

FINANCIRANJE MORSKIH LUKA U SVJETLU DONOŠENJA DIREKTIVE EUROPSKE UNIJE O DODJELJIVANJU UGOVORA O KONCESIJI

Dr. sc. BOŽENA BULUM*
Dr. sc. TOMISLAV BATUR**
IVANA ORŠULIĆ, dipl. iur.***

UDK 627.35 : 336.14
35.078.6 : 347.4
Izvorni znanstveni članak
Primljeno: 14.10.2012.
Prihvaćeno za tisak: 21.11.2012.

Ugovor o koncesiji uobičajeni je pravni posao temeljem kojeg se angažiraju privatni poduzetnici u europskim morskim lukama. Dodjeljivanje ugovora o koncesiji temelji se na općim pravnim načelima koja proizlaze iz Ugovora o funkcioniranju Europske unije, poput transparentnosti, jednakosti postupanja, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije. Međutim, ti su ugovori samo djelomično regulirani sekundarnim pravom Europske unije o javnim nabavama. Postojeća pravna podreguliranost koncesija na razini Europske unije imala je za posljedicu postojanje pravne nesigurnosti za gospodarske subjekte te stvaranje barijera za njihov ulazak na tržište koncesija država članica EU. To može prouzročiti značajne poremećaje na unutarnjem europskom tržištu u smislu izravnog dodjeljivanja koncesija bez bilo kakve tržišne utakmice uz što se povezuju rizici nacionalnog favorizma, prijevara i korupcije. To u praksi znači da europskim građanima neće biti dostupne usluge najbolje moguće kvalitete za njihovu cijenu. Zbog toga je Europska komisija dana 20. prosinca 2011. godine donijela Prijedlog za donošenje Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o dodjeljivanju ugovora o koncesijama koji je podnesen na usvajanje Europskom parlamentu i Vijeću. Tim je prijedlogom detaljno uređen postupak dodjeljivanja koncesija u Europskoj uniji i proširena je primjena Direktiva 89/665/EEZ i 92/13/EEZ o pravnoj zaštiti u postupcima javne nabave na sve vrste koncesija, uključujući i koncesije za pružanje usluga, pa tako i na koncesije za pružanje lučkih usluga.

Ključne riječi: *morske luke; ugovor o koncesiji; državne potpore; Direktiva EU o dodjeljivanju ugovora o koncesijama.*

1. UVOD

Značaj morskih luka za Europsku uniju (dalje: EU) najbolje prikazuju podaci prema kojima kroz njene morske luke prolazi čak 90% vanjske trgovine EU te 40% trgovine između država članica EU.¹ Jednako tako, luke su izvor pola milijuna za-

* Dr. sc. Božena Bulum, znanstvena suradnica, Jadranski zavod Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, Augusta Šenoje 4, 10000 Zagreb, e-mail: bbulum@hazu.hr

** Dr. sc. Tomislav Batur, Lučka uprava Ploče, Trg Kralja Tomislava 21, Ploče, e-mail: batur@port-autority-ploce.hr

*** Ivana Oršulić, dipl. iur., asistentica, Jadranski zavod Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, Augusta Šenoje 4, 10000 Zagreb, e-mail: ivana@hazu.hr

¹ V. Commission of European Communities, "Communication on a European Ports Policy", COM (2007) 616 final.

poslenja te osiguravaju zapošljavanje i razvoj čitavih regija, uključujući i rubne europske regije u kojima je to od presudne važnosti za održavanje naseljenosti tih područja. Luke su točke povezivanja pomorskog prijevoza s ostalim granama prijevoza te su od iznimne važnosti za multimodalnost prijevoza. Čak i u vrijeme globalne ekonomske krize morske luke i dalje bilježe konstantan rast prometa, posebice prometa robe.

Unatoč iznimnoj važnosti morskih luka za EU još uvijek ne postoje njena pravila koja bi regulirala najznačajnija pitanja povezana uz rad morskih luka. Iako je bilo više pokušaja donošenja zajedničkih pravila o financiranju morskih luka i obavljanju lučkih djelatnosti ona još uvijek nisu donesena.² Kao razlog tomu navode se brojne različitosti europskih morskih luka s obzirom na njihovu veličinu, vlasništvo, funkciju, zemljopisne karakteristike, način financiranja, te upravljanje tim lukama. S obzirom na način upravljanja morskim lukama razlikuju se tri skupine europskih morskih luka. U prvu skupinu spadaju luke tzv. hanzeatske tradicije upravljanja lukama (*Hanseatic tradition*). To su luke kontinentalnog dijela sjeverne Europe kojima tradicionalno upravljaju gradovi koji su ujedno i njihovi osnivači. Drugu skupinu čine luke latinske tradicije upravljanja (*Latin tradition*) koja je karakteristična za Francusku, Španjolsku i Italiju čijim lukama upravljaju tijela koja su, u pravilu strogo kontrolirana od strane središnje vlasti te luke anglo-saksonske tradicije upravljanja (*Anglo-Saxon tradition*) kojima upravljaju privatna, komercijalna tijela.³ Različiti modeli upravljanja morskim lukama u EU utječu i na postojanje različitih oblika njihovog financiranja. Zbog potrebe za sve većim investicijama u morske luke te uslijed sve većih proračunskih ograničenja država članica EU, dolazi do značajnih promjena u odnosima između vlada država članica i morskih luka EU i sve učestalijeg angažiranja privatnog sektora za pružanja lučkih usluga te za izgradnju i održavanje lučke infrastrukture i suprastrukture. U tom smislu, veliki je značaj ugovora o koncesijama kao pravnog posla temeljem kojeg se privatni sektor angažira za obavljanje lučkih djelatnosti te za izgradnju i održavanje lučke infrastrukture i suprastrukture. Zbog toga je donošenje europske Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesijama, koja se analizira u ovom radu, vrlo važno za funkcioniranje i razvoj europskih morskih luka u kojima je prisutna različita praksa dodjeljivanja ugovora o koncesijama što pokazuju podaci Europske organizacije morskih luka (*European Sea Ports Organisation*, dalje: ESPO) te recentne odluke Europske komisije u predmetima u svezi s dodjeljivanjem državnih potpora morskim lukama.

² Najznačajniji među njima su prijedlog Direktive za obavljanje lučkih djelatnosti koji je doživio neuspjeh čak dva puta te Smjernice o državnim potporama morskim lukama, čije je donošenje u više navrata najavljivano, ali još uvijek nisu donesene. V. Bulum, Božena, Pravo tržišnog natjecanja Europske zajednice i morske luke, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. 58 (2008) br.1-2, str. 617-661., Bulum, Božena, Primjena pravila o državnim potporama EZ-a u segmentu morskih luka, *Poredbeno pomorsko pravo - Comparative Maritime Law*, god. 48 (2009) 163, str. 129-165.

³ V. Kyriaky Noussia, *The port policy of the European Union: current status and future prospects*, *Il Diritto marittimo*, 3 (2009), str. 645-669, posebno str. 651.

2. POSTOJEĆA PRAKSA FINANCIRANJA MORSKIH LUKA I DODJELJIVANJA KONCESIJA ZA IZVOĐENJE RADOVA I PRUŽANJE USLUGA U MORSKIM LUKAMA

Kada se govori o financiranju morskih luka uvijek se ponovno otvara pitanje dodjeljivanja državnih potpora tim lukama jer je velika većina europskih morskih luka u vlasništvu javnog sektora. Dodjeljivanje državnih potpora morskim lukama regulirano je isključivo općim pravilima Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU) o državnim potporama te ne postoje posebna sektorska pravila za morske luke, što otežava ocjenjivanje dopuštenosti tih potpora. Određene smjernice daje praksa Europske komisije i europskih sudova u svezi s dodjeljivanjem državnih potpora morskim lukama.

U praksi Europske komisije i europskih sudova razlikuju se javno financiranje tzv. javne, opće ili osnovne infrastruktura (*general, basic infrastructure*) koja je dostupna svim potencijalnim korisnicima luke prema jednakim, nediskriminatornim kriterijima i javno financiranje infrastrukture kojom se koristi isključivo određeni korisnik luke ili više njih (*user-specific infrastructure*). Podjela je izvršena prema kriteriju selektivnosti⁴ temeljem kojeg se utvrđuje predstavlja li određena mjera državnu potporu u smislu članka 107. UFEU-a ili ne.

Dok investicije javnog sektora u lučku suprastrukturu, pokretnu lučku imovinu i obavljanje lučkih djelatnosti u pravilu predstavljaju državne potpore zbog njihove selektivnosti,⁵ investicije javnog sektora u lučku infrastrukturu neće se smatrati državnim potporama ako se radi o općoj (javnoj) infrastrukturi koja je dostupna svim korisnicima luke pod jednakim uvjetima i čija izgradnja ide u korist čitave društvene zajednice.⁶

Međutim, i javno financiranje lučke suprastrukture, pokretne lučke imovine i obavljanja lučkih djelatnosti neće se smatrati državnim potporom ako je izvršeno uz primjenu načela "investitora u tržišnom gospodarstvu" (*market economy investor principle*).⁷

⁴ Selektivnost je jedan od uvjeta postojanja državne potpore. Ona postoji kada određenu prednost uživa samo određeni poduzetnik ili proizvod. V. Bulum, Božena, *Primjena pravila o državnim potporama EZ-a u segmentu morskih luka*, *op.cit* u bilješci 2, str. 5.

⁵ Njima se koristi samo određeni operator ili korisnik luke ili više njih, ali ne svi.

⁶ To su primjerice, investicije javnog sektora u izgradnju i održavanje nasipa, lukobrana, prijevodnica i ostalih mjera za zaštitu od visokih voda, plovidbenih kanala, oznaka, plutača, svjetionika, pontonskih rampi te vezova, kopnenih transportnih postrojenja unutar luke i ostale infrastrukture koja je *de iure* i *de facto* dostupna svim korisnicima luke.

⁷ Primjena tog načela može se ilustrirati slijedećim primjerom: kada određeni poduzetnik ostvari iz državnih fondova određenu financijsku korist, hoće li se raditi o državnoj potpori ovisi o odgovoru na slijedeće pitanje: bi li neki privatni poduzetnik bio spreman u tom trenutku osigurati jednaki kapital pod jednakim uvjetima, imajući u vidu sve raspoložive informacije, rentabilnost ulaganja te predvidivi razvoj poduzetnika-korisnika potpore? Ako privatni poduzetnik pod istim uvjetima ne bi bio spreman uložiti u poduzetnika-korisnika potpore, riječ je o državnoj potpori.

S druge strane, posljednjih trideset godina, uslijed konstantnog pritiska na morske luke, a posredno i na vlade država članica, zbog potrebe za sve većim investicijama u lučku infrastrukturu i suprastrukturu, kako bi luke mogle primiti sve veće kontejnerske brodove te, s druge strane, uslijed sve većih proračunskih ograničenja država članica EU, vlade država članica sve se više povlače iz obavljanja lučkih poslova, prepuštajući ih privatnom sektoru. One zadržavaju samo ulogu nadzornog tijela koje stvara preduvjete za sigurnost i zaštitu ljudi i okoliša u luci te ravnopravno tržišno natjecanje za obavljanje komercijalnih djelatnosti. Iz navedenog proizlazi kako, zbog potrebe za sve većim investicijama u morske luke, dolazi do korjenitih promjena u odnosima između vlada država članica i morskih luka EU, što ima za posljedicu privatizaciju luka i liberalizaciju pružanja lučkih usluga. Taj se proces ne odvija jednakom brzinom i intenzitetom u svim državama članicama EU, on u mnogome ovisi o političkim i gospodarskim uvjetima te tradiciji upravljanja tim lukama.

Svoje viđenje procesa privatizacije u morskim lukama te mišljenje o predloženoj Direktivi o dodjeljivanju ugovora o koncesijama iznijela je i ESPO u dokumentu pod naslovom "Primjena načela europskog prava na sporazume u svezi s lučkim terminalima" iz svibnja 2011. godine.⁸ U tom je dokumentu istaknuto kako je velika većina europskih morskih luka (s iznimkom luka u Velikoj Britaniji) u vlasništvu javnog sektora, bilo na razini države (to su pretežno luke u mediteranskim, crnomorskim i novim baltičkim državama) ili na razini gradova i pokrajina (luke u skandinavskim državama i državama smještenim uz Sjeverno more). U većini slučajeva upravljanje lukom ne vrši izravno vlada, nego je ono preneseno na lučku upravu koja može imati različit stupanj autonomije. Pored toga, većina velikih europskih morskih luka primjenjuje tzv. kućevlasnički model upravljanja lukom kod kojeg je izgradnja i održavanje lučke infrastrukture i suprastrukture i pružanje usluga rukovanja teretom privatizirano.⁹ Lučke uprave koje djeluju kao kućevlasnici odobravaju pristup luč-

⁸ ESPO Policy View "Application of EU Law Principles on Port Terminal Agreements", 17 May 2011. http://www.espo.be/images/stories/policy-papers/2011/2011-05-17_espo_policy_concessions_final.pdf

⁹ Najčešća podjela sustava vlasništva i upravljanja lukama je ona na luke kućevlasničkog tipa (*landlord ports*), alatne luke (*tool ports*) i servisne luke (*service, operating ports*). Najzastupljenije su kućevlasničke luke. Prema tom modelu vlasništva i upravljanja lukom država, grad ili regija vlasnici su zemljišta i morskog pristupa luci i daju u kratkoročni ili dugoročni zakup terminale privatnim poduzetnicima koji obavljaju lučke djelatnosti. Lučka uprava prepušta pojedinim operaterima i da izgrade građevine i pribave uređaje potrebne za obavljanje djelatnosti rukovanja teretom i obavljanje lučkih usluga koje se pružaju brodovima. Podvrsta kućevlasničkih luka su alatne luke kod kojih kućevlasnik daje infrastrukturu i suprastrukturu. U alatnim lukama lučka uprava financira građenje ili kupnju određenih građevina ili opreme potrebne za efikasno obavljanje lučkih djelatnosti i daje ih na korištenje lučkim operaterima. Dakle, lučka uprava pribavlja "alat", ali ga sama ne koristi. To je potrebno u slučajevima kad zemljopisne karakteristike ili gustoća prometa u luci ima za posljedicu da je lučkim operaterima fizički neizvedivo ili ekonomski neisplativo nabavljanje većih količina lučke opreme i uređaja u nekoj luci. Kod servisnih luka lučka uprava uz davanje lučke infrastrukture i suprastrukture obavlja pojedine ili sve lučke djelatnosti. Ona tada, kao i drugi lučki

kom zemljištu i pružanje lučkih usluga privatnim poduzetnicima lučkih terminala, s tim da se u pojedinim državama članicama EU primjenjuju različiti pravni režimi za angažiranje privatnog sektora u morskim lukama. U nekim državama članicama sklapaju se ugovori javnog prava o pružanju javnih usluga i koncesijama na pomorskom dobru, dok se u drugim državama članicama EU sklapaju privatno-pravni ugovori o zakupu. Također, u nekim državama EU uobičajeni su i različiti oblici unilateralnih odobrenja, autorizacija i licencija, dok druge države ne predviđaju poseban pravni režim za sporazume kojima se prepušta određeni dio lučkog zemljišta privatnom sektoru radi pružanja lučkih usluga. Ipak, iz podataka kojima raspolaže ESPO, a koji su prikupljeni na uzorku od 116 lučkih uprava iz 26 država (22 europske pomorske države i 4 susjedne države) proizlazi kako su kompetitivni postupci odabira privatni lučkih operatera kojima lučka uprava prepušta određeni dio lučkog zemljišta radi pružanja lučkih usluga uobičajeni u europskim morskim lukama.¹⁰ To su najčešće konkurentne licitacije ili javni natječaji. Također, iz podataka ESPO-a proizlazi kako veće lučke uprave češće koriste kompetitivne postupke za angažiranje privatnog sektora u lukama od onih manjih. Naime, tri četvrtine ispitanih lučkih uprava navelo je kako koristi kompetitivne postupke odabira privatnih lučkih operatera, od čega to uvijek čini njih jedna trećina, a ostali kada su za to ispunjeni određeni uvjeti. Tako se 21% ispitanih lučkih uprava izjasnilo da koristi kompetitivne postupke odabira lučkih operatera kada je riječ o česticama zemljišta od strateške važnosti, dok je njih 19% navelo druge razloge za to kao što su dužina trajanja ugovora, veličina, odnosno površina čestice lučkog zemljišta i sl. Nešto više od jedne četvrtine ispitanih lučkih uprava navelo je kako nikada ne koristi javne postupke za odabir privatnih lučkih operatera. Riječ je, u pravilu o manjim lučkim upravama. Nadalje, iz prikupljenih podataka proizlazi kako je maksimalno trajanje sporazuma lučke uprave i privatnih operatera u svezi s davanjem na korištenje lučkog zemljišta i izgradnjom lučkih terminala 30 do 35 godina, dok je u samo nekoliko iznimnih slučajeva zabilježeno trajanje tih ugovora 10 odnosno 70 godina.

ESPO je iznijela i svoja stajališta o prijedlogu Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesijama. Ona smatra kako bi tom Direktivom trebalo predvidjeti da lučke uprave imaju diskreciono pravo postavljanja kriterija za odabir lučkih operatera koji trebaju proizlaziti iz komercijalne strategije i razvojne politike konkretne luke. Nadalje, njeno je mišljenje da se obveza transparentnosti prilikom odabira lučkih operatera treba primjenjivati samo u slučaju kada takav odabir može utjecati na funkcioniranje unutarnjeg tržišta EU. Nadalje, ESPO navodi kako trajanje ugovora o koncesiji treba

operateri, stupa u trgovačko-pravne odnose s korisnicima luke zadržavajući i svoje javno-pravne funkcije. V. Bulum, Božena: Zajednička europska lučka politika - prošlost i recentne mjere u njezinom uspostavljanju, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu*, 2 (2009), str. 337-358., osobito str. 349.

¹⁰ Espo "Fact-Finding Report on Port Governance", http://www.espo.be/images/stories/Publications/studies_reports_surveys/espofactfindingreport2010.pdf

biti ograničeno na vrijeme potrebno za amortizaciju ulaganja, omogućujući i razuman povrat uloženog kapitala, ali zadržavajući rizik koji je povezan uz eksploataciju predmetnih objekata. Pored toga, njeno je mišljenje da se Direktivom treba predvidjeti da se u ugovore s privatnim lučkim poduzetnicima mogu uključiti odredbe kojima se osigurava zaštita legitimnih interesa luka i lučke zajednice, posebice kada je riječ o kvaliteti pružanja lučkih usluga. Te odredbe trebaju regulirati i slučajeve preuzimanje lučkog operatera od strane druge pravne osobe, te prava lučkih radnika u tom slučaju. ESPO ističe kako situacija do koje dolazi kada istekne rok trajanja ugovora o koncesiji lučkih terminala zaslužuje posebnu pozornost. Prema predloženoj Direktivi, kako bi se ugovor o koncesiji produljio potrebno je provesti novi postupak odabira lučkog operatera jednak onome koji je bio proveden kada je koncesija prvi put dodijeljena. Iz toga proizlazi da se jednak postupak odabira operatera mora provesti svaki puta kada istekne ugovor o koncesiji lučkog terminala.¹¹ Iako ESPO dijeli Komisijino stajalište kako pravo na produljenje ugovora o koncesiji ne smije biti bezuvjetno pravo postojećeg poduzetnika lučkog terminala, ona smatra da, ako postojeći lučki poduzetnik na zadovoljavajući način pruža lučke usluge te se obveže na kontinuirane investicije, lučkoj upravi treba ostaviti mogućnost produljenja ugovora o koncesiji s tim poduzetnikom. Ako to ne bude moguće kada predložena Direktiva stupi na snagu, lučki operatori vjerojatno će obustaviti sve investicije već u posljednjim godinama trajanja ugovora o koncesiji, što će imati negativan utjecaj na modernizaciju i cjelokupno poslovanje luke. Zbog toga ESPO smatra kako predloženom Direktivom treba propisati pragmatična rješenja kako bi se uskladilo zahtjeve za otvaranjem pristupa tržištu morskih luka u EU s zahtjevima za kontinuiranim investicijama u te luke. ESPO smatra kako bi se predloženom Direktivom trebali propisati objektivni kriteriji za produljenje ugovora o koncesiji ovisni o vrsti i visini planiranih investicija te trajanje produljenja ugovora o koncesiji.

U nastavku ćemo prikazati dvije recentne odluke Europske komisije o financiranju europskih morskih luka koje potvrđuju našu tezu o različitoj praksi financiranja morskih luka i dodjeljivanja koncesija u tim lukama.

3. ODLUKA EUROPSKE KOMISIJE O JAVNOM FINANCIRANJU LUČKE INFRASTRUKTURE I OPREME U LUCI PIREJ

3.1. Opis primatelja potpore i luke

Primatelj potpore je Lučka uprava Pirej (dalje: LUP) osnovana 1930. godine kao javno poduzeće. Sukladno Ugovoru o koncesiji koji je sklopljen s grčkom državom, LUP je dobila isključivo pravo obavljanja lučkih i ostalih gospodarskih djelatnosti u luci Pirej, dok je vlasništvo nad nepokretnom lučkom infrastrukturom ostalo u

¹¹ To će biti posebno problematično kod ugovora koji se sklapaju na kraći rok.

rukama države. LUP je također odgovorna za upravljanje lukom te za izgradnju i održavanje lučke infrastrukture. Nadalje, treba naglasiti da je LUP javno trgovačko društvo s ograničenom odgovornošću u kojem grčka država drži većinu dionica (74%). LUP je djelomično privatizirana, a privatni dioničari drže 26% dionica tog društva. Dionicama LUP trži se na Atenskoj burzi.

Luka Pirej sastoji se od dva dijela: dijela za rukovanje teretom i putničke luke. Dio luke namijenjen rukovanju teretom obuhvaća tri lučka terminala: kontejnerski terminal, terminal za generalne i suhe rasute terete i terminal za automobile. Prijavljene državne potpore koristit će se za proširenje infrastrukture kontejnerskog terminala, uz produljenje gata br. I, obnovu prekrcajne opreme na gatu br. II i izgradnju novog gata br. III. Ovo proširenje ima za cilj poboljšati učinkovitost rada luke i odgovoriti na rastuću potražnju za lučkim kapacitetom. Na gatu br. I lučke djelatnost obavlja LUP. Za razliku od toga, u studenom 2008. godine LUP je dodijelila kineskoj tvrtki COSCO Pacific Limited (daljnje: COSCO ili koncesionar) na temelju javnog natječaja na razini EU koncesiju za obavljanje lučkih djelatnosti na postojećem gatu br. II te na gatu br. III koji se planira izgraditi. COSCO je odgovoran za izvođenje radova na gatu II i III, koje će u potpunosti financirati svojim sredstvima. Slijedom navedenog, koncesionar neće primiti bilo kakva javna financijska sredstva za tu investiciju.

3.2. Obilježja ugovora o koncesiji

Ugovor o koncesiji između LUP i grčke države sklopljen je 2002. godine. Sukladno tom ugovoru, država je prenijela LUP isključivo pravo upotrebe i iskorištavanja zemljišta, građevina i infrastrukture na području luke Pirej. Ugovor lučkoj upravi daje pravo dodjeljivanja podkoncesije trećoj strani uz plaćanje naknade. Ugovor je sklopljen na rok od 40 godina, uz mogućnost produljenja novim pisanim sporazumom. Sukladno ugovoru o koncesiji, lučka uprava plaćala je državi 1% ukupnih konsolidiranih prihoda za prve tri godine koncesije, a nakon toga koncesijska naknada povećana je na 2% prihoda godišnje. Prema objašnjenju grčkih vlasti, metoda obračuna koncesijske naknade omogućava im izravan uvid u prihode i dobit koja se ostvaruje od gospodarskih djelatnosti lučke uprave.

3.3. Prijavljene mjere podvrgnute formalnom istražnom postupku

Na temelju zaprimljenih obavijesti od strane grčkih vlasti o namjeri poduzimanja mjera javnog financiranja lučke infrastrukture u luci Pirej, registriranih pod brojevima: N 105/2008, N 168/2008 i N 169/2008¹² Komisija je obavijestila Grčku da je odlučila započeti formalni istražni postupak u skladu s člankom 108/2 UFEU u

¹² Predmet broj C 21/09 (ex 105/2008, 168/2008 and 169/2008), Greece Public financing of infrastructure and equipment at the Port of Piraeus, Brussels, 18.12. 2009.

pogledu dijela prijavljenih potpora. Odluka Komisije o pokretanju formalnog istražnog postupka objavljena je u Službenom listu EU.¹³ Prijavljene mjere podvrgnute formalnom istražnom postupku obuhvaćaju djelomično financiranje iz državnih sredstava sljedećih lučkih infrastrukturnih projekata:

- Izgradnju gata br. I u luci Pirej (Predmet broj N 168/2008);
- Nabavu prekrcajne opreme na kontejnerskom terminalu u dijelu luke koji je na raspolaganju podkoncesionaru COSCO i lučkoj upravi (Predmet broj N 169/2008).

Prijavljene mjere koje se odnose na financiranje infrastrukture u putničkoj luci (predmet N 105/2008) ocijenjene su kompatibilnima s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta EU te nisu bile predmetom formalnog istražnog postupka.

3.4. Mjere pokrivena odlukom Europske komisije

Javno financiranje nabave prekrcajne opreme na kontejnerskom terminalu u luci Pirej (predmet broj N 169/2008) zahtijevalo je detaljnije istraživanje stoga će se o njemu raspravljati naknadno u posebnoj odluci Komisije. Zbog toga odluka Europske komisije koju ovdje prikazujemo pokriva isključivo izgradnju pristaništa na gatu br. I u luci Pirej (predmet broj N 168/2008), i ne prejudicira buduću prosudbu Komisije u pogledu državnog financiranja prekrcajne opreme na kontejnerskom terminalu (predmet broj N 169/2008).

3.4.1. Javno financiranje izgradnje pristaništa na gatu br I. u luci Pirej

Javno financiranje predviđeno u predmetu broj N 168/2008 podrazumijeva samo izgradnju pristaništa na gatu br. I i ne obuhvaća kupnju bilo kakve opreme povezano s gatom br. I. Kupnja te opreme trebala se obaviti isključivo vlastitim sredstvima lučke uprave ili zajmovima koji neće uključivati bilo kakav oblik državnog financiranja. Izgradnja pristaništa na gatu br. I dio je šireg investicijskog projekta, koji je podijeljen u dva dijela: (a) izgradnju i proširenje gata br. I na kontejnerskom terminalu u ukupnom iznosu od oko 71 milijun eura; i (b) nabavu opreme i drugih suprastrukturnih postrojenja radi instalacije na gatu br. I na kontejnerskom terminalu u ukupnom iznosu oko 88 milijuna eura. Stoga je ukupni trošak cijelog projekta procijenjen na oko 160 milijuna eura. Dio sredstava za financiranje pribavit će se iz javnih izvora, točnije iz Europskog fonda za regionalni razvoj (dalje: ERDF fonda) i od strane države. Ukupni iznos javnog financiranja iznosi oko 35 milijuna eura, dok će se ostatak projekta financirati vlastitim sredstvima lučke uprave i zajmovima banaka po tržišnim uvjetima (36 milijuna eura). Stoga, sredstva ERDF fonda i drža-

¹³ Komisija je također pozvala zainteresirane strane da podnesu svoje komentare na tu odluku. Na upućeni javni poziv Komisije izostali su komentari zainteresiranih strana, osim grčkih vlasti koje su dostavile svoje komentare.

ve iznose otprilike 49 % ukupnih dopuštenih troškova projekta (71 milijun eura).¹⁴ Drugi dio projekta na gatu br. I obuhvaća suprastrukturalne elemente. Ovaj dio projekta ne uključuje državnu potporu i isključivo se financira vlastitim sredstvima lučke uprave i zajmovima banaka prema tržišnim uvjetima.

3.5. Postojanje potpore

U skladu s člankom 107/1 UFEU, bilo kakva pomoć dodijeljena od države članice ili kroz državne resurse u bilo kakvom obliku, koji narušava ili prijeti narušavanju konkurentnosti dajući prednost određenim poduzećima ili nabavi određenih roba, ako to utječe na trgovinu između država članica, neće biti kompatibilna s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta EU, ako nije drugačije uređeno tim Ugovorom. Stoga je bilo potrebno najprije utvrditi predstavlja li financiranje izgradnje gata br. I državnu potporu unutar značenja članka 107/1 UFEU, a ako se radi o državnoj potpori, je li takva potpora kompatibilna s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta EU. Klasificiranje mjere kao državne potpore pretpostavlja da su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti: (1) mjera je financirana kroz državne resurse; (2) mjerom se daje određena prednost primatelju; (3) prednost je selektivna, i (4) mjera narušava ili prijeti narušavanju konkurentnosti i može utjecati na trgovinu između država članica. Nazočnost državne potpore mora se procijeniti na dvije razine: na razini upravitelja, odnosno operatera predmetne infrastrukture i na razini krajnjih korisnika infrastrukture.

Da bi ih se smatralo subjektom europskog prava o zaštiti tržišnog natjecanja, primatelji javnih potpora moraju biti poduzeća (*undertakings*) koja obavljaju komercijalne djelatnosti. Prema grčkom Zakonu broj 2668/1999 i sukladno Ugovoru o koncesiji između grčke države i lučke uprave, lučkoj je upravi povjerena *inter alia* kontrola i sigurnost plovidbe, zaštita nacionalne sigurnosti i čuvanje javnog reda, zaštita okoliša i sl. Dakle, zadaće koje su nedvojbeno od javnog interesa. Međutim, lučka uprava pored toga, pruža usluge poput prekrcaja tereta, usluge putnicima i druge usluge brodovima, kao i ostale pomoćne usluge. Ove se usluge naplaćuju njihovim korisnicima, a cijene usluga slobodno se formiraju od strane lučke uprave i povremeno prilagođavaju. Europski sud u presudi *Aéroport de Paris*¹⁵ utvrdio je da stavljanje infrastrukturnih objekata na korištenje uz naplaćivanje za to određene naknade predstavlja gospodarsku djelatnost. Prema tome, Komisija je zaključila da lučka uprava obavlja gospodarske djelatnosti i da je treba smatrati poduzećem u smislu prava tržišnog natjecanja EU.

¹⁴ Sredstva Europske unije osigurana su iz tzv. Operativnog programa za ceste, luke i urbani razvoj (dalje: Operativni Program). Operativni program je dio šireg programa EU za strukturalne intervencije u Grčkoj koji je odobren od strane Europske komisije.

¹⁵ V. predmet C-82/01, *Aéroports de Paris v Commission*, [2002] ECR I-9297.

Također, Komisija je trebala utvrditi daje li državno financiranje izgradnje gata prednost lučkoj upravi. Naime, takva infrastruktura bit će stavljena na raspolaganje lučkoj upravi i moći će se komercijalno iskorištavati budući da će se koristiti za pružanje usluga pretovara tereta, za što lučka uprava također ubire komercijalne naknade. Štoviše, ova prednost je zasigurno selektivna jer je usmjerena samo na jedan subjekt, tj. lučku upravu. U tom kontekstu bilo je potrebno prosuditi je li država reagirala kao investitor koji ima za cilj maksimizirani profit u skladu s uobičajenim tržišnim prilikama, tj. je li vjerojatno da će državna investicija u predmetnom slučaju biti profitabilna.

Grčke vlasti, međutim nisu predočile dostatne i pouzdane podatke glede stope povrata potpore. Štoviše, iz dostupnih podataka proizlazi kako je stopa povrata vrlo niska pa bi se investirano trebalo vratiti u razdoblju od 40 godina, što je zaista dug rok za privatnog investitora. Stoga argumentacija pružena od strane grčkih vlasti, da će država povratiti veći dio dodijeljenih sredstava u dugoročnoj perspektivi (oko 40 godina), nije dostatna da bi se zaključilo da se država ponašala kao privatni investitor. Stoga je Komisija zaključila da javno financiranje infrastrukturnih projekata u ovom slučaju nije u skladu s načelom ponašanja investitora u tržišnom gospodarstvu.¹⁶

U pogledu prednosti koju će potpora dati krajnjim korisnicima, Komisija je navela da je gat br. I otvoren za korištenje svim potencijalnim korisnicima na ravnopravnoj osnovi i bez diskriminacije. Prema tome, na razini korisnika (brodarskih kompanija) javno financiranje izgradnje ove infrastrukture neće omogućiti gospodarsku prednost bilo kojem subjektu unutar značenja članka 107/1 UFEU.

Usprkos studiji o analizi tržišnih prilika koju su dostavile grčke vlasti, u kojoj se navodi da je luka Pirej dio istočno sredozemnog i crnomorskog tržišta, ne može se u potpunosti isključiti postojanje potencijalne konkurentnosti između luke Pirej i drugih luka EU. Ne treba zanemariti ni činjenicu da se 27% kontejnera koji odlaze i 33% kontejnera koji dolaze u luku Pirej mogu se dovesti u vezu s trgovinom s drugim članicama Unije. Zbog toga se ne može u potpunosti isključiti mogućnost da će javno financiranje pod istragom narušiti ili prijetiti narušavanju tržišnog natjecanja te utjecati na trgovinu između država članica EU, čak i ako natjecanje u velikoj mjeri, kao u ovom slučaju, podrazumijeva natjecanje s pružateljima lučkih usluga iz država izvan EU.

Na osnovi prethodno navedenog, Komisija je zaključila da predložene mjere predstavljaju državnu potporu u korist lučke uprave u smislu članka 107/1 UFEU.

¹⁶ Europski je sud u odluci u predmetu *Stardust Marine* naveo da "sukladno načelu prema kojem se privatni i javni sektor trebaju tretirati na jednak način, kapital koji je nekom poduzeću stavljen na raspolaganje izravno ili neizravno od strane države pod uvjetima koji odgovaraju tržišnim, ne može se smatrati državnom potporom." V. predmet C-482/99 *France v Commission* [1991] ECR I-1433, točka 33.

3.6. Kompatibilnost potpore

U konkretnom slučaju postojale su dvije mogućnosti za kompatibilnost potpore s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja EU. Prvo je bilo potrebno utvrditi je li članak 106/2 UFEU primjenljiv. Utvrđeno je kako se taj članak ne može primijeniti u ovom slučaju zbog činjenice što lučka uprava ne obavlja djelatnosti od općeg gospodarskog interesa, a potom je bilo potrebno istražiti drugu opciju, odnosno utvrditi jesu li predložene mjere u skladu s izuzećem propisanim u članku 107/3 UFEU.

3.6.1. Kompatibilnost potpore prema članku 107/3 UFEU

Uzimajući u obzir naprijed navedeno, Komisija smatra da se odgovarajuća zakonska osnova za prosudbu državne potpore glede predmetne lučke infrastrukture nalazi u članku 107/3 (c) UFEU. U tom članku stoji da se "potpora radi olakšavanja razvoja određenih gospodarskih djelatnosti ili određenih gospodarskih područja, ako ta potpora ne utječe na promjenu trgovinskih uvjeta u mjeri u kojoj bi to bilo protivno zajedničkom interesu," može smatrati kompatibilnom s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta EU. Budući da još uvijek nisu donesene smjernice Europske komisije u svezi s dodjeljivanjem državnih potpora u lučkom sektoru, članak 107/3 (c) UFEU trebao bi se izravno primijeniti u ovom predmetu. Slijedom toga, trebalo je dokazati da potpore ispunjavaju ciljeve od zajedničkog interesa EU, da imaju poticajan učinak, nužnost potpore, njihovu razmjernost te učinak na tržišno natjecanje i trgovinu u EU.

Komisija je u svojim brojnim dokumentima isticala da su luke bitne za gospodarski rast i osiguravanje sigurnosti u dobavnim lancima prema građanima i industriji EU. Stoga je postojanje odgovarajućeg broja luka s dostatnim kapacitetima na obalama Unije važno za učinkovitu i održivu prometnu mrežu. S obzirom na izneseno, Komisija smatra da investicije u lučke objekte, posebice u lučku infrastrukturu za kontejnerski promet, uz elemente državne potpore, pridonose cilju od općeg interesa.

Komisija je također morala utvrditi ima li državna potpora u pogledu gata br. I na kontejnerskom terminalu poticajan učinak. U konkretnom slučaju lučka je uprava uputila zahtjev za financiranje projekata iz Operativnog programa EU prije početka bilo kakvih radova. Komisija je navela da je činjenica što je aplikant uputio zahtjev za potporom prije početka projekta, za posljedicu imala stvaranje pretpostavke za poticajni učinak državne potpore.¹⁷ S obzirom na naprijed izneseno, Komisija je zaključila da predmetna državna potpora ima poticajni učinak.

Komisija je morala prosuditi je li se investicija mogla realizirati s manje sredstava ili potpuno bez državne potpore. Glede izgradnje gata br.I na kontejnerskom terminalu, Komisija je objavila da takvi lučki infrastrukturni projekti mogu zahtijevati

¹⁷ Imajući u vidu da je lučka uprava trebala koristiti vlastiti kapital i pregovarati o bankarskim zajmovima na slobodnom tržištu, što uključuje značajna financijska sredstva u svrhu pokrivanja vlastitog udjela u projektu, to dodatno pojačava poticajni učinak potpore.

značajne kapitalne investicije koje se, u nekim slučajevima, mogu povratiti samo kroz vrlo duga vremenska razdoblja,¹⁸ pa se stoga uobičajeno ne realiziraju na čisto komercijalnoj osnovi.

Komisija je navela da državno financiranje, u iznosu od 35 milijuna eura, čini otprilike 49% ukupnog troška projekta (71 milijun eura), dok će se ostatak (36 milijuna eura) financirati iz vlastitih resursa lučke uprave i bankovnih zajmova po tržišnim uvjetima. Štoviše, izgrađena infrastruktura bit će u vlasništvu države. Stoga financijski rizik povezan s profitabilnošću projekta neće biti u potpunosti teret države, nego će se razmjerno raspodijeliti između lučkog operatera i države. Na osnovi iznesenoga, Komisija je smatrala da je predmetna državna potpora razmjerna cilju razvoja luke Pirej, da je ograničena na minimalan iznos koji je potreban te da ne daje prekomjernu prednost lučkoj upravi.

Premda se državna potpora činila razmjernom, još uvijek nije morala biti kompatibilna s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta EU, ako narušava ili prijeti narušavanju razvoja trgovine između država članica do razine koja je suprotna interesima EU. U tom pogledu Komisija je navela kako gat br. I predstavlja infrastrukturu koja se može komercijalno iskorištavati i bit će izravno korištena od strane lučke uprave radi pružanja lučkih usluga. To znači da državno financiranje infrastrukturnog projekta može ojačati poziciju lučke uprave u odnosu na njene konkurente na europskom tržištu lučkih usluga pretovara. Takvi učinci se mogu pojaviti na dvije razine: (a) natjecanju između lučke uprave i koncesionara unutar luke (konkurentnost unutar luke), i (b) natjecanju između lučke uprave i drugih kontejnerskih terminalnih operatera koji pružaju iste lučke usluge (konkurentnost između luka).

U pogledu konkurentnosti unutar luke, Komisija je uočila činjenicu da će koncesija na dio lučkih usluga imati osobito pozitivan učinak na konkurentnost unutar luke budući da će ona uspostaviti stvarno natjecanje između pružatelja lučkih usluga (lučka uprava i COSCO). U pogledu natjecanja između luka, Komisija je proučila informacije dobivene od grčkih vlasti kako je luka Pirej smještena na tržištu istočnog Sredozemlja, gdje joj glavni konkurenti nisu luke država članica EU nego luke smještene izvan Unije (Egipat, Sirija, Turska, Izrael). Ove informacije potvrđene su neovisnom studijom tržišta, gdje je na temelju prometa kontejnera kroz luke u razdoblju između 1995. i 2004. godine iskazan tržišni udio svake luke iz ove regije.¹⁹ Jedine luke EU koje spadaju pod tržište istočnog Sredozemlja su one smještene na Crnom moru (Konstanza u Rumunjskoj, Varna u Bugarskoj). Zahvaljujući specifičnom položaju zbog tjesnaca koji povezuju Crno more s Egejskim, crnomorske luke nisu glavni konkurenti luci Pirej.²⁰ Jednako tako, premda se ne može u potpunosti isklju-

¹⁸ U ovom slučaju to je razdoblje čak 40 godina.

¹⁹ Grčke vlasti pozivaju se na studiju objavljenu 23. lipnja 2006. godine, a koju su izradili OSC Consultants pod naslovom *"The European & Mediterranean Containerport Markets to 2015"*.

²⁰ Naime, ti su tjesnaci vrlo uski, ograničenog su kapaciteta, te su zagušeni, posebice zbog činjenice što ih najviše koriste ruski tankeri koji izvoze naftu.

čiti da se druge luke Unije, poput jadranskih luka Italije i Slovenije, mogu natjecati s lukom Pirej, natjecanje između njih i luke Pirej beznačajno je. Važno je navesti kako je najvažniji konkurent luke Pirej luka Istanbul. Prema prethodno navedenoj studiji, u 2004. godini luka Istanbul je preuzela primat od luke Pirej, kao najzaposlenije luke istočnog Sredozemlja, s udjelom od 15,4% u regionalnom prometu u usporedbi s 14,1% udjela luke Pirej. Slijedom navedenog, izgradnja gata u luci Pirej ne utječe na poziciju drugih luka Unije do razine koja bi bila suprotna zajedničkom interesu. Imajući u vidu naprijed izneseno, Komisija je smatrala da javno financiranje izgradnje gata br. I na terminalu za kontejnere neće štetiti natjecanju niti utjecati na trgovinu između država članica do razine suprotne interesima EU te da je javno financiranje izgradnje gata br. I na kontejnerskom terminalu kompatibilno s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta EU. Na temelju obavljenih razmatranja Komisija je donijela odluku da je državna potpora koju je Grčka namjeravala dodijeliti u korist LUP u svezi s izgradnjom gata br. I na terminalu za kontejnere u luci Pirej, u iznosu od 35 milijuna eura, kompatibilna s funkcioniranjem unutarnjeg tržišta EU u smislu članka 107/3 (c) UFEU.

4. PREDMET JAVNOG FINANCIRANJA LUČKE INFRASTRUKTURE U LUCI VENTSPILS

4.1. Prijavljene mjere podvrgnute formalnom istražnom postupku

Na osnovi zaprimljene obavijesti od strane Republike Latvije, u skladu s člankom 108/3 UFEU, kojom se obavještava o poduzetim djelatnostima glede projekta javnog financiranja izgradnje lučke infrastrukture u luci Ventspils, Komisija je odlučila pokrenuti postupak, sukladno članku 108/2 UFEU, glede utvrđivanja postojanja potencijalnih potpora na razini ovlaštenika koncesije.²¹ U svezi javnog financiranja lučke infrastrukture na razini lučke uprave, Komisija je odlučila dati suglasnost za predložene mjere. Svrha predmetnog projekta je unapređenje lučke infrastrukture, a sastoji se od sljedećih komponenti: 1. izgradnje terminala za suhe rasute terete, 2. izgradnje veza br. 35 za tekuće terete, 3. izgradnje veza br. 12 za generalne i rasute terete, 3. rekonstrukcije lukobrana, 4. jaružanja lučkog bazena, 5. izgradnje pristupne željezničke mreže i 6. utvrđivanja obale pristupnog kanala.

4.2. Opis luke i primatelja potpora

Luka Ventspils funkcionira kao slobodna zona i nudi poslovne poticaje u smislu raznih poreznih olakšica poduzetnicima, korisnicima luke. Ukupni promet te luke u 2008. godine iznosio je preko 28 milijuna tona raznih vrsta tereta. Izravni korisnik

²¹ Predmet broj C 39/2009 (ex 385/2009), *Latvian Republic Public financing of port infrastructure in Ventspils Port*, Brussels, 15. 12.2009.

javnog financiranja pod istragom Europske komisije je lučka uprava luke Ventspils. Dio infrastrukture koji će se izgraditi javnim financiranjem bit će komercijalno iskorištavan od strane ovlaštenika koncesije, koje se stoga može smatrati neizravnim korisnicima javnog financiranja.

4.3. Ugovori o koncesiji

Terminal za rasute terete i dva veza komercijalno će iskorištavati privatni operateri s kojima lučka uprava ima namjeru zaključiti ugovore o koncesiji na rok od 35 godina. Lučka uprava je navela da će se natječajna procedura u svrhu dodjele prava na iskorištavanje novoizgrađene lučke infrastrukture provesti tek po isteku roka trajanja ugovora o prvenstvenoj koncesiji dakle, tek nakon 35 godina. To znači da se neće provoditi natječaj u svrhu dodjele prvenstvene koncesije već će ona biti dodijeljena izravno pojedinim lučkim operaterima. Koncesijska naknada koju će plaćati odabrani operater unaprijed je određena na osnovi procjene neovisnog stručnjaka. Operater će lučkoj upravi plaćati godišnju koncesijsku naknadu po kvadratnom metru zauzetog prostora.

Latvijske su vlasti potvrdile da je procjena neovisnog stručnjaka obvezujuća za određivanje iznosa koncesijske naknade. Usprkos tome što je koncesija dodijeljena bez provedbe javnog natječaja, latvijske vlasti su smatrale da se koncesionaru neće osigurati nikakva neprikladna prednost jer je koncesijska naknada određena na temelju neovisne procjene te da nema realnog opravdanja za provedbu natječaja za pristup specifičnoj lučkoj infrastrukturi jer bi potencijalne ponude mogli dati samo lučki operateri koji su odabrani od strane lučke uprave i već posluju na lučkom području. Nadalje, latvijske su vlasti navele da je predmetna lučka infrastruktura usko specijalizirana tako da samo oni lučki operateri koji su već prethodno odabrani od strane lučke uprave mogu dati ponude prilagođene specifičnim potrebama luke. U zaključku latvijske vlasti navode da su od strane lučke uprave, na temelju objektivnih kriterija, izabrana tri različita operatera koji će pružati usluge na terminalu za rasute terete i dva veza što, s obzirom na činjenicu da su oni već koncesionari u luci Ventspils, po mišljenju latvijskih vlasti predstavlja najbolje rješenje.

4.4. Procjena prijavljenih mjera

Komisija je odlučila otvoriti formalni istražni postupak predviđen člankom 108/2 UFEU, u odnosu na potencijalne mjere potpore u korist tri koncesionara specifične lučke infrastrukture. Stoga, u svrhu utvrđivanja predstavljaju li prijavljene mjere državnu potporu u okviru značenja članka 107/1 UFEU, moraju biti ispunjeni slijedeći uvjeti. Poimence, to znači da je financijska potpora: 1. dodijeljena od strane države ili kroz državne resurse, 2. favorizira određena poduzeća ili proizvodnju

određenih roba, 3. narušava ili prijeti narušavanju konkurentnosti, 4. utječe na trgovinu između država članica.

U konkretnom slučaju, državnu potporu trebalo je razmatrati na tri razine: na razini lučke uprave, na razini koncesionara i na razini lučkih korisnika.

4.4.1. Postojanje državne potpore na razini lučke uprave

Europski sud dosljedno drži, kadgod je neki subjekt uključen u obavljanje gospodarske djelatnosti, neovisno o njegovom pravnom statusu i načinu financiranja, on se može smatrati poduzećem (*undertaking*) u smislu na prava tržišnog natjecanja EU.

U presudi *Aéroport de Paris*,²² Europski sud smatrao je da stavljanje na raspolaganje objekata zračne luke uz naplaćivanje za to određene naknade predstavlja gospodarsku djelatnost. Po uzoru na tu odluku Komisija je u ovom predmetu zauzela stajalište da se stavljanje na raspolaganje lučkog zemljišta i infrastrukture pružateljima usluga uz naplaćivanje naknade može smatrati sudjelovanjem na tržištu, ako su te naknade slobodno određene od strane lučke uprave, bez intervencije države. Slijedom navedenog, Komisija je zaključila da je lučka uprava luke Ventspils uključena u obavljanje gospodarskih djelatnosti te se može smatrati poduzećem u smislu prava tržišnog natjecanja EU.

Komisija također smatra da su financijska sredstva iz Kohezijskog fonda Europske unije, koja su uplaćena u državni proračun Republike Latvije, prije nego li su dostavljena lučkoj upravi, bila na raspolaganju državnim vlastima pa se, zbog toga mogu smatrati državnim sredstvima. U pogledu odgovornosti države za financiranje projekta, Komisija je navela da su latvijske vlasti imale vrlo značajnu ulogu kod odlučivanja u postupku odabira subvencioniranih projekata, te da su prijavljene mjere izravno odabrane od strane države iz čega se može zaključiti da su prijavljene mjere odgovornost Republike Latvije.

Kako se sredstva dodjeljuju isključivo lučkoj upravi u luci Ventspils, riječ je o selektivnim mjerama.

U ovom predmetu dio prijavljenog projekta odnosi na obnavljanje lukobrana i utvrđivanja obale kanala te obnovu privezišta za brodice lučke uprave. Isključivu korist od toga imat će lučka uprava koja će koristiti ovu infrastrukturu u okviru obavljanja svojih javnih funkcija. Stoga je Komisija smatrala da javno financiranje u ovom dijelu ne daje nikakvu prednost lučkoj upravi.

Ipak, sve ove investicije potrebne su kako bi se mogle obavljati komercijalne djelatnosti luke zbog čega se može smatrati da one istovremeno imaju i komercijalni karakter. U konkretnom slučaju Komisija je smatrala da nije nužno donošenje konačne odluke u pogledu javnog financiranja lukobrana, obnove obale kanala i

²² V. *supra*, bilješka15.

izgradnje privezišta za brodove lučke uprave. Naime, čak i ako su neki elementi potpore bili prisutni u ovom javnom financiranju, takva je potpora kompatibilna s uspostavom unutarnjeg tržišta EU.

U svezi s javnim financiranjem jaružanja, Komisija je smatrala da se, ako je investicija izravno povezana s razvojem infrastrukture poput terminala za suhe rasute terete i dvaju vezova koji se komercijalno koriste, ne može potpuno isključiti povezanost takvih radova s komercijalnim iskorištavanjem luke. Stoga, Komisija nije mogla isključiti mogućnost da javno financiranje jaružanja može dati određenu prednost lučkoj upravi u odnosu na njene konkurente.

Projekt također uključuje izgradnju pristupne željezničke mreže, koja je u vezi s terminalom za rasute terete i vezom br. 12. Za ovaj se dio može smatrati da je izravno povezan s komercijalnim iskorištavanjem luke budući da će tračnice djelomično služiti samo za potrebe terminala za suhe rasute terete. Na temelju prethodno iznesenoga Komisija smatra da javno financiranje jaružanja i pristupne željezničke mreže daje određenu gospodarsku prednost lučkoj upravi.²³

U konkretnom slučaju, Komisija je također trebala procijeniti je li izvjesno da će državna investicija u lučku infrastrukturu biti za državu financijski profitabilna. U tom slučaju javno financiranje ne bi predstavljalo državnu potporu. Komisija se pritom rukovodila svojim Smjernicama za procjenu troškova i koristi kod investicijskih projekata.²⁴ Rezultati financijske analize pokazali su da nije vjerojatno da bi takva investicija bila prihvatljiva privatnom investitoru. Komisija je stoga preliminarno zaključila da u konkretnom slučaju država ne postupa u skladu s načelom investitora u tržišnom gospodarstvu i da poduzete mjere donose gospodarsku prednost lučkoj upravi.

U skladu s postojećom sudskom praksom, kada potpora dodijeljena od strane države članice jača poziciju jednog poduzeća u odnosu na druga poduzeća koja se natječu na tržištu, potonja poduzeća smatraju se oštećenima zbog dodijeljenih potpora. U pogledu količine pretovarenog tereta luka Ventspils je bila jedna od vodećih luka u Baltičkom moru. Njeni terminali za prekrcaj sirove nafte, naftnih derivata i petrokemijskih proizvoda među vodećima su u baltičkoj regiji. Ostali lučki terminali u području istočnog Baltika su u lukama Tallin, Klaipeda, Riga i Leipaja. Preko njih se uglavnom odvija tranzitni promet robe iz Rusije, pa među njima postoji

²³ Ovakvo stajalište Komisije predstavlja promjenu u odnosu na njenu dosadašnju praksu, prema kojoj se javno financiranje temeljne lučke infrastrukture smatralo *a priori* prihvatljivim s gledišta prava tržišnog natjecanja EU.

²⁴ Te Smjernice poseban naglasak stavljaju na dva financijska pokazatelja procjene financijske održivosti investicije: financijsku neto sadašnju vrijednost (*financial net present value*) i financijsku neto internu stopu povrata investicije (*financial internal rate of return*). Pokazatelji iskazuju sadašnju vrijednost neto financijskog tijeka nastalog iz investicije i sposobnost neto prihoda za pokrivanje investicijskog troška. U ovom slučaju, financijska je analiza pokazivala negativnu financijsku neto sadašnju vrijednost, što znači da generirani prihodi ne pokrivaju investicijske troškove projekata u vremenskom razdoblju od 25 godina. V., *Guide to cost-benefit analysis of investment projects*, Structural Funds, Cohesion Fund and Instrument for Pre-Accession, Final Report, 16/06/2008.

snažna konkurencija. Ove luke ostvaruju značajne prihode zahvaljujući dobrom zemljopisnom položaju zbog kojeg ni tijekom zimskih mjeseci ne dolazi do zaleđivanja mora u njihovom lučkom bazenu te povezanosti željezničkom mrežom s Rusijom koja se nalazi u njihovu zaleđu. Komisija stoga smatra da dodijeljene državne potpore mogu utjecati na trgovinu unutar Unije. S obzirom na prethodno navedeno, Komisija je odlučila sljedeće:

- (a) nije potrebno donijeti definitivnu odluku u ovom predmetu predstavlja li javno financiranje lukobrana, obale prilaznog kanala i privezišta za brodove lučke uprave koji obavljaju javne zadaće državnu potporu u smislu članka 107/1 UFEU, jer bi svaka potpora za izgradnju tih objekata bila kompatibilna s unutarnjim tržištem EU;
- (b) javno financiranje jaružanja i izgradnje pristupne željezničke mreže predstavlja državnu potporu u smislu odredbe članka 107/1 UFEU;
- (c) javno financiranje novog terminala i dvaju vezova predstavlja državnu potporu u smislu odredbe članka 107/1 UFEU.

4.4.2. Postojanje državne potpore na razini koncesionara

Europska komisija je već ranije u svom u Priopćenju o elementima državne potpore u prodajama zemljišta i građevina od strane tijela javne vlasti (dalje: Priopćenje) definirala uvjete pod kojima poslovi poput prodaje zemljišta ili građevina ili privatizacija poduzeća ne uključuju dodjeljivanje državne potpore.²⁵ To je u pravilu u slučaju ako se ovi poslovi sklapaju po tržišnim cijenama, pogotovo ako je cijena rezultat dobro oglašene, otvorene i bez diskriminacije provedene natječajne procedure, koja osigurava da potencijalni aplikanti imaju ravnopravan tretman. Jednaka pravila mogu se primijeniti, *mutatis mutandis*, i na prodaju ili davanje na korištenje infrastrukture od strane javnih vlasti.

U pogledu duljine koncesije, Komisija je navela da će u ovom slučaju lučka uprava, u svrhu dodjeljivanja prava obavljanja djelatnosti na novoizgrađenoj lučkoj infrastrukturi s privatnim poduzetnicima, zaključiti ugovor o koncesiji na rok od 35 godina. U skladu s postojećom praksom, Komisija je smatrala da je ovakav rok trajanja koncesije prihvatljiv za lučki sektor.

Kao što je naprijed spomenuto, u Priopćenju se navode kriteriji za procjenu postojanja elemenata državne potpore kod prodaje zemljišta i građevina od strane javnih vlasti. Komisija je u Priopćenju navela da se ne može ustanoviti postojanje državne potpore na razini kupca ako je prodaja provedena na osnovi dovoljno dobro objavljene natječajne procedure, ili kada je prodajna cijena barem jednaka vrijednosti ustanovljenoj *ex ante* od strane jednog ili više neovisnih procjenitelja imovine na temelju

²⁵ V. Commission Communication on State aid elements in sales of land and buildings by public authorities, OJ C 209, 10 July 1997, p 3-5.

opće prihvaćenih tržišnih pokazatelja i standarda vrednovanja. Primjenjujući jednako načelo, Komisija je smatrala da dodjeljivanje ugovora o koncesiji od strane lučke uprave ne daje nedopuštenu prednost koncesionaru, ako koncesionar ne stječe pravo posjeda i obavljanja djelatnosti na specifičnom lučkom području, pod uvjetima koji ne bi bili dostupni u redovnim tržišnim okolnostima. Komisija je u Priopćenju navela i potrebne elemente neovisne procjene. Procjena mora biti provedena na temelju opće-prihvaćenih tržišnih pokazatelja i od strane neovisnog procjenitelja. U konkretnom slučaju, Komisija je utvrdila da je koncesijska naknada neupitno određena unaprijed, na temelju procjene izvanjskog neovisnog stručnjaka. Činjenica da je koncesijska naknada utvrđena na osnovi *ex ante* procjene, nije sama po sebi dovoljna da se zaključi da ne postoji državna potpora na razini operatera lučke infrastrukture. Za razliku od slučaja kada je provedena natječajna procedura, samo na temelju procjene izvanjskog neovisnog stručnjaka nije se moglo nedvojbeno utvrditi da koncesionar plaća tržišnu cijenu za korištenje lučke infrastrukture, bez da su razmatrani i općeprihvaćeni tržišni pokazatelji kao što su, primjerice kalkulacije na temelju analize gotovinskog tijeka koje uzimaju u obzir i buduće prihode lučkih operatera.

Latvijske su vlasti detaljno obrazložile razloge neprovođenja javnog natječaja u ovom slučaju. Njihova je temeljna pretpostavka da nije bilo realno očekivati druge prihvatljive ponude u slučaju da je taj natječaj bio proveden. Komisija je smatrala da takva tvrdnja nije dovoljna kako bi se opravdala dodjela koncesije na ovaj način, posebice u slučaju veza br.12 za opći i suhi rasuti teret. Zaključno, Komisija je izrazila sumnju da visina koncesijske naknade uključuje državnu potporu. Činilo se da gore opisane mjere daju selektivnu gospodarsku prednost operaterima predmetne infrastrukture te stoga predstavljaju potporu u smislu odredbe članka 107/1 UFEU.

4.4.3. Postojanje državne potpore na razini krajnjih lučkih korisnika

U pogledu potencijalnih prednosti u korist krajnjih lučkih korisnika, Komisija je zauzela stajalište da, u pravilu, nema državne potpore u smislu članka 107/1 UFEU na razini brodarica, ako je predmetna infrastruktura dostupna svim potencijalnim korisnicima pod jednakim uvjetima i bez diskriminacije. U konkretnom slučaju, takve odredbe će se ugraditi u ugovor o koncesiji između lučke uprave i operatera lučke infrastrukture. Svi potencijalni otpremnici i brodari imat će ravnopravan pristup lučkoj infrastrukturi. Slijedom navedenog, Komisija je zaključila da koncesija ne daje nikakvu prednost korisnicima lučkih terminala.

4.5. Kompatibilnost potpore

4.5.1. Kompatibilnost potpore na razini lučke uprave

Komisija je morala odlučiti može li se državna potpora lučkoj upravi, na način kako je prethodno opisano, smatrati kompatibilnom s funkcioniranjem unutarnjeg

tržišta EU. Nadalje, morala je procijeniti kompatibilnost državne potpore na razini koncesionara. Budući da je utvrđeno kako poduzete mjere u korist lučke uprave predstavljaju državnu potporu, njihova se kompatibilnost morala ocjenjivati u okviru izuzeća navedenih u člancima 107/2 i 107/3 UFEU. U nedostatku preciznijih odredbi, Komisija je smatrala da je odgovarajući zakonski temelj za procjenu potpore prema lučkoj upravi sadržan u članku 107/3 UFEU. Stoga je Komisija trebala istražiti potpadaju li prijavljene mjere pod opće ciljeve prometne politike EU. Sukladno tome, predmetna potpora mora jasno ispunjavati definirane ciljeve od općeg interesa za Uniju, mora biti potrebna i razmjerna tim ciljevima te ne smije utjecati na trgovinu suprotno interesima Unije.

Komisija je istaknula krucijalni značaj morskih luka za učinkovitu i održivu prometnu mrežu. Strateški ciljevi Komisije u pogledu pomorske prometne politike do 2018. godine naglašavaju značaj izgradnje nove lučke infrastrukture, kao i unapređenje postojeće u svrhu učinkovitog funkcioniranja luka.²⁶ Sukladno tome, Komisija je smatrala da državna intervencija u ovom slučaju pridonosi racionalnijem i održivom odvijanju prometa i stoga je koherentna s ciljevima prometne politike EU.

Nadalje, Komisija je navela da lučki infrastrukturni projekti zahtijevaju velika kapitalna ulaganja koja se mogu povratiti kroz vrlo duga vremenska razdoblja, pa se njihova ekonomska održivost ne može osigurati bez javnog financiranja. U konkretnom slučaju, Komisija je utvrdila da lučka uprava sudjeluje s otprilike 50% vlastitih sredstava u izgradnji terminala za suhe rasute terete i vezova te s 15% sredstava u izgradnji ostale infrastrukture. Stoga je smatrala da je predložena razina javnog financiranja u ovom slučaju bila prikladna, te da utjecaj na razvoj trgovine nije suprotan interesima EU.

Luka Ventspils natječe se s drugim lukama u regiji, poput luka Tallina, Klaipede, Rige i Liepaja. Kao što je naprijed spomenuto, sve ove luke tranzitne su luke za teret prema Rusiji. Komisija je navela da je sufinanciranje iz Kohezijskog fonda dostupno svim lukama Unije u južnom Baltiku. Nadalje, Komisija je smatrala da je potencijalni utjecaj koji potpora može imati na narušavanje konkurentnosti prevagnut većim koristima koje će potpora omogućiti u pogledu podržavanja održivog prometnog sustava EU. Stoga je Komisijin stav da državno financiranje takve lučke infrastrukture neće utjecati na trgovinu između država članica protivno interesima EU.

4.5.2. Kompatibilnost potencijalne potpore na razini koncesionara

Komisija je smatrala da bilo kakva potpora dana koncesionarima predstavlja operativnu potporu i oslobađa koncesionare od troškova koje bi oni uobičajeno snosili. Takva potpora stoga treba biti zabranjena, sukladno odredbama UFEU o državnim potporama.

²⁶ Opširnije v. Komisijino priopćenje pod naslovom *Strategic goals and recommendations for the EU's maritime transport policy until 2018*, COM (2009)8.

4.6. Zaključak

Slijedom navedenog, Komisija je odlučila da su potpore dodijeljene lučkoj upravi kompatibilne su s unutarnjim tržištem temeljem članka 107/3 (c) UFEU.

U pogledu postojanja potpore na razini koncesionara, Komisija je zaključila da latvijske vlasti nisu predočile dovoljno dokaza iz kojih bi proizlazilo da su samo oni koncesionari, koji su odabrani od strane lučke uprave, bili u mogućnosti sklopiti ugovore o koncesiji. Nadalje, treba napomenuti da su latvijske vlasti isticale da predložene mjere ne predstavljaju potporu koncesionarima jer koncesionari plaćaju koncesijsku naknadu u skladu s tržišnim prilikama što u ovom postupku nisu dokazali. Slijedom toga, nije predočeno dovoljno argumenata koji bi podržali kompatibilnost predloženih mjera.

Komisija je bila svjesna značaja investicija u lučku infrastrukturu, kao i visoko specijaliziranog karaktera te infrastrukture. Ona smatra da opći ciljevi prometne politike ne mogu opravdati dodjeljivanje koncesija po cijeni nižoj od tržišne, niti bi to bilo dovoljno da se unaprijed isključi daljnja procjena mjera u korist koncesionara. Stoga je zaključeno da, budući da koncesije nisu dodijeljene na temelju javnog natječaja i nisu bili održani pregovori s drugim operaterima u svrhu dodjeljivanja predmetnih koncesija, visina koncesijske naknade mora biti opravdana pouzdanim tržišnim pokazateljima. Na temelju raspoloživih joj informacija Komisija je izrazila sumnju da visina koncesijske naknade predstavlja državnu potporu. Od latvijskih vlasti Komisija je zahtijevala da pruže dodatne informacije u pogledu neovisnog karaktera procjene i upotrebe općenito prihvaćenih tržišnih pokazatelja i standarda vrednovanja kod određivanja visine koncesijske naknade, što one nisu na zadovoljavajući način učinile.

Na osnovi utvrđenih činjenica Komisija je odlučila dati suglasnost u pogledu javnog financiranja lučke infrastrukture na razini lučke uprave, sukladno članku 107/3 (c) UFEU.

U pogledu postojanja potpore na razini koncesionara Komisija je, na temelju članka 108/2 UFEU, zahtijevala od latvijskih vlasti da dostave dodatna obrazloženja i pruže sve potrebne informacije koje mogu pomoći u svrhu procjene predloženih mjera. Komisija je također željela podsjetiti Republiku Latviju da članak 108/3 UFEU ima suspenzivan učinak, te je skrenula pozornost na odredbe Uredbe Vijeća broj 659/1999²⁷ (Procesna uredba) koja sadržava pravila za primjenu članka 108 UFEU čiji čl. 14 propisuje da sve nezakonite potpore mogu biti naplaćene od njihovog primatelja.

²⁷ Council Regulation (EC) 659/1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the Treaty, OJ L 83/L, 23. 3. 1999., p.83.

5. UGOVOR O KONCESIJI U EUROPSKOJ UNIJI

Koncesije su ugovori između javnog sektora i u pravilu privatnih tvrtki²⁸ koje pružaju usluge ili izvođe radove, a kao naknadu za to dobivaju pravo na iskorištavanje tih usluga ili radova uz preuzimanje pripadajućeg financijskog rizika. Koncesije su osobito značajne za izvođenje onih projekata od javnog interesa kod kojih država ili lokalne vlasti žele mobilizirati privatni kapital te znanja i iskustva privatnih subjekata kako bi prevladali proračunska ograničenja. Posljednjih godina potreba za takvim projektima sve je veća zbog gospodarskih problema s kojima se suočavaju mnoge države članice EU. Prema podacima kojima raspolaže Europska komisija koncesije predstavljaju značajan udio u gospodarskoj aktivnosti EU. Međutim, kako države članice pod pojmom koncesije podrazumijevaju različite pravne poslove (ugovore o javnoj nabavi te unilateralne akte kao što su licencije i odobrenja) te zbog netransparentnosti u dodjeljivanju koncesija teško je sa sigurnošću utvrditi gospodarski i socijalni značaj tih ugovora. Ipak, Komisija procjenjuje kako su preko 60% zaključenih ugovora o javno-privatnom partnerstvu u EU su po svojoj pravnoj prirodi koncesije.

U nekim državama članicama EU koncesije se već dugo vremena koriste kako bi se osiguralo pružanje usluga ili izgradnja infrastrukture,²⁹ dok druge države uopće nemaju pravila o koncesijama.³⁰ Nepostojanje ili neadekvatnost nacionalnih pravila o dodjeljivanju koncesija priječi integraciju nacionalnih tržišta koncesija država članica EU, povećava rizik favoriziranja poduzetnika iz države članice koja dodjeljuje koncesiju te otvara mogućnost za prijevaru i korupciju. Nadalje, takvo stanje pogoduje izravnom dodjeljivanju ugovora o koncesijama pojedinim poduzetnicima bez poštivanja načela transparentnosti i tržišnog natjecanja što predstavlja ozbiljnu povredu načela UFEU.

6. POSTOJEĆA PRAVNA REGULATIVA

Dodjeljivanje ugovora o koncesiji u EU temelji se na općim pravnim načelima koja proizlaze iz UFEU, poput transparentnosti, jednakosti postupanja, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije te sudskoj praksi europskih sudova.

²⁸ Pravilima EU nije propisano u kojoj se mjeri na suradnju između javnih tijela primjenjuju pravila o koncesijama. Prijedlogom Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesiji propisani su uvjeti pod kojima se ugovori zaključeni između javnih tijela neće smatrati koncesijama (čl.15/4 predložene Direktive).

²⁹ Tako su u španjolskom Službenom listu između 2006. i 2010. godine raspisani natječaji za dodjeljivanje 6 169 koncesija, a u Italiji je samo u 2008. godini raspisano 817 natječaja za dodjeljivanje koncesija, dok je u Francuskoj u ovom trenutku na snazi čak 10 000 ugovora o koncesiji. V. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts- Frequently Asked Questions*, MEMO/11/932, Brussels, 20 December 2011, str. 1.

³⁰ To su, primjerice Belgija, Njemačka, Estonija, Velika Britanija, Finska, Grčka, Irska i Nizozemska *ibidem*, str. 1.

Koncesije nisu definirane u UFEU. Jedina definicija koncesija nalazi se u Direktivama 2004/17/EZ i 2004/18/EZ kojima je uređen sustav javne nabave u EU. Direktiva 2004/17/EZ uređuje postupke javne nabave u tzv. uslužnim sektorima (*utilities sector*), tj. u sektorima vodoopskrbe, energetike, transporta i poštanskih usluga,³¹ a Direktiva 2004/18/EZ uređuje postupke za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama u tzv. klasičnom sektoru.³² One razlikuju dva tipa koncesija: koncesije za javne radove i koncesije za javne usluge. Sukladno odredbama Direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ koncesija je naplatni ugovor, sklopljen u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više naručitelja koji ima za predmet izvođenje radova ili pružanje usluga, s time da se naknada koncesionaru za radove koji se izvode ili za pružanje usluga sastoji samo od prava na iskorištavanje tih radova ili usluga, ili od tog prava zajedno s plaćanjem. Međutim jedine odredbe sekundarnog prava EU kojima se reguliraju koncesije su one sadržane u Direktivi 2004/18/EZ u kojoj se uređuju koncesije za javne radove u klasičnom sektoru čija je vrijednost iznad financijskog praga od 5 000 000 eura.

Dakle, sekundarnim pravom EU nisu uređene koncesije za izvođenje javnih radova u uslužnom sektoru, koncesije za izvođenje javnih radova u klasičnom sektoru čija je vrijednost ispod navedenog financijskog praga i koncesije za pružanje javnih usluga u oba sektora, neovisno o njihovoj vrijednosti.

Poseban problem predstavlja i činjenica što ugovori o koncesijama za pružanje javnih usluga nisu obuhvaćeni ni pravilima Direktiva o pravnim lijekovima na području javne nabave. To su Direktiva broj 89/665/EEZ kojom je regulirana pravna zaštita u klasičnom sektoru³³ i Direktiva broj 92/13/EEZ kojom je regulirana pravna zaštita u uslužnom sektoru.³⁴ Obje te Direktive izmijenjene su Direktivom 2007/66/EZ o izmjenama Direktiva 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u svezi s poboljšanjem učinkovitosti nadzora postupaka za dodjeljivanje javnih ugovora.³⁵ One se primjenjuju na

³¹ Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, OJ L 134, 30.4.2004, p.1.

³² Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134, 30.4.2004, p.114.

³³ Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989, on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, OJ L 395, 30,12, 1989, p.33.

³⁴ Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992, on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunication sectors, OJ L 395, 30,12, 1989, p.33.

³⁵ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts, OJ L 335, 2. 12. 2007, p.31.

ugovore o javnoj nabavi, javno-privatnom partnerstvu i ugovore o koncesiji za izvođenje javnih radova, dok kod koncesija za pružanje javnih usluga tim direktivama nije predviđena pravna zaštita subjekata koji smatraju da su im u postupku dodjeljivanja ugovora o koncesiji povrijeđena određena prava ili pravni interesi.

7. PROBLEMI KOJI PROIZLAZE IZ PODREGULIRANOSTI KONCESIJA

Postojeća pravna (ne)reguliranost koncesija na razini EU imala je za posljedicu postojanje pravne nesigurnosti za gospodarske subjekte te stvaranje barijera za njihov ulazak na tržište koncesija.

Pravna sigurnost značajna je za obavljanje svake gospodarske djelatnosti, a posebice je značajna kod ugovora velike vrijednosti zaključenih na duga vremenska razdoblja, kao što su većina ugovora o koncesijama. Ipak dodjeljivanje tih ugovora prate nejasnoće povezane uz nedostatak njihove jasne definicije u pravu EU te neodređenosti obveza koje proizlaze iz poštovanje načela UFEU vezano uz dodjeljivanje te vrste ugovora. Takva situacija dovodi do toga da je ponekad vrlo teško razlučiti koncesije od javnih ugovora, s jedne strane, te drugih oblika sporazuma ili unilateralnih akata kao što su licencije i odobrenja s druge strane, zbog čega je ponekad gospodarskim subjektima, ali javnim tijelima ili poduzećima vrlo teško utvrditi koji se pravni režim primjenjuje na pojedini pravni odnos. Europski sud je počevši od 2000. godine kada je donesena odluka u predmetu *Telaustria*,³⁶ u kojoj je sud naveo kako tijela koja dodjeljuju koncesije moraju postupati u skladu s načelima transparentnosti i jednakosti postupanja, pa do kraja 2011. godine, donio čak 25 presuda vezano uz dodjeljivanje koncesija, od čega se njih čak 13 odnose na pojašnjenje samog pojma koncesije. Iako je Europski sud u svojim kasnijim odlukama pojasnio kako je temeljno obilježje ugovora o koncesiji rizik koji preuzima koncesionar, a koji je svojstven eksploataciji radova i usluga, ostalo je nejasno o kojoj je vrsti i razini rizika riječ.³⁷

Kao što je prethodno navedeno, javna tijela ili subjekti kod dodjeljivanja koncesija moraju postupati u skladu s načelima transparentnosti, jednakosti postupanja i

³⁶ Predmet C-324/98, *Telaustria v. Telekom Austria*, [2000] ECR I-10754.

³⁷ Iz odluka Europskog suda nije u potpunosti jasno koja to razina operativnog rizika treba biti prenesena na koncesionara da bi se određeni ugovor mogao smatrati ugovorom o koncesiji. Odluke Europskog suda u predmetima C-437/07, *COM v Italy* [2008] I-00153 i C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR v AOK Rheinland* [2009], ECR I-04779 ne daju jasan odgovor na to pitanje. Pravna nesigurnost dodatno je povećana i zbog dvojbi o vrstama rizika koje mogu biti prenesene na koncesionara. Dok je rizik potražnje za uslugama široko prihvaćen kao dio definicije koncesija, nije definirano koje su još vrste rizika u tom smislu značajne (raspoloživost, konstrukcija, pravni i politički rizici, itd.). U svezi s tim pitanjem Europski je sud jedino u predmetu *Eurawasser* naveo kako se općeniti rizik koji proizlazi iz izmjene pravila tijekom izvršenja ugovora ne može smatrati relevantnim. V. Predmet C-206/08, *WAZV Gotha v Eurawasser Aufbereitungs und Entsorgungsgesellschaft mbH*, [2009] ECR I-08377, točka 79.

nediskriminacije. Međutim, u pravilu je vrlo teško utvrditi adekvatnost mjera kojima se postiže usklađenost s tim općim načelima UFEU. Taj problem posebno je izražen kod koncesija za pružanje usluga na koje se ne primjenjuje sekundarno pravo EU, već samo spomenuta pravna načela.

Nadalje, nesigurnost postoji i kada je riječ o razlikovanju koncesija za izvođenje radova i koncesija za pružanje usluga.³⁸ Kako većina koncesija za izvođenje radova uključuju, u određenom obujmu, i pružanje usluga nije uvijek jednostavno utvrditi koja je temeljna svrha ugovora, pa određene koncesije za izvođenje radova mogu biti dodijeljene u obliku koncesija za pružanje usluga s ciljem izbjegavanja primjene sekundarnog prava EU o koncesijama za izvođenje radova.

Pravna nesigurnost povećava rizik nastanka troškova zbog otkazivanja i prijevremenog prekida nezakonito dodijeljenih ugovora o koncesiji te posljedično dovodi i do smanjenja učestalosti korištenja tih ugovora u slučajevima kada bi ta vrsta ugovora bila najbolje rješenje, što ima za posljedicu propuštanje prilika za angažiranje privatnog kapitala i njihovih znanja i iskustava.

Druga važna posljedica podreguliranosti ugovora o koncesiji u EU je, kao što je prethodno navedeno, postojanje ulaznih barijera na tržišta koncesija država članica EU. Različitosti nacionalnih pravila o koncesijama predstavljaju barijere ulasku na tržište koncesija država članica EU za inozemne poduzetnike (posebice, za male i srednje poduzetnike) čime se daje značajna prednost domaćim poduzetnicima. Naime, inozemni poduzetnici izloženi su znatnim troškovima povezanim uz pravno savjetovanje kako bi se mogli detaljno upoznati s specifičnim pravilima pojedine države članice (a ponekad i pravilima jedinica lokalne samouprave o dodjeljivanju ugovora o koncesiji). Dok velike tvrtke u pravilu pronalaze sredstva kako bi došle do tih informacija, mali i srednji poduzetnici vrlo često nemaju dovoljno sredstava pa propuštaju poslovne prilike za dodjeljivanje te vrste ugovora. Neunificiranost pravila o koncesijama omogućuje i izravno dodjeljivanja ugovora o koncesijama pojedinim poduzetnicima, jer ne postoji obveza oglašavanja dodjeljivanja ugovora o koncesijama na razini EU.³⁹ Nepostojanje jasnih pravila o koncesijama dovodi i do protupravnog korištenja neobjektivnih kriterija za odabir operatera i dodjeljivanje koncesija. To se događa kada se kriteriji koji nisu u vezi s ugovorom koriste prilikom odabira najbolje ponude.⁴⁰

³⁸ To potvrđuju i odluke u predmetima C-331/92, *Gestion Hotelera International SA v Comunidad de Canarias SA*, [1994] ECR I-01329 i C-220/05 *Jean Auroux and Others v Commune de Roanne*, [2007] ECR I-00385, točke 36-37.

³⁹ Tako je i u lučkom sektoru gdje je dodjeljivanje koncesija učestala praksa. Istraživanje Instituta za prijevoz i pomorski menadžment i Sveučilišta u Antwerpenu izvršeno za potrebe ESPO-a pokazalo je da su čak 14% ispitanih ugovori za pružanje lučkih usluga izravno dodijeljeni. Commission Staff Working Document, *Impact Assessment of an Initiative on Concessions*, SEC (2011) 1588 final, Brussels, 20.12.2011, str. 16

⁴⁰ To je primjerice, u slučaju kada se dodatno vrednuje postojanje odnosa povjerenja tijela ili subjekta koji dodjeljuje koncesiju s nekim od ponuditelja, *ibidem*, str. 17.

Zabilježeni su i slučajevi protupravnog postupanja koji se odnose se na dodjeljivanje ugovora o javnoj nabavi u skladu s blažim pravilima o dodjeljivanju koncesija, izbjegavajući primjenu strožih pravila o javnim nabavama te također i dodjeljivanje koncesija u obliku licencijskih ili odobrenja koja obično uključuju i posebna ili isključiva prava, što predstavlja povredu načela iz UFEU. U tom slučaju, ugovor o koncesiji pogrešno je okvalificiran kao unilateralni akt te je dodijeljen bez obveze provođenja kompetitivnog postupka odabira.⁴¹

Izneseni problemi utječu na efikasno funkcioniranje unutarnjeg europskog tržišta, odnosno dovode do fragmentiranosti tržišta koncesija u EU. Posljedica je da europski građani tj. potrošači ne dobivaju usluge najbolje moguće kvalitete u odnosu na njihovu cijenu dok, s druge strane, gospodarstvenici mogu biti diskriminirani prilikom dodjeljivanja ugovora o koncesiji, a javna tijela ne mogu garantirati učinkovito trošenje državnog novca.

Kako bi riješila probleme povezane uz dodjeljivanje ugovora o koncesiji Europska je komisija u dva navrata donosila interpretativna priopćenja o koncesijama 2000.⁴² i 2008. godine.⁴³ Svrha interpretativnog priopćenja jest davanje uputa za tumačenje i primjenu prava EU. Ono rezimira i objašnjava načine na koji se pojedine odredbe prava EU trebaju tumačiti, oslanjajući se na postojeću sudsku praksu. Kako je riječ o političkim dokumentima koji nisu pravno obvezujući za druge, osim za Komisiju koja ih je donijela, nijedno od tih priopćenja nije utjecalo na poboljšanje postojeće situacije pravne nesigurnosti i postojanja ulaznih barijera na tržišta koncesija u državama članicama EU, zbog čega je donesena odluka o potrebi donošenja sekundarnog prava EU o koncesijama.

8. PRIJEDLOG DIREKTIVE O DODJELJIVANJU UGOVORA O KONCESIJI

Kako njena interpretativna priopćenja o koncesijama nisu polučila željeni učinak u smislu uklanjanja pravne nesigurnosti i ulaznih barijera na tržišta koncesija država članica EU, Europska komisija je u dva navrata održala konzultacije u svezi s praksom dodjeljivanja koncesija u državama članicama EU. Prvo je između srpnja i kolovoza 2010. godine Komisija održala konzultacije otvorene za širu javnost, na način da su svi zainteresirani mogli u elektronskom obliku dostaviti Komisiji svoje mišljenje i prijedloge u svezi s dodjeljivanjem koncesija u EU, a potom su između

⁴¹ Iako iz prakse Europskog suda proizlazi kako dodjeljivanje licencijskih ili odobrenja koja uključuju i isključiva prava treba biti usklađeno s načelima transparentnosti i jednakosti postupanja, postoje znatna odstupanja od te obveze u slučajevima dodjeljivanja licencijskih ili odobrenja: 1. javnom operateru izravno podvrgnutom državnom nadzoru 2. privatnom operateru podvrgnutom striktnoj kontroli javnih tijela. V. predmet C-203/2008, *Sporting Exchange Ltd. trading as Betfair v Minister van Justitie*, [2010], točka 59.

⁴² *Commission interpretative communication on concessions under Community law*, OJ C 121, 29.4.2000, p.2-13.

⁴³ *Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP)*, COM (2007)6661, Bruxelles, 5.2.2008.

kolovoza i rujna 2010. godine održane dodatne konzultacije usmjerene prvenstveno na gospodarske subjekte, socijalne partnere i tijela nadležna za dodjeljivanje koncesija u državama članicama. Informacije prikupljene tijekom konzultacija objedinjene su u Komisijinom Izviješću o ocjeni učinka iz ožujka 2011. godine.⁴⁴ Konzultacije su potvrdile postojanje problema u svezi s pravnom sigurnošću i pristupom tržištu koncesija u državama članicama EU, te je predloženo donošenje zakonodavstva EU o koncesijama. Komisija je dana 20. prosinca 2011. godine donijela Prijedlog za donošenje Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o dodjeljivanju ugovora o koncesijama (dalje: Prijedlog).⁴⁵ Prijedlog je podnesen Europskom parlamentu i Vijeću te je legislativna procedura nastavljena sukladno čl. 294. UFEU koji regulira postupak suodlučivanja prema kojem Vijeće ministara i Europski parlament dijele legislativne nadležnosti, pa Prijedlog za donošenje Direktive moraju usvojiti obje te institucije.

Komisija je nakon razmatranja brojnih opcija u svezi s pravnim uređenjem ugovora o koncesijama odustala od opcije koja predviđa proširenje postojećeg zakonodavstva o javnim nabavama i na dodjeljivanje ugovora o koncesijama. Naime, pravila o javnim nabavama vrlo su kompleksna i stroga, posebice kada je riječ o kriterijima za odabir između ponuditelja te postupak dodjeljivanja ugovora. Nedvojbeno je da bi njihova primjena na koncesije dovela do podizanja razine pravne sigurnosti. Ipak, pored očekivanih koristi, uvođenje tako detaljnih pravila moglo bi imati i negativne učinke te utjecati na smanjenje atraktivnosti koncesija zbog kompleksnosti pojedinih pravila o javnim nabavama kao što je primjerice, obvezno korištenje standardne natječajne procedure te kriterija ekonomski najpovoljnije ponude (*most economically advantageous tender*) za dodjeljivanje koncesije. Korištenje tako strogih i kompleksnih pravila u pravilu dovodi i do većeg broja parnica, što također može utjecati na izbjegavanje sklapanja ugovora o koncesijama. Slijedom navedenog, u konačnici je odabrana opcija pravnog uređenja ugovora o koncesijama koja se temelji na postojećim odredbama sekundarnog prava EU o koncesijama za javne radove uz potrebne nadopune koje se odnose na definiciju koncesija, izmjenu i produljenje ugovora o koncesijama, obvezu objavljivanja obavijesti o dodjeljivanju koncesija u Službenom listu EU, minimalne rokove za iskazivanje interesa za dodjeljivanje ugovora o koncesijama, kriterije za odabir koncesionara i dodjeljivanje koncesija, postupovne garancije i pravne lijekove.

Kako je riječ o prijedlogu Direktive o koncesijama, koji je još uvijek podložan primjedbama i izmjenama od strane Vijeća i Parlamenta, prije nego što bude usvojen, u ovom radu ćemo analizirati njegove temeljne odredbe, s naglaskom na one odredbe koje se razlikuju od postojećih pravila o javnoj nabavi.

⁴⁴ V. *supra*, bilješka 39.

⁴⁵ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts*, Brussels, 20. 12. 2011, COM (2011) 897 final.

U svezi s definicijom ugovora o koncesijama prijedlog Direktive o koncesijama daje precizniju definiciju ugovora o koncesiji, od one sadržane u Direktivama 2004/17/EZ i 2004/18/EZ o javnim nabavama referirajući se na pojam operativnog rizika.⁴⁶ Prema toj definiciji smatra se da je koncesionar preuzeo značajan operativni rizik u slučaju kada ne postoji garancija povrata investicije ili troškova nastalih izvođenjem radova ili pružanjem usluga koje su predmet koncesije. Taj gospodarski rizik može činiti jedno od slijedećeg:

- a) rizik povezan uz korištenje radova ili potražnje za pružanjem usluga; ili
- b) rizik povezan uz dostupnost infrastrukture koju osigurava koncesionar ili koja se koristi za pružanje usluga korisnicima.

Prijedlogom se inkorporiraju obveze i načela iz UFEU u sekundarno pravo EU tako što Prijedlog proširuje primjenu obveza koje se već primjenjuju na dodjeljivanje koncesija za izvođenje radova i na koncesije za pružanje usluga. Nadalje, Prijedlog sadržava niz konkretnih i mnogo preciznijih zahtjeva, utemeljenih na načelima UFEU, koji se moraju poštovati u različitim fazama postupka dodjeljivanja koncesija. Pored toga, Prijedlog proširuje primjenu sekundarnog prava EU na dodjeljivanje ugovora o koncesijama u uslužnom sektoru, koji su dosada bili izuzeti od primjene tog zakonodavstva.

Kako bi se osigurala transparentnost i jednakost postupanja u odnosu na sve gospodarske subjekte, Prijedlog predviđa obvezu objavljivanja u Službenom listu EU obavijesti o dodjeljivanju koncesije (*concession notice*) za sve koncesije na koje bi se predložena Direktiva trebala primjenjivati, a to su one koncesije čija je vrijednost jednaka ili veća od 5 000 000 eura.⁴⁷ Pored toga, ne kasnije od 48 dana od dana dodjeljivanja koncesije tijela i subjekti koji dodjeljuju koncesiju (*contracting authorities and contracting entities*)⁴⁸ dužni su poslati obavijest o dodjeli koncesije (*concession award notice*) koja treba sadržavati rezultate postupka dodjeljivanja koncesije. Ta obveza postoji i kod onih koncesija čija je vrijednost jednaka ili veća od 2 500 000 eura.

Kako bi poduzetnici (posebice, oni inozemni) imali dovoljno vremena za prikupljanje potrebne dokumentacije za prijavu, Prijedlogom je propisano da vremensko ograničenje za podnošenje prijave za dodjeljivanje ugovora o koncesiji ne smije biti

⁴⁶ Vidi *supra*, točka 6.

⁴⁷ Predmet primjene predložene Direktive propisan je njenim čl. 5.

⁴⁸ Pojam tijela i subjekata koji dodjeljuju koncesiju, tj. ugovornih tijela i subjekata (*contracting authorities, contracting entities*) definiran je u člancima 4. i 5. Prijedloga. Dok "ugovorna tijela" obuhvaćaju državu, regionalne ili lokalne vlasti, tijela regulirana javnim pravom te njihova udruženja, pojam "ugovornih subjekata" širi je i obuhvaća uz ta tijela i javna poduzeća te subjekte koji djeluju na temelju posebnih ili isključivih prava koja su im dodijeljena od strane nadležnih tijela u državi članici, kada dodjeljuju koncesije za obavljanje jedne od djelatnosti navedenih u Dodatku III predložene Direktive (djelatnosti u svezi s pružanjem usluga grijanja, električne energije, vodoopskrbe, prijevoza, poštanskih usluga, itd.).

kraće od 52 dana od dana kada je poslana obavijest o dodjeljivanju koncesije. Taj se rok može se skratiti za 5 dana u slučajevima kada se ponuda može poslati i elektroničkim putem.

Nadalje, Prijedlog sadržava i obveze povezane uz određivanje kriterija odabira sudionika na natječaju za dodjeljivanje koncesije kojih se tijela i subjekti koji dodjeljuju koncesiju moraju pridržavati kada dodjeljuju koncesiju. Riječ je manje restriktivnim pravilima od onih koja se primjenjuju na ugovore o javnim nabavama. Naime, ti se kriteriji mogu odnositi samo na pravni i financijski kapacitet te komercijalnu i tehničku sposobnost izvršenja konkretnog ugovora o koncesiji pojedinog ponuditelja, te se ograničava opseg dopuštenih kriterija za isključenje sudionika postupka dodjele koncesije.⁴⁹ Tako su člankom 36. Prijedloga propisani kriteriji za odabir i kvalitativnu procjenu kandidata koji moraju biti navedeni u obavijesti o dodjeljivanju koncesije i mogu se odnositi na: a) podobnost (*suitability*) za obavljanje profesionalne aktivnosti; b) gospodarski i financijski položaj te c) tehničke i profesionalne vještine.

Kada je riječ o kriterijima za dodjeljivanje koncesije Prijedlog predviđa obvezu primjene objektivnih kriterija povezanih uz predmet ugovora o koncesiji koji osiguravaju usklađenost s načelima transparentnosti, nediskriminacije i jednakosti postupanja što jamči da će se ponude ocjenjivati u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja omogućujući nadležnim tijelima ili subjektima sveobuhvatnu gospodarsku korist. Ti kriteriji trebaju onemogućiti donošenje samovoljnih odluka tijela ili subjekata koji dodjeljuju koncesiju, moraju biti unaprijed objavljeni, a ta tijela ili subjekti moraju navesti u obavijesti o dodjeljivanju koncesije ili drugim odgovarajućim dokumentima o koncesiji koju važnost ima svaki od tih kriterija, u odnosu na druge, za donošenje odluke o dodjeljivanju koncesije.⁵⁰ Države članice mogu propisati da tijela ili subjekti koji dodjeljuju koncesiju moraju temeljiti odluku o dodjeljivanju koncesije na kriteriju ekonomski najpovoljnije ponude (*most economically advantageous tender*). Dakle, one to sukladno ovom prijedlogu Direktive nisu obvezne propisati kao u slučaju javnih nabava. Štoviše, Prijedlog ne propisuje ni obveznu primjenu bilo kojih drugih kriterija za dodjeljivanje koncesije već samo zahtjeva da ti kriteriji budu

⁴⁹ Bilo koji ponuditelj koji je pravomoćno osuđen za sudjelovanje u kriminalnoj organizaciji, korupciji, prijevarama, terorističkim deliktima ili deliktima povezanim uz terorističke aktivnosti te pranju novca bit će isključen od sudjelovanja u koncesiji. Obveza isključenja primjenjuje se i u slučaju pravomoćne presude za ista djela direktora ili druge osobe ovlaštene za zastupanje te osobe koja sudjeluje u donošenju odluka ili kontroli tvrtke kandidata ili ponuditelja. Pored toga, države članice mogu propisati obvezu isključenja od sudjelovanja u dodjeljivanju koncesije gospodarskih subjekata u slučaju postojanja ozbiljne povrede odredaba EU ili nacionalnog prava usklađenog s UFEU koje se odnose na zaštitu javnog interesa, zatim kada je nad gospodarskim subjektom pokrenut postupak stečaja ili likvidacije te kada je taj gospodarski subjekt pokazao značajne ili kontinuirane nedostatke u izvršenju obveza iz ranijih koncesija ili koncesija slične prirode s istim tijelom ili subjektom.

⁵⁰ Nadležnim tijelima ili subjektima ostavljena je i mogućnost da te kriterije navedu počevši od najvažnijeg pa do onog kojemu pridaju najmanju važnost za donošenje odluke o dodjeljivanju koncesije.

objektivni, nediskriminirajući i povezani s predmetom ugovora o koncesiji. Unutar tih granica tijela ili subjekti koji dodjeljuju koncesiju mogu odabrati kriterije koje smatraju najprikladnijima za dodjeljivanje koncesije.⁵¹ Iako Prijedlog zahtijeva da kriteriji za dodjeljivanje koncesija omogućuju ukupnu gospodarsku korist za javno tijelo, on ne propisuje obvezu primjene kriterija ekonomski najpovoljnije ponude. To se obrazlaže time što u većini slučajeva primjena tog kriterija ne dopušta uzimanje u obzir kompleksnosti tih ugovora.

Za razliku od Direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ o javnim nabavama Prijedlog ne predviđa provođenje specifične natječajne procedure za dodjeljivanje koncesija. To omogućuje nadležnim tijelima ili subjektima primjenjivanje fleksibilnije procedure za dodjeljivanje koncesija, poštujući nacionalnu pravnu tradiciju te da provođenje postupka dodjeljivanja koncesije na najučinkovitiji mogući način. Ipak, Prijedlogom je propisano niz proceduralnih zaštita koje se primjenjuju tijekom postupka dodjeljivanja koncesija, posebice tijekom pregovora koje osiguravaju transparentnost i korektnost tog postupka.⁵² Iz toga proizlazi kako je Prijedlogom državama članicama prepuštena nadležnost da same propišu proceduru za dodjeljivanje koncesija, u skladu s proceduralnim garancijama predviđenim predloženom Direktivom te uz poštivanje kriterija za odabir između sudionika te kriterija za dodjeljivanje koncesije.

Pitanje izmjena koncesija za vrijeme njihova trajanja stvara velike probleme pravnim praktičarima. Zbog toga Prijedlog u čl. 42. detaljno uređuje to pitanje. Sukladno ovom Prijedlogu značajna izmjena koncesije za vrijeme njenog trajanja treba se smatrati novom dodjelom koncesije te je potrebno provesti novi postupak za dodjeljivanje koncesije, sukladno predloženoj Direktivi. Izmjena će se smatrati značajnom kada čini koncesiju bitno različitom od one koja je prvotno zaključena. U svakom slučaju, izmjena će se smatrati značajnom kada je ispunjen jedan od slijedećih uvjeta: a) izmjenom se postavljaju uvjeti koji bi, da su bili dio prvotnog postupka za dodjeljivanje koncesije, omogućili odabir sudionika različitih od onih koji su bili prvotno odabrani, ili bi omogućili dodjeljivanje koncesije drugim sudionicima ili ponuditeljima; b) ako izmjena mijenja ekonomski balans koncesije u korist koncesionara; c) ako izmjena značajno proširuje opseg koncesije tako da ona obuhvati opskrbu, radove ili usluge koji njome prvotno nisu bili obuhvaćeni. Pravilo o obvezi provođenja novog postupka dodjeljivanja koncesije neće se primijeniti u slučaju univerzalne ili djelomične sukcesije u položaj prvotne ugovorne stranke zbog provođenja postupka restrukturiranja, stečaja ili na temelju ugovora drugog gospodarskog operatora koji ispunjava prvotno postavljene kriterije odabira, pod uvjetom da to ne

⁵¹ Primjerice, kriterije koji se odnose na kvalitetu radova ili usluga te zaštitu okoliša.

⁵² Tako su prema čl. 35. Prijedloga nadležna tijela ili subjekti dužni u obavijesti o dodjeljivanju koncesije, pozivu na podnošenje ponude ili u dokumentaciji o koncesiji navesti opis koncesije, kriterije za dodjeljivanje te minimalne zahtjeve koji moraju biti ispunjeni. Posebice, oni ne smiju pružati informacije na diskriminatoran način dajući nekim ponuditeljima prednost u odnosu na druge.

dovodi do bitnih izmjena koncesije te da nije usmjereno ka zaobilaženju primjene predložene Direktive.

Pored toga, izmjena koncesije neće se smatrati značajnom kada vrijednost izmijenjene koncesije ne premašuje financijski prag od 5 000 000 eura i kada je vrijednost izmjene manja od 5% cijene prvotnog ugovora o koncesiji, uz uvjet da se njome ne mijenja priroda tog ugovora. U slučaju više uzastopnih izmjena njihova će se vrijednost određivati na temelju kumulativne vrijednosti tih izmjena. Izmjene koncesije neće se smatrati značajnima ni u slučaju kada su one predviđene u koncesijskoj dokumentaciji, jasnim, preciznim i nedvosmislenim odredbama o izmjeni ili opciji. Te odredbe trebaju propisivati opseg i prirodu dopuštenih izmjena ili opcija te uvjete pod kojima se one mogu koristiti. One ne smiju predviđati izmjene ili opcije koje bi dovele do promjene prirode koncesije.

Prijedlog uređuje i postupanje u slučaju izvanrednih okolnosti koje zahtijevaju izmjenu koncesije za vrijeme njenog trajanja. U tom slučaju bitna izmjena koncesije neće zahtijevati provođenje novog postupka dodjeljivanja koncesije u slučaju kumulativnog ispunjavanja slijedećih uvjeta: a) potreba za izmjenom nastala je zbog okolnosti koje pažljivo tijelo ili subjekt koji dodjeljuje koncesiju nije mogao predvidjeti; b) izmjena ne mijenja prirodu koncesije; c) u slučaju kada je koncesija dodijeljena od strane javnog tijela, kada povećanje cijene nije veće od 50% vrijednosti prvotne koncesije.

Nadalje, Prijedlog predviđa proširenje primjene Direktiva o pravnim lijekovima 89/665/EEZ i 92/13/EEZ izmijenjenih Direktivom 2007/66/EZ na sve ugovore o koncesijama iznad financijskog praga od 5 000 000 eura, kako bi se omogućila učinkovita sudska zaštita u svezi s provođenjem postupka dodjeljivanja koncesija te preispitivanje odluka o dodjeljivanju koncesija pred sudom.

Datum predviđen za prenošenje predložene Direktive u zakonodavstva država članica je 30. lipanj 2014. godine. Predložena Direktiva neće imati retroaktivan učinak, odnosno neće se primjenjivati na ugovore o koncesiji koji budu zaključeni prije dana njenog stupanja na snagu.⁵³

9. UTJECAJ DIREKTIVE EU O DODJELJIVANJU KONCESIJA NA HRVATSKO KONCESIJSKO PRAVO

U Republici Hrvatskoj je u listopadu 2008. godine donesen novi Zakon o koncesijama, a započeo se primjenjivati od 1. siječnja 2009. godine.⁵⁴ Za razliku od ranije važećeg zakona o koncesijama iz 1992. godine⁵⁵ koji je uređivao koncesije u sve-

⁵³ Do primjene predložene Direktive doći će samo u slučaju izmjene tih ugovora o koncesiji, kada će se primijeniti odredbe Direktive o izmjenama koncesija za vrijeme njihovog trajanja (čl. 42. Direktive).

⁵⁴ Zakon o koncesijama, Narodne novine 125/2008.

⁵⁵ Narodne novine 89/1992.

zi s gospodarskom eksploatacijom prirodnih bogatstava te u svezi s izgradnjom i upravljanjem objektima i postrojenjima koji su od interesa za Republiku Hrvatsku, Zakon o koncesijama iz 2008. godine propisuje pojam i vrste koncesija u skladu s europskim Direktivama broj 18/2004/EZ i 17/2004/EZ o javnim nabavama. Tako se tim zakonom definiraju tri vrste koncesija, a to su koncesije za javne radove, koncesije za javne usluge i koncesije za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra. Zakonom o koncesijama iz 1992. postupak, način dodjeljivanja i odabir koncesionara bili su propisani na različite načine i procedurama koje nisu bile ujednačene jer su bile propisane u oko 40 posebnih propisa (uredbi i pravilnika). Međutim, i prema tim propisima postupci dodjeljivanja koncesija objavljivali su se u javnim glasilima u formi javnih natječaja ili javnog prikupljanja ponuda za dodjelu koncesija. Iz toga proizlazi kako su već prema Zakonu iz 1992. godine, postojali elementi transparentnosti postupka dodjeljivanja koncesija, ali su odredbe bile rascjepkane, odnosno nisu bile sadržane u krovnom Zakonu o koncesijama, što je onemogućavalo efikasnu upotrebu instituta koncesije u hrvatskom gospodarstvu. To se nastojalo ispraviti Zakonom o koncesijama iz 2008. godine propisivanjem jedinstvenog postupka i jedinstvene pravne zaštite za sve sudionike u postupku dodjele koncesija. Zakon o koncesijama iz 2008. godine poziva se na podrednu primjenu odredaba o javnim nabavama u postupku dodjele koncesije za javne radove i pravne zaštite u tim postupcima. Jednako stanje je i u pravu EU u kojem su koncesije za izvođenje javnih radova regulirane Direktivama o javnim nabavama.⁵⁶ U svezi s dodjeljivanjem koncesija za javne usluge i koncesija za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra Zakonom o koncesijama Republike Hrvatske utvrđuju se samo osnovna načela za dodjelu tih koncesija, dok se postupci dodjele tih koncesija uređuju u odredbama posebnih (sektorskih) zakona, ali uz poštivanja načela postupka dodjeljivanja koncesija iz Zakona o koncesijama.⁵⁷ U tom smislu, dodjeljivanje koncesija za obavljanje lučkih djelatnosti i koncesija za obavljanje ostalih gospodarskih djelatnosti⁵⁸ uređeno je Zakonom o pomorskom dobru i morskim lukama (Narodne novine 158/2003, 141/2006 i 38/2009) i Uredbom o postupku davanja koncesije na pomorskom dobru (Narodne novine

⁵⁶ V. *supra*, točka 6.

⁵⁷ V. čl. 16.st.2. Zakona o koncesijama.

⁵⁸ Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (čl.66. st.5) predviđa četiri vrste koncesija u lukama otvorenim za javni promet od osobitog (međunarodnog) gospodarskog interesa za Republiku Hrvatsku: 1. koncesija za obavljanje lučkih djelatnosti koja ne zahtijeva korištenje postojećih niti gradnju novih građevina i drugih objekata podgradnje i nadgradnje na lučkom području, 2. koncesija za obavljanje ostalih gospodarskih djelatnosti koja ne zahtijeva korištenje postojećih niti gradnju novih građevina i drugih objekata podgradnje i nadgradnje na lučkom području, 3. koncesija za obavljanje lučkih djelatnosti koja zahtijeva korištenje postojećih i/ili gradnju novih građevina i drugih objekata podgradnje i nadgradnje na lučkom području, 4. koncesija za obavljanje ostalih gospodarskih djelatnosti koja zahtijeva korištenje postojećih i/ili gradnju novih građevina i drugih objekata podgradnje i nadgradnje na lučkom području.

23/2004, 101/2004 i 39/2006, 63/2008, 125/2010, 102/2011, 83/2012).⁵⁹ I u EU koncesije za pružanje javnih usluga i koncesije u uslužnom sektoru nisu uređene postojećim pravilima o javnim nabavama, nego se na te vrste koncesija primjenjuju isključivo opća načela UFEU. Međutim, stupanjem na snagu Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesijama EU na sve vrste koncesija primjenjivat će se odredbe te Direktive o postupku dodjeljivanja koncesija, ako zadovoljavaju vrijednosni kriterij za primjenu te Direktive, odnosno ako je vrijednost koncesije jednaka ili veća od 5 000 000 eura, dok će se na postupke pravne zaštite u svezi s dodjeljivanjem koncesija primjenjivati odredbe Direktiva o pravnim lijekovima 89/665/EEZ i 92/13/EEZ izmijenjenih Direktivom 2007/66/EZ.

Kako je riječ o Direktivi koja ima utjecaj na tržišno natjecanje, a Republika Hrvatska se već Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju⁶⁰ obvezala uskladiti svoje zakonodavstvo s tim dijelom pravne stečevine EU i prije njenog stupanja u punopravno članstvo EU, ona će biti dužna, jednako kao i države članice EU, uskladiti svoje zakonodavstvo s tom Direktivom do 30. lipnja 2014. godine. Prenošanjem Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesijama EU u zakonodavstvo Republike Hrvatske primjenjivat će se jednak postupak dodjeljivanja koncesija i pravne zaštite za sve vrste koncesija uključujući i koncesije za obavljanje lučkih djelatnosti i koncesije za obavljanje ostalih gospodarskih djelatnosti u morskim lukama zbog čega će biti potrebno uskladiti odredbe Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama i Uredbe o postupku davanja koncesije na pomorskom dobru s odredbama Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesijama EU.

10. ZAKLJUČAK

Kada je riječ o financiranju europskih morskih luka treba istaknuti kako je većina njih u vlasništvu javnog sektora koji ima važnu ulogu u njihovom financiranju. Ipak, posljednjih trideset godina, uslijed konstantnog pritiska na morske luke, a posredno i na vlade država članica zbog potrebe za sve većim investicijama u lučku infrastrukturu i suprastrukturu, kako bi luke mogle primiti sve veće kontejnerske brodove te uslijed sve većih proračunskih ograničenja država članica EU, vlade država članica sve se više povlače iz obavljanja lučkih poslova, prepuštajući ih privatnom sektoru, što dovodi do privatizacije morskih luka i liberalizacije pružanja lučkih usluga. Prema podacima ESPO-a većina velikih europskih morskih luka primjenjuje tzv. kućevlasnički model upravljanja lukom kod kojeg je izgradnja i održavanje lučke infrastrukture i suprastrukture i pružanje usluga rukovanja teretom

⁵⁹ Poblize, Bolanča, Dragan, *Koncesije na pomorskom dobru-novine u hrvatskom zakonodavstvu, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu*, god.46, 1/2009, str. 71-95.

⁶⁰ V. čl. 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica (dalje: SSP), Narodne novine-Međunarodni ugovori broj 14/01.

privatizirano. Najučestaliji pravni posao kojim se angažiraju privatni poduzetnici u morskim lukama su ugovori o koncesijama. Koncesije nisu definirane u UFEU. Jedina definicija koncesija nalazi se u Direktivama 2004/17/EZ i 2004/18/EZ o javnim nabavama, a odredbe sekundarnog prava EU kojima se reguliraju koncesije samo su one sadržane u Direktivi 2004/18/EZ u kojoj se uređuju koncesije za javne radove u klasičnom sektoru čija je vrijednost iznad financijskog praga od 5 000 000 eura. Dakle, sekundarnim pravom EU nisu uređene koncesije za izvođenje javnih radova u uslužnom sektoru, koncesije za izvođenje javnih radova u klasičnom sektoru čija je vrijednost ispod navedenog financijskog praga i koncesije za pružanje javnih usluga u oba sektora, neovisno o njihovoj vrijednosti. Poseban problem predstavlja i činjenica što ugovori o koncesijama za pružanje javnih usluga nisu obuhvaćeni ni pravilima Direktiva 89/665/EEZ i 92/13/EEZ o pravnim lijekovima na području javne nabave.

Postojeća pravna podreguliranost koncesija na razini EU imala je za posljedicu postojanje pravne nesigurnosti za gospodarske subjekte te stvaranje barijera za njihov ulazak na tržište koncesija. Neunificiranost pravila o koncesijama omogućuje i izravno dodjeljivanja ugovora o koncesijama pojedinim poduzetnicima, jer ne postoji obveza oglašavanja dodjeljivanja ugovora o koncesijama na razini EU. Nepostojanje jasnih pravila o koncesijama dovodi i do protupravnog korištenja neobjektivnih kriterija za odabir operatera i dodjeljivanje koncesija. To se događa kada se kriteriji koji nisu u vezi s ugovorom koriste prilikom odabira najbolje ponude. Izneseni problemi utječu na efikasno funkcioniranje unutarnjeg europskog tržišta, odnosno dovode do fragmentiranosti tržišta koncesija u EU. Posljedica je da europski građani tj. potrošači ne dobivaju usluge najbolje moguće kvalitete u odnosu na njihovu cijenu dok, s druge strane, gospodarstvenici mogu biti diskriminirani prilikom dodjeljivanja ugovora o koncesiji, a javna tijela ne mogu garantirati učinkovito trošenje državnog novca.

Kako bi riješila probleme povezane uz dodjeljivanje ugovora o koncesijama Europska je komisija u dva navrata donosila interpretativna priopćenja o koncesijama 2000. i 2008. godine. Kako njena interpretativna priopćenja o koncesijama nisu polučila željeni učinak u smislu uklanjanja pravne nesigurnosti i ulaznih barijera na tržišta koncesija država članica EU, Komisija je dana 20. prosinca 2011. godine donijela Prijedlog za donošenje Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o dodjeljivanju ugovora o koncesijama koji je podnesen je Europskom parlamentu i Vijeću te je legislativna procedura nastavljena je sukladno čl. 294. UFEU koji regulira postupak suodlučivanja prema kojem Vijeće ministara i Europski parlament dijele legislativne nadležnosti, pa Prijedlog za donošenje Direktive moraju usvojiti obje te institucije. Prijedlogom se inkorporiraju obveze i načela iz UFEU u sekundarno pravo EU tako što Prijedlog proširuje primjenu obveza koje se već primjenjuju na dodjeljivanje koncesija za izvođenje radova i na koncesije za pružanje usluga. Nadalje, Prijedlog sadržava niz konkretnih i

mного preciznijih zahtjeva, utemeljenih na načelima UFEU, koji se moraju poštovati u različitim fazama postupka dodjeljivanja koncesija. Pored toga, Prijedlog proširuje primjenu sekundarnog prava EU na dodjeljivanje ugovora o koncesijama u uslužnom sektoru, koji su dosada bili izuzeti od primjene tog zakonodavstva.

Kako bi se osigurala transparentnost i jednakost postupanja u odnosu na sve gospodarske subjekte, Prijedlog predviđa obvezu objavljivanja u Službenom listu EU obavijesti o dodjeljivanju koncesije (*concession notice*) za sve koncesije na koje bi se predložena Direktiva trebala primjenjivati, a to su one koncesije čija je vrijednost jednaka ili veća od 5 000 000 eura. Nadalje, Prijedlog sadržava i obveze u svezi s određivanjem kriterija odabira sudionika na natječaju za dodjeljivanje koncesije kojih se tijela i subjekti koji dodjeljuju koncesiju moraju pridržavati kada dodjeljuju koncesiju. Riječ je manje restriktivnim pravilima od onih koja se primjenjuju na ugovore o javnim nabavama. Naime, ti se kriteriji mogu odnositi samo na pravni i financijski kapacitet te komercijalnu i tehničku sposobnost pojedinog ponuditelja za izvršenje konkretnog ugovora o koncesiji.

Kada je riječ o kriterijima za dodjeljivanje koncesije Prijedlog predviđa obvezu primjene objektivnih kriterija povezanih uz predmet ugovora o koncesiji koji osiguravaju usklađenost s načelima transparentnosti, nediskriminacije i jednakosti postupanja što jamči da će se ponude ocjenjivati u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja omogućujući nadležnim tijelima ili subjektima sveobuhvatnu gospodarsku korist. Ti kriteriji trebaju onemogućiti donošenje samovoljnih odluka tijela ili subjekata koji dodjeljuju koncesiju i moraju biti unaprijed objavljeni. Za razliku od Direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ o javnim nabavama, Prijedlog ne predviđa provođenje specifične natječajne procedure za dodjeljivanje koncesija. To omogućuje nadležnim tijelima ili subjektima primjenjivanje fleksibilnije procedure za dodjeljivanje koncesija, poštujući nacionalnu pravnu tradiciju te da provođenje postupka dodjeljivanja koncesije na najučinkovitiji mogući način.

Pitanje izmjena koncesija za vrijeme njihova trajanja stvara velike probleme pravnim praktičarima. Zbog toga Prijedlog detaljno uređuje to pitanje. Sukladno ovom Prijedlogu značajna izmjena koncesije za vrijeme njenog trajanja treba se smatrati novom dodjelom koncesije te je, osim u određenim iznimnim situacijama propisanim predloženom Direktivom, potrebno provesti novi postupak za dodjeljivanje koncesije.

Slijedom navedenog, smatramo kako će, ukoliko stupi na snagu, predložena Direktiva zasigurno dovesti do povišenja razine pravne sigurnosti te do uklanjanja ulaznih barijera na tržišta koncesija država članica EU. Predložena Direktiva primjenjivat će se i na postupke dodjeljivanja koncesija u morskim lukama temeljem kojih se privatni poduzetnici angažiraju za pružanja lučkih usluga te za izgradnju i održavanje lučke infrastrukture i suprastrukture, što će doprinijeti transparentnosti tih postupaka te će imati pozitivan utjecaj na razvoj europskih morskih luka.

Prenošenjem Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesijama EU u zakonodavstvo Republike Hrvatske, što je Republika Hrvatska dužna napraviti do 30. lipnja 2014. godine, primjenjivat će se jednak postupak dodjeljivanja koncesija i pravne zaštite za sve vrste koncesija uključujući i koncesije za obavljanje lučkih djelatnosti i koncesije za obavljanje ostalih gospodarskih djelatnosti u morskim lukama u Republici Hrvatskoj, zbog čega će biti potrebno uskladiti odredbe Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama Republike Hrvatske i Uredbe o postupku davanja koncesije na pomorskom dobru s odredbama Direktive o dodjeljivanju ugovora o koncesijama EU.

Summary:

**FINANCING OF SEA PORTS IN THE LIGHT OF THE ADOPTION
OF THE EUROPEAN UNION DIRECTIVE ON THE AWARD
OF CONCESSION CONTRACTS**

Concession contract is a common legal act pursuant to which private undertakings are employed in European sea ports. Award of concession contracts is based on general legal principles of the Treaty of the Functioning of the European Union, such as transparency, equal treatment, free competition and non-discrimination. However, those contracts are presently subject to a limited number of European Union secondary-law provisions on public procurement. This situation has caused the occurrence of legal uncertainty for economic operators and barriers for their entrance into the concession market of the European Union. This gives rise to potentially serious distortions of the internal market of the European Union, such as direct awards of concessions without competition, with associated risks of national favouritism, fraud and corruption. This effectively means that EU citizens may not benefit from quality services at best prices. Therefore, on 20 December 2011, the European Commission brought a Proposal for a Directive on the award of concession contracts, which was sent to the European Parliament and the Council for adoption. The Proposal regulates the procedure for the award of concessions in the European Union and provides for an extension of the scope of application of Remedies Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC in public procurement procedures on all kinds of concessions, including service concessions, for instance concessions for providing of port services.

Keywords: sea ports; concession contract; state aid; EU Directive on the Award of Concession Contracts.

