pravno varstvo, temveč jo mora zavreči (prim. drugi odstavek 18. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZPVPJN). Državna revizijska komisija je (tudi glede na sicer nasprotujoči si stališči vlagatelja in Ministrstva o zagotavljanju pravnega varstva po ZPVPJN) tako morala najprej ugotoviti, ali je v zvezi z obravnavanim primerom organ, ki je na podlagi ZPVPJN pristojen za obravnavo spora med Ministrstvom in vlagateljem. Dejstvo, da naj bi vlagatelj vložil zahtevek za revizijo zoper napačni pasivno legitimirani subjekt, kot je izpostavilo Ministrstvo (vloga št. 1600-65/2024-2711/2 z dne 12. 7. 2024, str. 1), bi terjalo zavrnitev zahtevka za revizijo zaradi neutemeljenosti, ker pasivno legitimirani subjekt ne bi mogel storiti očitanih kršitev. Vendar zavrnitev zaradi ugovora pasivne legitimacije ne bi že sama po sebi razjasnjevala, ali se pravno varstvo v obravnavanem primeru sploh zagotavlja po ZPVPJN. Državna revizijska komisija se je

zato izrecno opredelila do vprašanja, ali se v obravnavanem primeru pravno varstvo zagotavlja po ZPVPJN.

Državna revizijska komisija je tako morala najprej razjasniti, ali izdaja odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 predstavlja bodisi javno naročilo bodisi koncesijo za storitve. Ne more pa biti sicer sporno, da vsebine razmerja, v zvezi s katerim je vlagatelj vložil zahtevek za revizijo, ni mogoče upoštevati kot gradnjo in s tem ne kot javno naročilo gradenj ali koncesijo za gradnje po predpisih, ki urejajo ta vprašanja (ZJN-3, ZNKP in ZJZP).

Javno naročilo pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katere predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev (1. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3). Ta definicija je vsebinsko enaka definiciji javnega naročila iz 5. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24.

Koncesija po ZNKP pomeni koncesijo za gradnje in koncesijo za storitve (1. točka 2. člena ZNKP). Koncesija za storitve skladno s 3. točko 2. člena ZNKP pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več koncedentov opravljanje in upravljanje storitev, razen izvajanja gradenj iz 2. točke 2. člena ZNKP, zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo le pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom, operativno tveganje pri izvajanju koncesije pa se prenese na koncesionarja, pri čemer se šteje, da koncesionar prevzame operativno tveganje, če pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnile naložbe ali stroški, ki nastanejo pri izvajanju storitev, ki so predmet koncesije. Ta definicija je vsebinsko enaka definiciji koncesije (za storitve) iz (alineje b) 1. točke 5. člena Direktive 2014/23.

Pojem „javno naročilo“ v smislu točke 5 prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24 in pojem „koncesija“ v smislu alineje b 1. točke 5. člena sta avtonomna pojma prava Evropske unije in ju je zato treba na ozemlju Evropske unije razlagati enotno, zaradi česar pravna kvalifikacija, ki jo pogodbi daje pravo države članice, ni upoštevna za ugotovitev, ali ta pogodba spada na področje uporabe ene ali druge od teh direktiv, in da je treba vprašanje, ali je treba pogodbo opredeliti kot koncesijo ali javno naročilo, presojati izključno glede na pravo Evropske unije (gl. npr. sodbo Sodišča Evropske unije v zadevi Sharengo, C-486/21 z dne 10. 11. 2022, EU:C:2022:868, točka 57). Iz primerjave definicij za ta pojma izhaja, da se koncesija za storitve od javnega naročila razlikuje v tem, da koncesionarju podeljuje pravico, eventualno skupaj s plačilom, do opravljanja storitev, ki so predmet koncesije, pri čemer ima koncesionar v okviru sklenjene pogodbe določeno ekonomsko svobodo pri določanju pogojev za opravljanje koncesijskih storitev in hkrati sprejema tveganje, povezano z opravljanjem navedenih storitev (gl. npr. sodbo Sodišča Evropske unije v zadevi Sharengo, C-486/21 z dne 10. 11. 2022, EU:C:2022:868, točka 60).

Glede na vsebinsko enakost definicij pojmov »javno naročilo« in »koncesija (za storitve)« po nacionalni zakonodaji (ZJN-3 in ZNKP) glede na pravo Evropske unije (Direktiva 2014/24 in Direktiva 2014/23) razlike v tolmačenju teh pojmov tako ne more biti.

Lekarniško dejavnost v Sloveniji ureja ZLD-1.

Izvajalec lekarniške dejavnosti je fizična ali pravna oseba s koncesijo za izvajanje lekarniške dejavnosti v skladu z ZLD-1, javni lekarniški zavod, bolnišnica ali drugi izvajalci v skladu ZLD-1 (8. točka prvega odstavka 4. člena ZLD-1).

Lekarniška dejavnost je javna zdravstvena služba, s katero se zagotavlja trajna in nemotena oskrba prebivalstva in izvajalcev zdravstvene dejavnosti z zdravili ter farmacevtska obravnava pacientov (prvi odstavek 5. člena ZLD-1). Lekarniška dejavnost se izvaja na primarni, sekundarni

in terciarni ravni zdravstvene dejavnosti (drugi odstavek 5. člena ZLD-1). Mrežo lekarniške dejavnosti v skladu z ZLD-1 na primarni ravni zagotavlja občina ali več sosednjih občin skupaj, na sekundarni in terciarni ravni pa država (tretji odstavek 5. člena ZLD-1).

Lekarniška dejavnost na primarni ravni se izvaja v lekarni, v podružnici lekarne ali s priročno zalogo zdravil (prvi odstavek 8. člena ZLD-1).

Podružnica lekarne se ustanovi na območjih, kjer število prebivalcev na gravitacijskem območju podružnice presega 2500 in je v kraju organizirana zdravstvena dejavnost na primarni ravni (prvi odstavek 10. člena ZLD-1). Podružnica lekarne lahko deluje samo pod strokovnim nadzorom lekarne, ki jo je organizirala, pri čemer je za poslovanje podružnice lekarne odgovoren vodja lekarne, ki je podružnico organizirala (drugi odstavek 10. člena ZLD-1). Dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne izda občina, na območju katere se podružnica lekarne ustanovi, na podlagi predhodnega mnenja Lekarniške zbornice Slovenije in soglasja ministrstva (tretji odstavek 10. člena ZLD-1).

Lekarniška dejavnost na sekundarni in terciarni ravni se izvaja v bolnišnični lekarni, ki jo organizira izvajalec zdravstvene dejavnosti na sekundarni ali terciarni ravni zdravstvene dejavnosti (prvi odstavek 12. člena ZLD-1).

Lekarniško dejavnost izvajajo izvajalci lekarniške dejavnosti na podlagi dovoljenja iz prvega odstavka 67. člena ZLD-1 (prvi odstavek 25. člena ZLD-1).

Izvajanje lekarniške dejavnosti v javnem lekarniškem zavodu urejajo člani 27–38 ZLD-1. Med drugim je določeno, da javni lekarniški zavod na primarni ravni (tj. javni zavod) na svojem območju ustanovi občina ali več sosednjih občin skupaj po predhodnem mnenju pristojne zbornice in s soglasjem ministrstva (prvi odstavek 27. člena ZLD-1). Vsaka občina ustanoviteljica javnega zavoda ima pravico in dolžnost v skupnem javnem zavodu zagotavljati izvajanje lekarniške dejavnosti na svojem območju ter sodelovati pri upravljanju javnega zavoda v sorazmerju s številom svojih prebivalcev (drugi odstavek 27. člena ZLD-1). Javni zavod ustanovi lekarno in podružnico lekarne kot svojo organizacijsko enoto za izvajanje lekarniške dejavnosti na območju občine ustanoviteljice oziroma občin soustanoviteljic v skladu z mrežo lekarniške dejavnosti na primarni ravni po predhodnem mnenju pristojne zbornice in s soglasjem ministrstva (28. člen ZLD-1).

Izvajanje lekarniške dejavnosti v koncesijskem razmerju urejajo člani 39–61 ZLD-1, pri čemer se koncesija podeli na podlagi javnega razpisa, ki se objavi na podlagi koncesijskega akta (prvi odstavek 43. člena ZLD-1), katerega vsebino določa prvi odstavek 42. člena ZLD-1.

Koncesionar organizira lekarne oziroma podružnice lekarn kot svoje organizacijske enote za izvajanje lekarniške dejavnosti na območjih, za katera ima koncesijo oziroma dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne, v skladu z mrežo lekarniške dejavnosti na primarni ravni po predhodnem mnenju pristojne zbornice in s soglasjem ministrstva (drugi odstavek 39. člena ZLD-1).

Izvajanje lekarniške dejavnosti se lahko začne z dnem pridobitve dovoljenja za izvajanje lekarniške dejavnosti, ki ga izda Ministrstvo (prvi odstavek 67. člena ZLD-1). Za izvajanje lekarniške dejavnosti se zahtevajo kader v skladu z določbami ZLD-1, ki urejajo farmacevtske strokovne delavce, prostori, oprema, primerna zaloga in vrste zdravil in vodenje dokumentacije (drugi odstavek 67. člena ZLD-1).

Postopek pridobitve dovoljenja se začne z vlogo izvajalca lekarniške dejavnosti, ki jo ta vloži pred začetkom izvajanja lekarniške dejavnosti, pri čemer obrazec vloge določi minister (prvi odstavek 68. člena ZLD-1). Izpolnjevanje pogojev za pridobitev dovoljenja v primerih iz prvega odstavka 68. člena ZLD-1 ugotavlja tričlanska komisija, ki jo imenuje minister (drugi odstavek 68. člena ZLD-1). Ministrstvo na podlagi ugotovitev komisije iz drugega odstavka 68. člena ZLD-1 izda dovoljenje (tretji odstavek 68. člena ZLD-1).

Iz predstavljenih pravnih podlag iz ZLD-1 izhaja, da na primarni ravni občina izvajanje lekarniške dejavnosti zagotovi z delovanjem lekarn (in s priročno zalogo zdravil pri zdravniku), te pa lahko zagotovi bodisi s (so)ustanovitvijo javnega lekarniškega zavoda (kar urejajo člani 27–38 ZLD-1) bodisi s podelitvijo koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti fizični ali pravni osebi (kar urejajo člani 39–61 ZLD-1). Tako v primeru ustanovitve javnega lekarniškega zavoda kot tudi v primeru podelitve koncesije za izvajanje lekarniške dejavnosti lahko občina pod pogoji iz 10. člena ZLD-1 dovoli tudi ustanovitev podružnice, ki lahko deluje samo pod strokovnim nadzorom lekarne, ki jo je organizirala, za njeno poslovanje pa je odgovoren vodja lekarne, ki je podružnico organizirala. To pomeni, da je podružnica organizacijska enota lekarne (prim. 28. člen ZLD-1 oziroma drugi odstavek 39. člena ZLD-1). Ustanovitev podružnice lekarne torej pomeni način notranje organizacije lekarne, ki pa ni odvisen od same lekarne, temveč od izpolnjevanja pogojev iz 10. člena ZLD-1, ter od pridobitve dovoljenj in soglasij, ki jih v primeru ustanovitve podružnice določa ZLD-1.

Državna revizijska komisija najprej ugotavlja, da vlagatelju ni sporno, da se kraj Pobegi nahaja v Mestni občini Koper (zahtevek za revizijo, str. 1), kar sicer potrjujeta petinšestdeseta alineja 2. točke 3. člena Zakona o ustanovitvi občin ter o določitvi njihovih območij (Uradni list RS, št. 60/94 s sprem.) in 5. člen Statuta Mestne občine Koper (Uradni list RS, št. 40/2000 s sprem.), niti mu ni sporno, da se odločba št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 nanaša na podružnico Javnega zavoda, v kar se je prepričala tudi Državna revizijska komisija z vpogledom v to odločbo.

Mestna občina Koper je poleg Občine Izola in Občine Piran soustanoviteljica Javnega zavoda (prvi odstavek 1. člena Odloka o preoblikovanju javnega zavoda za lekarniško dejavnost Obalne lekarne Koper, Uradne objave, št. 11/2000 in Uradni list RS, št. 4/2013; v nadaljevanju: Odlok PJZ). Dejavnost Javnega zavoda se izvaja v organizacijskih enotah, ki jih določa statut Javnega zavoda (prvi odstavek 4. člena Odloka PJZ). Državna revizijska komisija se je zaradi vpogleda v katalog informacij javnega značaja, nazadnje spremenjenega 24. 3. 2023, ki je na dan sprejema tega sklepa Državne revizijske komisije objavljen na spletni strani Javnega zavoda (<https://www.obalne-lekarne.si/informacije-javnega-znacaja/>), seznanila s Statutom javnega zavoda Obalne lekarne Koper št. 211-02/2013 z dne 13. 9. 2013 (v nadaljevanju: Statut JZ), ki je bil objavljen 22. 4. 2014 na spletni strani Javnega zavoda in je začel veljati 30. 4. 2014, pri čemer ne iz podatkov s spletne strani Javnega zavoda, kot so na dan sprejema tega sklepa Državne revizijske komisije navedeni v katalogu informacij javnega značaja, nazadnje spremenjenega 24. 3. 2023, ne iz podatka »ni vpisov«, kot je na dan sprejema tega sklepa Državne revizijske komisije navedeni v razdelku »Sprememba družbene pogodbe / statuta« v poslovnem registru pri Javni agenciji Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (AJPES), ni mogla ugotoviti, da je bil Statut JZ spremenjen. V prvem odstavku 7. člena Statuta JZ so naštete organizacijske enote, vendar med njimi ni našteta tudi Lekarniška podružnica Pobegi. Je pa v drugem odstavku 4. člena Odloka o določitvi mreže lekarniške dejavnosti na območju Mestne občine Koper (Uradni list RS, št. 131/2021; v nadaljevanju: Odlok DMLD), ki je začel veljati 21. 8. 2021 (8. člen Odloka DMLD), kar je kasneje, kot je začetek veljavnosti Statuta JZ, določeno, da Mestna občina Koper načrtuje, da se bo na območju Mestne občine Koper v kraju Pobegi organizirala podružnica lekarne.

Državna revizijska komisija nadalje ugotavlja, da je Mestna občina Koper, opirajoč se na 67. člen ZLS, tretji odstavek 10. člena in 28. člen ZLD-1 ter 4. člen Odloka DMLD, izdala odločbo št. 014-18/2020 z dne 21. 4. 2022, s katero je po pridobitvi predhodnega mnenja Lekarniške zbornice Slovenije št. 703-2/2021-71 z dne 22. 1. 2021 in soglasja Ministrstva št. 1600-156/2021/16 z dne 1. 4. 2022 Javnemu zavodu izdala dovoljenje za poslovanje lekarniške podružnice v kraju Pobegi (Lekarniška podružnica Pobegi) (1. točka izreka), začetek izvajanja lekarniške dejavnosti pa je bil odložen do izdaje dovoljenja v skladu s prvim odstavkom 67. člena ZLD-1 (2. točka izreka).

Kot je razvidno iz razdelka »datum vpisa pri registrskem organu« iz poslovnega registra pri AJPEŠ, je bila Lekarniška podružnica Pobegi 17. 1. 2024 vpisana pri registrskem organu.

Ministrstvo je s sklicevanjem, med drugim na 67. člen ZLD-1 (poleg 68. člena ZLD-1 in 21. člena Pravilnika o pogojih za opravljanje lekarniške dejavnosti, Uradni list RS, št. 28/2018 s sprem.), z odločbo št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 ugotovilo, da Lekarniška podružnica Pobegi izpolnjuje pogoje za opravljanje lekarniške dejavnosti, zato ji je izdalo dovoljenje za opravljanje lekarniške dejavnosti (1. točka izreka). Iz obrazložitve odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 je med drugim razvidno, da je Javni zavod vložil vlogo za verifikacijo Podružnične lekarnice Pobegi, pri čemer je Ministrstvo s sklepom št. C2711-24-178806 z dne 18. 3. 2024 imenovalo komisijo, ki si je 15. 4. 2024 ogledala lekarno in o tem sestavila zapisnik št. 1600-50/2023-2711-10, v katerem je ugotovila izpolnjevanje predpisanih pogojev.

Lekarniška podružnica Pobegi je glede na podatke s spletne strani Javnega zavoda, in sicer <https://www.obalne-lekarne.si/obvestila/otvoritev-lekarniske-podruznice-pobegi/> (vpogled na dan sprejema tega sklepa Državne revizijske komisije) začela delovati 6. 5. 2024, kar je še nekoliko prej, kot je uveljavljaj vlagatelj, ko se je skliceval na 9. 5. 2024 (zahtevek za revizijo, str. 3).

Na podlagi opisanega dejanskega stanja Državna revizijska komisija ugotavlja, da je Ministrstvo z odločbo št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 ugotovilo le izpolnjevanje »predpisanih pogojev« (tj. tistih iz drugega odstavka 67. člena ZLD-1), da se lahko začne opravljanje lekarniške dejavnosti v Podružnični lekarni Pobegi, medtem ko je bila odločba št. 014-18/2020 z dne 21. 4. 2022, ki jo je izdala Mestna občina Koper, tista, ki pomeni dovoljenje za poslovanje podružnice lekarnice v smislu tretjega odstavka 10. člena ZLD-1. Dejstvo, da v Statutu JZ ni (bila) zavedena izrecno tudi Podružnica lekarnice Pobegi, ne spremeni dejstva, da je bila v drugem odstavku 4. člena Odloka DMLD načrtovana organizacija podružnice lekarnice v kraju Pobegi in da je bila nato izdana odločba št. 014-18/2020 z dne 21. 4. 2022, s katero je Mestna občina Koper v kraju Pobegi in torej na svojem območju dovolila poslovanje podružnici Javnega zavoda, katerega je sama soustanoviteljica. Iz odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 tudi ne izhaja, da bi Ministrstvo kaj plačalo Javnemu zavodu, ker bi bilo Ministrstvo na strani povpraševanja in bi od Javnega zavoda prejelo blago, storitve ali gradnje, pač pa je moral Javni zavod poravnati stroške postopka za ugotovitev izpolnjevanja predpisanih pogojev za opravljanje lekarniške dejavnosti v Lekarniški podružnici Pobegi, o čemer mu je predložil potrdilo o plačilu. Že to plačilo stroškov, ki ga je izvedel Javni zavod Ministrstvu, dokazuje, da Ministrstvo zaradi izdaje odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 ni nastopalo v položaju naročnika v smislu točke a prvega odstavka 9. člena ZJN-3 oziroma 1. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24, čeprav ni sporno, da je Ministrstvo kot tako naročnik v smislu točke a prvega odstavka 9. člena ZJN-3 oziroma 1. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24. Ministrstvo zaradi izdaje odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 torej ni izvajalo javnega naročanja, pri čemer je treba upoštevati, da izdaja odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 ni akt poslovanja in Ministrstvo tako ni delovalo *iure gestionis* (kot deluje pri izvajanju javnega naročanja), temveč je izvrševalo svojo pristojnost po ZLD-1 in je torej delovalo *iure imperii* zaradi oblastnega ravnanja v upravnem postopku. Državna revizijska komisija tako zaključuje, da zaradi izdaje odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 razmerja med Ministrstvom in Javnim zavodom ni

mogoče obravnavati kot javno naročilo v smislu 5. točke prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24 oziroma 1. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3.

Tako je treba še razjasniti, ali bi bilo zaradi izdaje odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 mogoče razmerje med Ministrstvom in Javnim zavodom obravnavati kot koncesijo za storitve v smislu alinee b 1. točke 5. člena Direktive 2014/23 oziroma 2. točke 2. člena ZNKP. Odgovor na to vprašanje je kljub obširnemu vlagateljevemu utemeljevanju negativen.

Ministrstvo je sicer zavezanec za oddajo koncesij, ki jih določata Direktiva 2014/23 in tudi ZNKP, saj je kot državni organ javni naročnik v smislu 1. točke prvega odstavka 6. člena Direktive 2014/23 (zato zanj velja zahteva iz alinee a drugega odstavka 1. člena Direktive 2014/23) oziroma koncedent v smislu točke a prvega odstavka 21. člena ZNKP (zato zanj velja zahteva iz uvodne povedi iz prvega odstavka 21. člena ZNKP), vendar Ministrstvo (in s tem država) nima podlage v ZLD-1 za oddajo koncesij za lekarniško dejavnost na primarni ravni, saj mrežo lekarniške dejavnosti v skladu z ZDL-1 na primarni ravni zagotavlja občina ali več sosednjih občin skupaj (tretji odstavek 5. člena ZLD-1). Država zagotavlja mrežo lekarniške dejavnosti na sekundarni in terciarni ravni (tretji odstavek 5. člena ZLD-1). Ker Podružnica lekarne Pobegi ni bolnišnična lekarna (prim. prvi odstavek 12. člena ZLD-1), saj v kraju Pobegi tudi ni bolnišnice (vlagatelj tudi ne zatrjuje drugače), je očitno, da se z Lekarniško podružnico Pobegi ne zagotavlja mreža lekarn na sekundarni ali terciarni ravni. Z izdajo odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 ne Javnemu zavodu ne Lekarniški podružnici Pobegi tudi ni bila podeljena pravica do opravljanja lekarniške dejavnosti (prim. v tem smislu sodbo Sodišča Evropske unije v zadevi Sharengo, C-486/21 z dne 10. 11. 2022, EU:C:2022:868, točka 60), temveč, kot že predhodno navedeno, se je z njo ugotovilo le izpolnjevanje »predpisanih pogojev« (tj. tistih iz drugega odstavka 67. člena ZLD-1), da se lahko začne opravljanje lekarniške dejavnosti v Podružnični lekarni Pobegi. Ministrstvo zaradi izdaje odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 torej ni podelilo koncesije za storitve, pri čemer je treba ponoviti, da je Ministrstvo z izdajo odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 izvrševalo svojo pristojnost po ZLD-1 in je torej delovalo *iure imperii* zaradi oblastnega ravnanja v upravnem postopku. Državna revizijska komisija tako zaključuje, da zaradi izdaje odločbe št. 1600-50/2023-2711-14 z dne 24. 4. 2024 razmerja med Ministrstvom in Javnim zavodom ni mogoče obravnavati kot koncesijo za storitve v smislu alinee b 1. točke 5. člena Direktive 2014/23 oziroma 2. točke 2. člena ZNKP.

Kot pa je mogoče razumeti vlagatelja, ta v zahtevku za revizijo in nato tudi v vlogi z dne 3. 7. 2024 v bistvu zatrjuje, da je tudi (so)ustanovitev Javnega zavoda po svoji vsebini koncesija oziroma da bi se tudi za ustanovitev podružnice Javnega zavoda morali uporabljati predpisi o podeljevanju koncesij, in sicer zato, da se zagotovijo transparentnost, enakopravna obravnava gospodarskih subjektov in poštena konkurenca. Tudi v primeru, če bi bilo mogoče zavzeti stališče, da je bodisi (so)ustanovitev Javnega zavoda bodisi podelitev dovoljenja za poslovanje podružnice Javnega zavoda po vsebini ravnanje, ki bi ga bilo treba pojmovati kot podelitev koncesije za storitve v smislu alinee b 1. točke 5. člena Direktive 2014/23 oziroma 2. točke 2. člena ZNKP, bi bilo treba v tem primeru ugotoviti, da vlagatelj ni vložil zahtevka za revizijo zoper ravnanje Mestne občine Koper, torej občine, ki je v skladu z ZLD-1 tista, v katere pristojnosti je odločitev, ali bo (so)ustanovila javni lekarniški zavod oziroma bo izdala dovoljenje za poslovanje njegove podružnice. V skladu s prvim odstavkom 27. člena ZLD-1 namreč javni lekarniški zavod na primarni ravni na svojem območju ustanovi občina ali več sosednjih občin skupaj po predhodnem mnenju pristojne zbornice in s soglasjem Ministrstva, prav tako dovoljenje za poslovanje podružnice lekarne na podlagi tretjega odstavka 10. člena ZLD-1 izda občina, na območju katere se podružnica lekarne ustanovi, na podlagi predhodnega mnenja Lekarniške zbornice Slovenije in soglasja Ministrstva. Ministrstvo pri izdaji dovoljenja iz prvega odstavka 67. člena ZLD-1 po postopku, ki ga določa 68. člen ZLD-1, ne ustanovi (in ni ustanovilo) javnega lekarniškega zavoda (tj. Javnega zavoda) niti ne podeli (in ni podelilo) dovoljenja za poslovanje podružnice (tj.

Lekarniške podružnice Pobegi), temveč, kot je Državna revizijska komisija predhodno že pojasnila, zgolj ugotavlja izpolnjevanje »predpisanih pogojev« (tj. tistih iz drugega odstavka 67. člena ZLD-1), da se lahko v Lekarniški podružnici Pobegi začne opravljanje lekarniške dejavnosti, pri čemer je Mestna občina Koper pred tem na podlagi tretjega odstavka 10. člena ZDL-1 izdala dovoljenje za poslovanje podružnice. Vlagatelj zahtevka za revizijo ni vložil niti zoper ravnanje Mestne občine Koper, s katerim je ta soustanovila Javni zavod (prvi odstavek 27. člena ZLD-1), niti zoper odločbo št. 014-18/2020 z dne 21. 4. 2022, s katero je Mestna občina Koper, *in fine*, Javnemu zavodu izdala dovoljenje za poslovanje lekarniške podružnice v kraju Pobegi (Lekarniška podružnica Pobegi) (ravnanje iz tretjega odstavka 10. člena ZLD-1).

Državna revizijska komisija sicer pripominja, da vlagatelj ni vložil zahtevka za revizijo niti zoper Občino Izola in Občino Piran kot soustanoviteljici Javnega zavoda.

Vendar tudi v primeru, če bi bilo mogoče zavzeti stališče, da je bodisi (so)ustanovitev Javnega zavoda bodisi podelitev dovoljenja za poslovanje podružnice Javnega zavoda po vsebini ravnanje, ki bi ga bilo treba pojmovati kot podelitev koncesije za storitve v smislu alinee b 1. točke 5. člena Direktive 2014/23 oziroma 2. točke 2. člena ZNKP, in bi bil zahtevk za revizijo uperjen zoper ravnanje Mestne občine Koper (pa tudi morebiti zoper Občino Izola in Občino Piran), bi bilo treba razjasniti, ali (so)ustanovitev Javnega zavoda oziroma podelitev dovoljenja za poslovanje podružnice Javnega zavoda zapade pod postopkovna pravila podelitve koncesij za storitve po ZNKP ali pa bi bilo treba uporabiti katero od izjem, ki so določene v ZNKP, zaradi katerih se ZNKP ne uporablja. Ena izmed teh izjem je institut koncesij med subjekti v javnem sektorju iz 13. člena ZNKP, ki predstavlja prenos ureditve iz 17. člena Direktive 2014/23.

V skladu s prvim odstavkom 13. člena ZNKP se ZNKP, razen 25. člena (ki predpisuje študijo upravičenosti podelitve koncesije), ne uporablja za koncesijo, ki jo koncedent iz točk a, b ali c prvega odstavka 21. člena ZNKP podeli pravni osebi javnega ali zasebnega prava, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- a) ta koncedent obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe;
- b) odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 odstotkov svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je dal ta koncedent, ki jo obvladuje, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta koncedent;
- c) v odvisni pravni osebi ni neposredne udeležbe zasebnega kapitala, razen v obliki neobvladujoče in nezaviralne udeležbe, ki se zahteva na podlagi zakona

Če zaradi tega, ker je Mestna občina Koper soustanoviteljica Javnega zavoda, ne bi bil relevanten prvi odstavek 13. člena ZNKP, bi bil za njen položaj relevanten četrti odstavek 13. člena ZNKP, ki določa, da ne glede na točko a prvega odstavka tega člena lahko koncedent iz točke a, b ali c prvega odstavka 21. člena ZNKP, ki ne obvladuje pravne osebe zasebnega ali javnega prava, tej pravni osebi podeli koncesijo, ne da bi pri tem uporabil ZNKP, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- a) ta koncedent skupaj z drugimi koncedenti iz a), b) ali c) točke prvega odstavka 21. člena tega zakona obvladuje pravno osebo podobno kot svoje službe;
- b) pravna oseba izvaja več kot 80 odstotkov svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki so ji jih dali ti koncedenti, ki jo obvladujejo, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladujejo ti koncedenti;
- c) v odvisni pravni osebi ni neposredne udeležbe zasebnega kapitala, razen v obliki neobvladujoče in nezaviralne udeležbe, ki se zahteva na podlagi zakona.

V točki b prvega odstavka 21. člena ZNKP so določeni organi samoupravnih lokalnih skupnosti, Mestna občina Koper, tako kot Občina Izola in Občina Piran, ki so soustanoviteljice Javnega zavoda (prvi odstavek 1. člena Odloka PJZ in 1. člen Statuta JZ), pa so kot občine samoupravne

lokalne skupnosti (1. člen ZLS). Ureditev iz prvega in četrtega odstavka 13. člena ZNKP torej lahko velja za vse tri soustanoviteljice Javnega zavoda.

Vendar je vlagatelj nasprotoval možnosti sklicevanja na institut koncesij med subjekti v javnem sektorju iz 13. člena ZNKP (vloga z dne 3. 7. 2024, str. 8). Državna revizijska komisija se z vlagateljem ne strinja.

Javni zavod je ustanovljen za opravljanje lekarniške dejavnosti za območje občin Izola, Koper in Piran (prvi odstavek 3. člena Odloka PJZ).

Dejavnosti Javnega zavoda so določene v prvem odstavku 5. člena Odloka PJZ, pri čemer se njegova dejavnost šteje kot javna služba, katere izvajanje je v javnem interesu (drugi odstavek 5. člena Odloka PJZ). V tretjem odstavku 5. člena Odloka PJZ je določeno, katere posle sme Javni zavod opravljati poleg dejavnosti iz prvega odstavka 5. člena Odloka PJZ.

Organi Javnega zavoda so skladno s prvim odstavkom 6. člena Odloka PJZ svet zavoda, direktor in strokovni svet zavoda, skladno z drugim odstavkom 6. člena Odloka PJZ pa ima Javni zavod lahko tudi druge organe, ki jih določa zakon ali statut zavoda.

Svet Javnega zavoda skladno s prvim odstavkom 7. člena Odloka PJZ šteje 10 (deset) članov in ga sestavljajo:

- a) 6 (šest) članov, predstavnikov ustanoviteljic, in sicer 2 (dva) predstavnika Mestne občine Koper, 2 (dva) predstavnika Občine Piran in 2 (dva) predstavnika Občine Izola,
- b) 3 (tri) člani, predstavniki delavcev,
- c) 1 (en) član, predstavnik zavarovancev in drugih uporabnikov.

Iz prvega odstavka 7. člena Odloka PJZ je razvidno, da imajo ustanoviteljice Javnega zavoda v Svetu zavoda večino članov.

Svet zavoda sklepa veljavno, če je na seji prisotna več kot polovica članov sveta (prvi odstavek 26. člena Statuta JZ), pri čemer sprejema sklepe z večino glasov navzočih članov (drugi odstavek 26. člena Statuta JZ).

Ob upoštevanju, da je iz 26. člena Statuta JZ mogoče razumeti, da imajo glasovi članov sveta zavoda enako teža, lahko soustanoviteljice Javnega zavoda prek članov, ki so predstavniki ustanoviteljic, odločilno vplivajo na sprejemanje odločitev.

Svet Javnega zavoda skladno z 8. členom Odloka PJZ:

- sprejema statut in druge splošne akte;
- predlaga ustanoviteljicam spremembo in razširitev dejavnosti;
- imenuje in razrešuje direktorja po predhodnem soglasju ustanoviteljic;
- sprejema program dela;
- spremlja izvrševanje programa dela;
- sprejema finančni načrt in spremlja njegovo realizacijo;
- sprejema zaključni račun in ga posreduje ustanoviteljicam;
- sklepa o investicijah in investicijsko-vzdrževalnih delih;
- daje ustanoviteljicam in direktorju zavoda predloge in mnenja o posamičnih vprašanjih;
- sprejema program razreševanja presežnih delavcev;
- daje soglasje k sklepanju pogodb in sprejetim odločitvam, za katere je tako predvideno v pravilih;
- opravlja druge zadeve v skladu z zakonom in tem odlokom.

Poslovodni organ Javnega zavoda je direktor (prvi odstavek 9. člena Odloka PJZ), ki skladno z drugim odstavkom 9. člena Odloka PJZ organizira in vodi delo ter poslovanje Javnega zavoda, predstavlja in zastopa Javni zavod in je odgovoren za zakonitost in strokovnost dela Javnega zavoda.

Direktorja imenuje in razrešuje svet zavoda s soglasjem ustanoviteljic (prvi odstavek 10. člena Odloka PJZ).

Kot je razvidno iz Odloka PJZ, je Javni zavod ustanovljen za opravljanje lekarniške dejavnosti za območje občin ustanoviteljic, pri čemer imajo ustanoviteljice glede na organe in način njihovega določanja tudi odločilen vpliv na odločanje v Javnem zavodu. Vse ustanoviteljice so z enakim številom članov zastopane v svetu zavoda. Tako je upoštevajoč kriterije iz petega odstavka 13. člena ZNKP mogoče zaključiti, da je izpolnjen pogoj obvladovanja iz točke a četrtega odstavka 13. člena ZNKP. Državna revizijska komisija ni imela dejstvene podlage, da zaključi, da ni izpolnjen pogoj iz točke b četrtega odstavka 13. člena ZNKP, saj Javni zavod na območju ustanoviteljic opravlja lekarniško dejavnost, zaradi katere je bil ustanovljen, pri čemer lahko pri opravljanju lekarniške dejavnosti lahko izvaja le dejavnosti, ki so določene v prvem odstavku 5. člena Odloka PJZ, sme pa opravljati še posle, ki so primeroma naštetih v tretjem odstavku 5. člena Odloka PJZ. Vlagatelj tudi ni navedel nič, kar bi kazalo, da pogoj iz točke b četrtega odstavka 13. člena ZNKP ni izpolnjen. Na podlagi Odloka PJZ in Statuta JZ ni mogoče ugotoviti, da bi bil v Javnem zavodu neposredno udeležen zasebni kapital. To potrjuje vpogled v poslovni register pri AJPES, saj so le občine ustanoviteljice zavedene kot družbenice Javnega zavoda. S tem je izpolnjen tudi pogoj iz točke c četrtega odstavka 13. člena ZNKP.

Tako se izkaže, da se postopek podelitve koncesije za storitve po ZNKP ne uporablja ne za (so)ustanovitev Javnega zavoda ne za podelitev dovoljenja za poslovanje podružnice Javnega zavoda. Kar pomeni, da se pravno varstvo v teh primerih ne zagotavlja po ZPVPJN.

Državna revizijska komisija tako ugotavlja, da se zahtevek za revizijo nanaša na položaje, v zvezi s katerimi se pravno varstvo ne zagotavlja po ZPVPJN.

Državna revizijska komisija na podlagi vsega navedenega zaključuje, da ni pristojni organ za odločanje o pravnem varstvu, ki ga je vlagatelj uveljavljal z zahtevkom za revizijo, zato je treba zahtevek za revizijo zavreči (drugi odstavek 18. člena ZPP v povezavi s prvim odstavkom 13. člena ZJZP).

Na podani zaključek ne more vplivati vlagateljevo obsežno sklicevanje na sodno prakso, pa niti zatrjevani sporni položaj Lekarne Ljubljana zaradi delovanja v različnih občinah, saj je treba upoštevati, da predmet odločanja ni položaj zaradi Lekarne Ljubljana, poleg tega pa si primeri niso primerljivi, ker je v tem primeru občina soustanoviteljica Javnega zavoda izdala dovoljenje za poslovanje podružnice Javnega zavoda na svojem območju (ozemlju občine soustanoviteljice Javnega zavoda). Tak položaj pa ni sporen niti po stališču, kot ga je v dopisu z dne 3. 4. 2018 (na katerega se je skliceval vlagatelj) podala Evropska komisija, Generalni sekretariat za notranji trg, industrijo, podjetništvo ter srednja in mala podjetja, saj je iz tega dopisa (str. 2) razvidno, da je Evropska komisija pri obravnavi pritožbe, v kateri je pritožnik izpostavil, da »*se koncesijski postopek očitno uporablja samo za zasebne koncesionarje in ne za javne lekarnе*«, odgovorila, da »*tak pravni položaj ne bi bil pravno sporen, dokler so javne lekarnе ustanovljene na ozemlju občine ustanoviteljice*«.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 1. točke izreka tega sklepa.

Vlagatelj ni uspel z zahtevkom za revizijo, saj ga je Državna revizijska komisija zavrgla, zato je zavrnila njegovo zahtevo za povrnitev stroškov (tretji odstavek 70. člena ZPVPJN), ne da bi sicer ugotavljala, ali je vlagatelj povrnitev stroškov opredeljeno navedel, kot to določa druga poved iz petega odstavka 70. člena ZPVPJN, ker to ne bi vplivalo na sprejeto odločitev o povrnitvi stroškov.

S tem je utemeljena odločitev Državne revizijske komisije iz 2. točke izreka tega sklepa.

Pravni pouk:

Zoper odločitev o zahtevku za revizijo upravni spor ni dovoljen.

Predsednik senata:

Andraž Žvan, univ. dipl. prav.,
član Državne revizijske komisije

Vročiti (na portalu eRevizija):

- Ministrstvo,
- vlagatelj,
- Republika Slovenija, Ministrstvo za javno upravo.

Vložiti:

- v spis zadeve, tu.