

DRŽAVNE POTPORE U KONTEKSTU JAVNE NABAVE

Pregledni znanstveni rad

UDK 338.246.027

351.712.2

35.077.3

Primljeno: 20. listopada 2017.

Danijel Stanković*

Izvorni je cilj pravilâ o javnoj nabavi zaštita tržišnog natjecanja i postizanje realne, tržišne cijene za usluge, robu i radove koji su predmet nabave javnog naručitelja. Uz to ona u sebi imaju ugrađene preventivne mehanizme protiv dodjele ugovora ponuditelju koji je primatelj nezakonite potpore. Međutim, izvan specifičnog konteksta usluga od općeg gospodarskog interesa, u praksi se ne govori toliko o problemu državnih potpora koje mogu nastati samom dodjelom ugovora o javnoj nabavi bilo zbog povrede pravilâ o javnoj nabavi bilo zbog drugih elemenata ugovora koji se dodjeljuje.

U radu se analizira pojam državne potpore u kontekstu javne nabave, ali i odnos postupaka pravne zaštite i sankcioniranja povreda jednih i drugih pravila. Autor zastupa tezu prema kojoj se pravila o oduzimanju nezakonitih državnih potpora moraju svakako primijeniti ako u konkretnom slučaju nije dostupna pravna zaštita konkurenata u postupku kontrole javne nabave.

Ključne riječi: javna nabava, državne potpore, izuzetno niska ponuda

1. UVOD

Predmet su ovog rada tri vrste situacija koje u kontekstu dodjele ugovora o javnoj nabavi uključuju primjenu pravila o državnim potporama.

Najprije se razmatraju dodjele provedene suprotno pravilima o javnoj nabavi i njihov mogući učinak na nastanak nezakonite državne potpore (vidjeti poglavlje 2.1.). S tim u vezi u ovom se radu zastupa teza prema kojoj se dodjelom ugovora suprotno pravilima o javnoj nabavi načelno prenosi selektivna prednost u korist odabranog ugovaratelja, koja čini jedan od uvjeta na putu utvrđivanja nezakonite državne potpore.

Zatim se analiziraju situacije u kojima se čak i uz formalno poštovanje pravilâ o javnoj nabavi u dodijeljenom ugovoru mogu utvrditi elementi državne potpore (vidjeti poglavlje 2.2.).

* Danijel Stanković, pravnik lingvist na Sudu Europske unije; LL.M. Finance (Institute for Law and Finance, Goethe-Universität, Frankfurt am Main); LL.M. de droit français et de droit européen (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne); polaznik poslijediplomskog doktorskog studija iz europskog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

U nastavku se proučavaju odredbe propisa Unije o javnoj nabavi¹ o odbijanju izuzetno niskih ponuda u slučaju kada su ponuditelji primili nezakonitu državnu potporu (vidjeti poglavlje 2.3.).

Na samom se kraju analizira odnos postupaka pravne zaštite i sankcioniranja povreda pravila o javnoj nabavi i onih o državnim potporama (vidjeti poglavlje 3.), pri čemu se zastupa teza da se pravila o oduzimanju nezakonitih državnih potpora moraju svakako primijeniti ako u konkretnom slučaju nije dostupna pravna zaštita konkurenata u postupku kontrole javne nabave.

2. DRŽAVNE POTPORE U KONTEKSTU JAVNE NABAVE

Pojam državne potpore u pravu Unije uređen je (i) primarnim pravom, tj. Ugovorom o funkcioniranju Europske unije² (u daljnjem tekstu: UFEU), (ii) mnoštvom propisa sekundarnog prava (direktive i uredbe, uključujući i Komisijine pravno neobvezujuće,³ ali često vrlo instruktivne komunikacije)⁴ i (iii) praksom Suda EU-a. Nadležnost za provedbu prava Unije o državnim potporama podijeljena je između Komisije, koja odlučuje povodom prijave država članica ili po službenoj dužnosti, te Suda EU-a i nacionalnih sudova, koji obavljaju sudski nadzor Komisijinih odluka ili izravno primjenjuju pravo Unije u konkretnim sporovima između konkurenata.⁵

UFEU u biti ne definira što je potpora, nego samo određuje koje su državne potpore nespojive s unutarnjim tržištem Unije. Tako u članku 107. stavku 1. UFEU-a stoji: „Osim

¹ Direktiva 2014/24/EU o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014, L 94, str. 65 te ispravci SL 2015, L 275, str. 68 i SL 2016, L 311, str. 26, u daljnjem tekstu: Opća direktiva o javnoj nabavi); Direktiva 2014/25/EU o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014, 94, str. 243) naziva se sektorskom direktivom o nabavi jer se odnosi na posebne djelomično liberalizirane sektore u kojima je još uvijek dominantan javni interes (u daljnjem tekstu: Direktiva o sektorskoj nabavi); Direktiva 2014/23/EU o dodjeli ugovorâ o koncesiji (SL 2014, L 94, str. 1 i ispravak SL 2015, L 114, str. 24; u daljnjem tekstu: Direktiva o koncesijama); u cijelom tekstu opća i sektorska direktiva zajedno se nazivaju „direktive o javnoj nabavi”.

² Pročišćeni tekst, SL 2016, C 202, str. 1. Tu se osobito misli na odredbe glave VII. UFEU-a pod naslovom „Zajednička pravila o tržišnom natjecanju, oporezivanju i usklađivanju zakonodavstava”, poglavlja 1. „Pravila o tržišnom natjecanju”, koje obuhvaća članke 101. do 109.

³ Komisija takvim aktima zapravo sebi postavlja granice u izvršavanju diskrecijske ovlasti koju ima na temelju članka 107. UFEU-a, vidjeti primjerice presudu Grčka/Komisija (C-431/14 P, EU:C:2016:145, t. 68-69 i navedenu sudsku praksu).

⁴ Primjerice, postupak pred Komisijom uređen je Uredbom (EU) br. 2015/1589 o utvrđivanju detaljnih pravila primjene članka 108. UFEU-a (SL 2015, L 248, str. 9), kojom je stavljena izvan snage Uredba (EZ) br. 659/1999. Nadalje, skupna izuzeća određenih državnih potpora uređena su Uredbom (EU) br. 651/2014 o ocjenjivanju određenih kategorija potpora spojivima s unutarnjim tržištem u primjeni članka 107. i 108. (SL 2014, L 187, str. 1) i Uredbom (EU) 2015/1588 o primjeni članka 107. i 108. UFEU-a na određene kategorije horizontalnih državnih potpora (SL 2015, L 248, str. 1).

⁵ Pitanje podijeljene nadležnosti vrlo je složeno i u praksi Sud EU-a provodi samo opću kontrolu zakonitosti postupka, odnosno ne ispituje Komisijine ekonomske procjene i zaključke. Vidjeti primjerice presude BUPA i dr./Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29, t. 221-222); Telefónica de España i Telefónica Móviles España/Komisija (T-151/11, EU:T:2014:631, t. 161); Banco Privado Português i Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, t. 67); Grčka/Komisija (bilj. 3, t. 68).

ako je Ugovorima drukčije predviđeno, svaka potpora koju dodijeli država članica ili koja se dodjeljuje putem državnih sredstava u bilo kojem obliku koja narušava ili prijeti da će narušiti tržišno natjecanje stavljanjem određenih poduzetnika ili proizvodnje određene robe u povoljniji položaj, nespojiva je s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj utječe na trgovinu među državama članicama” (moje isticanje).

Kao što je vidljivo iz teksta navedene odredbe, postoje četiri glavne i kumulativne pretpostavke za nastanak državne potpore nespojive s unutarnjim tržištem Unije: kao prvo, mora postojati određena prednost koja se dodjeljuje primatelju⁶; kao drugo, potpora mora potjecati izravno od države ili biti dodijeljena putem državnih sredstava; kao treće, potpora mora biti selektivna, to jest mora dovesti u povoljniji položaj određene poduzetnike ili određene sektore proizvodnje ili usluga koji ne bi ostvarili u uobičajenim tržišnim uvjetima,⁷ čime se narušava ili prijeti narušavanjem tržišnog natjecanja; i kao četvrto, mora postojati određeni utjecaj na trgovinu među državama članicama, tj. ne smije biti riječ o potpuno unutarnjoj situaciji.⁸ Riječ je o vrlo širokoj definiciji, prema kojoj su načelno zabranjene sve državne potpore, osim apsolutno i relativno izuzetih potpora predviđenih člankom 107. stavcima 2. i 3. UFEU-a.⁹

Iz obiju definicija vidljivo je također da potpora može biti dodijeljena u raznim oblicima. U pravnoj se literaturi, na temelju sudske prakse, navode sljedeći primjeri: izravna subvencija, izuzeće od poreza, trošarina i parafiskalnih davanja, povlaštene kamatne stope, državna jamstva, povlaštena prodaja ili davanje u zakup zemljišta ili zgrada u vlasništvu države ili drugih osoba javnog prava, naknada štete, povlašteni uvjeti javne nabave, odgoda naplate poreznih i socijalnih davanja i zajamčene dividende.¹⁰ Pojam potpore dakle obuhvaća ne samo izravne uplate nego i različite oblike umanjavanja financijskih tereta koje poduzetnik inače mora sam snositi.

Za članak 107. UFEU-a također nisu bitni razlozi ili ciljevi intervencija, nego njihovi učinci.¹¹ Naime u stadiju utvrđivanja postoji li određena prednost koja se dodjeljuje nekom poduzetniku nije bitno koji je razlog za dodjeljivanje državne potpore.¹² To je

⁶ Craig, P.; de Búrca, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6. izdanje, Oxford University Press, 2015, str. 1133.

⁷ Iako UFEU govori samo o proizvodnji određene robe, tim je pojmom obuhvaćena i djelatnost pružanja usluga. U tom je smislu potpunija definicija iz članka 2. Zakona o državnim potporama (Narodne novine br. 47/14).

⁸ Francuska/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, t. 68); Altmark, (C-280/00, EU:C:2003:415, t. 74); Komisija/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, t. 39); Autogrill España/Komisija (T-219/10, EU:T:2014:939, t. 27); Banco Santander i Santusa/Komisija (T-399/11, EU:T:2014:938, t. 31); BVVG (C-39/14, EU:C:2015:470, t. 24); Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178, t. 22-24) i Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, t. 13).

⁹ Za detaljniji prikaz izuzeća vidjeti Štorek, M., *Državne potpore izuzete od obveze prijave Europskoj komisiji*, Novi informator, Zagreb, br. 6338, 3. prosinca 2014., str. 5.

¹⁰ Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 6, str. 1133.

¹¹ Italija/Komisija (173/73, EU:C:1974:71, t. 27); Deufil (310/85, EU:C:1987:96, t. 8); Francuska/Komisija (C-241/94, EU:C:1996:353, t. 20); Španjolska/Komisija (C-480/98, EU:C:2000:559, t. 16); BVVG (bilj. 8, t. 52).

¹² Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 6, str. 1133.

ostavljeno za kasniji stadij utvrđivanja je li potpora obuhvaćena nekim od predviđenih izuzeća.

Za potrebe proučavanja situacija u kojima nezakonita državna potpora može nastati formalno nepravilnim, ali i pravilnim dodjelama ugovora o javnoj nabavi (vidjeti *infra* 2.1. i 2.2.) treba napomenuti da je kod postupaka javne nabave očito da je riječ o uporabi državnih, odnosno javnih sredstava. Naime pojmom „putem državnih sredstava” obuhvaćene su i druge pravne osobe javnog i privatnog prava, poput javnih naručitelja, pod uvjetom da ih država kontrolira i da je aktivno sudjelovala u donošenju konkretnih mjera.¹³

Prema mišljenju nekih autora dodjela ugovora o javnoj nabavi vrlo lako može ispuniti prve tri pretpostavke za postojanje državne potpore,¹⁴ osobito ako je riječ o (a) ekonomski neopravdanoj nabavi, (b) pretjeranoj naknadi, (c) nabavi s posebnim pogodnostima ili pak (d) nabavi provedenoj protivno pravilima o javnoj nabavi.¹⁵

Što se pak tiče pretpostavke utjecaja na trgovinu među državama članicama, ona je svakako ispunjena u slučaju ugovora koji prelaze europske pragove predviđene direktivama o javnoj nabavi,¹⁶ ali to bi se vrlo lako moglo ostvariti i u slučaju ugovora ispod tih pragova ako uključuju određeni prekogranični interes.¹⁷

U nastavku se najprije analizira problematika nabava provedenih protivno pravilima o javnoj nabavi (*infra* 2.1.), a nakon toga se ispituju situacije u kojima se i u formalno uredno provedenim postupcima javne nabave mogu utvrditi određeni elementi državne potpore (*infra* 2.2.).

¹³ *Ibid.*, str. 1137. Vidjeti presude Francuska/Komisija (C-82/99, EU:C:2002:294, t. 33) i SACE/Komisija (T-305/13, EU:T:2015:435, t. 45). Za suprotne slučajeve, u kojima nije utvrđeno financiranje iz državnih sredstava, vidjeti PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, osobito t. 58-62 i 64-66) i Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, t. 33-34, 41, 45-48). Neki autori u pogledu kvalifikacije javnih naručitelja kao „države” u smislu članka 107. stavka 1. UFEU-a smatraju da je drukčije kada je riječ o javnim poduzećima sa samostalnom upravom, vidjeti Sanchez-Graells, A., *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?*, *Public Procurement Law Review*, 2012, br. 6, str. 207, bilješka 10.

¹⁴ U tom smislu vidjeti Sanchez-Graells, A., *op. cit.* u bilj. 13, str. 207-210 i Heuninckx, B., *Defence Procurement: The Most Effective Way to Grant Illegal State Aid and Get Away With It ... or Is It?*, *Common Market Law Review*, 2009, br. 46, str. 198.

¹⁵ Baistrocchi, P. A., *Can the award of a public contract be deemed to constitute state aid?*, *European Competition Law Review*, 2003, sv. 24, br. 10, str. 512-513; 515-517. Neki pak autori ustraju na restriktivnijem pristupu, v. Arrowsmith, S. L., *Public procurement as an instrument of policy and the impact of market liberalization*, *Law Quarterly Review* 1995., str. 258 i Arrowsmith, S. L., *The Law on Public and Utilities Procurement*, sv. 1, 3. izdanje, Sweet Maxwell, 2014, str. 311. Za kritiku takvih stajališta vidjeti Doern, A., *The interaction between EC rules on public procurement and State aid*, *Public Procurement Law Review*. 2004, br. 3, str. 109 i bilješke 101-104.

¹⁶ *Ibid.*, str. 6-7.

¹⁷ Komisija/Belgija (C-87/94, EU:C:1996:161, t. 33), Unitron Scandinavia i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567, t. 31 i 32), Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, t. 20); SECAP i dr. (C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, t. 24) i Borta (C-298/15, EU:C:2017:266, t. 36).

2.1. Dodjele ugovora protivno pravilima o javnoj nabavi

Koje su moguće situacije kršenja pravila javne nabave u kojima može nastati selektivna prednost? Kao prvo, ako javni naručitelj uopće ne organizira postupak javne nabave i izvan dopuštenih situacija izravnom pogodbom sklopi ugovor o javnoj nabavi (najteži oblik povrede). Kao drugo, u slučaju nepoštovanja pravila Ugovora i načela primarnog prava prilikom izravne dodjele ugovora izuzetog iz područja primjene direktiva o javnoj nabavi ili prilikom dodjele ugovora koji je obuhvaćen tim područjem primjene i u konkretnom postupku javne nabave. Kao treće, nepoštovanje pravila o javnoj nabavi u fazi izvršenja ugovora izmjenama njegovih odredaba kojima se u korist ugovaratelja bitno mijenja predmet nabave ili ekonomska ravnoteža na štetu javnog naručitelja.

2.1.1. Izravne dodjele

Izravna je dodjela¹⁸ ugovora o javnoj nabavi najteži oblik kršenja pravila o javnoj nabavi, što je očito jer se izravnom dodjelom pogoduje isključivo jednom gospodarskom subjektu. Međutim u praksi često postoje granična područja u kojima nije jasno je li povjeravanje određenog posla obuhvaćeno pojmom ugovora o javnoj nabavi.

Budući da je Sud u praksi utvrdio i određene iznimke od tog pojma, moglo bi se zaključiti da je gospodarski subjekt ostvario selektivnu prednost samo ako konkretna izravna dodjela nije obuhvaćena jednom od tih iznimaka, koje obuhvaćaju sljedeće situacije: (a) javnopravni odnos na temelju jednostranog upravnog akta,¹⁹ (b) izvršavanje ovlasti koje izravno proizlaze iz zakona,²⁰ (c) besplatne činidbe u korist javnog naručitelja,²¹ (d)

¹⁸ U europskom pravu javne nabave pojam „dodjela” (engl. *award*, franc. *attribution*, njem. *Vergabe*, *Zuschlag*) treba razlikovati od pojma „sklapanje” (engl. i franc. *conclusion*, njem. *Vergabe*, *Abschluss*) ugovora. Prvi pojam odnosi se na odluku o odabiru uspješnog ponuditelja, a drugi na sam čin potpisivanja ugovora nakon odabira uspješnog ponuditelja. To znači da u europskom pravu javni naručitelj – ako tako predvidi u dokumentaciji o nabavi – i nakon odabira ponude može odustati od sklapanja ugovora. Naprotiv, hrvatski zakonodavac odlučio je primijeniti stroži režim, prema kojem se izvršnošću same odluke o odabiru ponude smatra da je sklopljen ugovor o javnoj nabavi, vidjeti članak 307. stavak 3. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

¹⁹ Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05, EU:C:2007:227, t. 51, 53 i 54) i Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (C-220/06, EU:C:2007:815, t. 53-54).

²⁰ Komisija/Irska (C-532/03, EU:C:2007:801, t. 35 i 37); Eric Libert i dr. (C-197/11 i C-203/11, EU:C:2013:288, t. 108-115) i Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, 55-58).

²¹ Presude Ordine degli Architetti i dr. (C-399/98, EU:C:2001:401, t. 69, 71, 76-86); Komisija/Italija (C-412/04, EU:C:2008:102, t. 70) i Auroux i dr. (C-220/05, EU:C:2007:31, t. 45, 50, 54).

nabava *in house*,²² (e) suradnja javnih naručitelja²³ i (f) prijenos ovlasti i odgovornosti za izvršavanje javnih zadaća među javnim naručiteljima ili udruženjima javnih naručitelja.²⁴ Zbog opsega rada ovdje se neće posebno analizirati svaka od pojedinačnih iznimaka.

Drugim riječima, izravna je dodjela nezakonita ako je poduzeta izvan kruga iznimaka dopuštenih sudskom praksom i direktivama o javnoj nabavi.²⁵

Što se tiče nastanka selektivne prednosti nezakonitom izravnom dodjelom ugovora, Sud dosada nije imao priliku razviti opsežnu sudsku praksu. Ipak, u određenim područjima, kao primjerice u kontekstu sudske prakse o iznimkama u pogledu nabave *in house* i suradnje javnih naručitelja, nije dopuštao izravnu dodjelu ako je u kontroliranom subjektu kojemu je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi bio zastupljen privatni kapital. Naime Sud smatra da bi izravna dodjela ugovora subjektu u čijem temeljnom kapitalu sudjeluje privatni poduzetnik omogućila potonjem da ostvari *prednost u odnosu na svoje konkurente*.²⁶ U pogledu pak ugovorne suradnje javnih naručitelja Sud je zaključio da su takvi ugovori izuzeti od obveze provođenja postupka javne nabave „pod uvjetom da su takvi ugovori sklopljeni samo između javnih tijela, *bez sudjelovanja privatnopravnih subjekata, da nijedan privatnopravni pružatelj usluga nije stavljen u povlašten položaj u odnosu na svoje konkurente* i da se suradnja koju uspostavljaju vodi isključivo razmatranjima i zahtjevima svojstvenima težnji za ostvarenjem ciljeva u javnom interesu”²⁷ (moje isticanje).

Iako tom prilikom Sud EU-a nije izričito rekao da je riječ o selektivnoj prednosti u smislu državne potpore, analogno njegovu stajalištu, prema kojem se naknada za obavljanje usluga od općeg gospodarskog interesa (u daljnjem tekstu: UOGI) koje nisu povjerene u

²² Članak 12. Opće direktive o javnoj nabavi te presude Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, t. 50); Stadt Halle RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, t. 49 i 50); Coname (bilj. 17, t. 26); Carbotermo i Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, t. 33); Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, t. 58); Asociación Nacional de Empresas Forestales (bilj. 19, t. 61); Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, t. 26); Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, t. 25); Centro Hospitalar de Setúbal (C-574/12, EU:C:2014:2004, t. 12) i Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, t. 6).

²³ Članak 12. stavak 4. Opće direktive o javnoj nabavi; Komisija/Njemačka (C-480/06, EU:C:2009:357, t. 37); Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. (C-159/11, EU:C:2012:817, t. 34); Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, t. 36-38) i Datenlotsen Informationssysteme (bilj. 22, t. 34 i 35).

²⁴ Članak 1. stavak 6. Opće direktive o javnoj nabavi i presuda Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, t. 40-47, 49-53).

²⁵ U potonjem slučaju, svakako treba paziti na primjenu primarnih načela prava Unije o javnoj nabavi jer je primjerice i izravna dodjela ugovora koji je izrijekom isključen iz područja primjene direktiva o javnoj nabavi nezakonita ako se pritom nije poštovala obveza transparentnosti. Više o tome *infra* 2.1.2.

²⁶ Stadt Halle RPL Lochau (bilj. 22, t. 51): engl. „an advantage over its competitors”, franc. „un avantage par rapport à ses concurrents”, njem. „einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten”. U konkretnom slučaju bila je riječ o povredi načela utvrđenih u sudskoj praksi Teckal u vezi s tzv. internom nabavom ili nabavom *in house* jer je ugovor bio izravno dodijeljen javnopravnom tijelu u čijem je kapitalu, protivno sudskoj praksi, sudjelovao i privatni poduzetnik. Presudom Centro Hospitalar de Setúbal (bilj. 22, t. 36-38) ista je sudska praksa potvrđena i u odnosu na sudjelovanje privatnopravnih subjekata iz neprofitnog sektora. Drugim riječima, Sud je zauzeo vrlo usko tumačenje iznimke, odnosno široko tumačenje pojma privatnog poduzetnika, koji obuhvaća sve privatnopravne subjekte: i trgovačka društva i neprofitne privatne ustanove društvene solidarnosti, bez obzira na svoj pravni oblik i mogući neprofitni karakter.

²⁷ Piepenbrock (bilj. 23, t. 37).

otvorenom, transparentnom i nediskriminirajućem postupku javne nabave kvalificira kao državna potpora,²⁸ valja zaključiti da je i u tom slučaju upravo riječ o takvoj selektivnoj prednosti.²⁹ Tomu u prilog govori i formulacija drugog uvjeta iz presude Altmark, u kojem se govori o gospodarskoj prednosti koja poduzetnika primatelja naknade može dovesti u povoljniji položaj u odnosu na konkurentske poduzetnike.³⁰

Tek treba vidjeti kakvo će biti tumačenje Suda EU-a s obzirom na nove odredbe članka 12. stavka 1. prvog podstavka točke (c) i članka 12. stavka 3. prvog podstavka točke (c) Opće direktive o javnoj nabavi, prema kojima je sada u slučaju nabave *in house* dopušteno neizravno sudjelovanje privatnog kapitala i ono koje nema značajke kontroliranja i blokiranja,³¹ ne vrši odlučujući utjecaj na pravnu osobu pod kontrolom, a propisano je nacionalnim zakonodavnim odredbama i nije nespojivo s UFEU-om.³² Naime u takvim bi se slučajevima mogla utvrditi selektivna prednost unatoč dopuštenosti navedene iznimke s gledišta novih pravilâ o javnoj nabavi.³³ Takav bi rezultat bio dosljedan logici Suda, zbog koje je u svojoj dosadašnjoj praksi apsolutno zabranio sudjelovanje privatnog kapitala u kontroliranom subjektu, ali i poželjan s gledišta zaštite tržišnog natjecanja jer se time

²⁸ Nicolaidis, P., *The EU Commission clarifies the relation between Altmark criteria and public procurement rules (SNCM Corse-Méditerranée)*, e-Competitions, br. 57954, svibanj 2013., www.concurrences.com (pristup 29. rujna 2017.); Nicolaidis, P., *Altmark and Public Procurement: Definition and Award of Contracts*, 2. rujna 2013., State aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaidis, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered> (pristup 29. rujna 2017.); vidjeti također presude Altmark (bilj. 8, t. 93), SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134, t. 238, 240-241), Comunidad Autónoma del País Vasco i Itelazpi/Komisija (T-462/13, EU:T:2015:902, t. 80).

²⁹ Za suprotno stajalište, prema kojem se na temelju činjenice da nije primijenjen postupak javne nabave ne može pretpostaviti da je došlo do državne potpore, vidjeti Arrowsmith, S. L., *The Law on Public... op. cit.* u bilj. 15, str. 311.

³⁰ Presuda Altmark (bilj. 8, t. 90), engl. „economic advantage which may favour the recipient undertaking over competing undertakings”, franc. „un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes”, njem. „einen wirtschaftlichen Vorteil [...] der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt”. Slično i Komisija u točki 184. Odluke 2013/435/EU o državnoj potpori SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN) koju je Francuska provela u korist društava Société Nationale Corse Méditerranée i Compagnie Méridionale de Navigation (SL 2013, L 220, str. 20) govori o selektivnoj gospodarskoj prednosti u kontekstu utvrđivanja državne potpore u korist pružatelja neadekvatno definirane javne usluge. Vidjeti i presude EasyPay and Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, t. 45) i Comunidad Autónoma del País Vasco i Itelazpi/Komisija (C-66/16 P, EU:C:2017:999, t. 45 i 48)

³¹ Uzimajući u obzir odredbe članka 301. i 455. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15), to bi u kontekstu hrvatskog prava za dionička društva i društva s ograničenom odgovornošću značilo manjinsko sudjelovanje do 24,99 % temeljnog kapitala, osim ako statutom ili društvenim ugovorom nije predviđena veća potrebna većina, u kojem bi slučaju i takvo sudjelovanje moralo biti razmjerno manje. Za dionička društva jednaki zaključak može se izvesti i na temelju odredbe članka 9. stavka 1. Zakona o preuzimanju dioničkih društava (Narodne novine br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13), kojim je predviđen prag od 25 % dionica s pravom glasa kao okidač za obveznu ponudu za preuzimanje.

³² Janssen, W. A., *The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach?*, Utrecht Law Review, 2014, sv. 10, br. 5, str. 174-176.

³³ Vidjeti analogno Sanchez-Graells, A., *Enforcement of State Aid Rules for Services of General Economic Interest before Public Procurement Review Bodies and Courts*, 12. lipnja 2013., <https://ssrn.com/abstract=2271674> (pristup 29. rujna 2017.), str. 5 i 6, u pogledu sada dopuštenih izmjena ugovora o javnoj nabavi do 10 % (u slučaju robe i usluga), odnosno 15 % vrijednosti ugovora (u slučaju radova), kako je predviđeno člankom 72. stavkom 2. Opće direktive o javnoj nabavi.

omogućuje kontrola stvarnog sadržaja i učinka ugovornih transakcija, koje su prema novom uređenju izuzete od obveze provođenja postupka javne nabave. Time bi se ostvarivala i supsidijarna uloga pravila o državnim potporama u situacijama u kojima pravila o javnoj nabavi nisu ostvarila ili ne mogu ostvariti svrhu zaštite učinkovitog tržišnog natjecanja (više o tome *infra* 3.).

2.1.2. Nepoštovanje pravilâ Ugovora i načela primarnog prava

Sud je u praksi potvrdio da se na sve dodjele ugovora o javnoj nabavi, neovisno o primjenjivosti direktiva o javnoj nabavi *in concreto*, primjenjuju pravila Ugovora, ponajprije ona o slobodama kretanja robe, usluga i poslovnog nastana, ali i određena načela primarnog prava Unije koja je Sud razvio na temelju tih sloboda.³⁴ Sud je pritom uvijek naglašavao da to što su neki ugovori izrijeком izuzeti iz područja primjene direktiva o javnoj nabavi (npr. u slučaju nabave kojoj je vrijednost manja od europskih pragova³⁵) ne znači da su potpuno isključeni iz područja primjene prava Unije.³⁶ No ta se pravila i načela to više primjenjuju u konkretnim postupcima javne nabave s obzirom na to da su mnoge odredbe mjerodavnih direktiva i nacionalnih propisa zapravo samo njihov poseban odraz.

U tom smislu i na samom početku Opće direktive o javnoj nabavi u uvodnoj izjavi 1. stoji: „Dodjela ugovora o javnoj nabavi od strane ili u ime nadležnih tijela država članica mora biti u skladu s načelima [UFEU-a], pogotovo s načelom slobodnog kretanja robe, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, kao i s načelima koja iz toga proizlaze, poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti”, ali to je samo posljedica već ustaljene hijerarhije pravnih normi prava Unije.

Slijedom toga navedena se načela moraju poštovati prilikom svake dodjele ugovora, kako prilikom pripreme i provedbe postupka javne nabave tako i izvan njega kada je dopuštena izravna dodjela ugovora, ali u potonjem slučaju ipak više do izražaja dolazi obveza minimalne transparentnosti kako bi se osiguralo da i drugi zainteresirani subjekti mogu izraziti svoj interes za obavljanje konkretnog posla.³⁷

³⁴ Telaustria (C-324/98, EU:C:2000:669, t. 60-62) i Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654, t. 20).

³⁵ Vidjeti članak 4. Opće direktive o javnoj nabavi, članak 15. Sektorske direktive o nabavi i članak 8. Direktive o koncesijama.

³⁶ Vestergaard (bilj. 34, t. 19) i Njemačka i dr./Komisija (T-258/06, EU:T:2010:214, t. 74).

³⁷ Za primjenu navedene obveze u tom slučaju Sud je uveo dodatan kriterij prekograničnog interesa pa se ta obveza primjenjuje samo ako konkretni predmet nabave uključuje određeni prekogranični interes. Kao kriteriji na temelju kojih se može utvrditi određeni prekogranični interes mogu poslužiti, primjerice (i) značajna procijenjena vrijednost ugovora, (ii) razina potrebnog tehničkog znanja ili (iii) mjesto izvođenja radova koje s obzirom na svoj položaj može biti privlačno inozemnim izvođačima, vidjeti presudu SECAP i dr. (bilj. 17, t. 24). Također, slab gospodarski značaj projekta može upućivati na nepostojanje takva interesa, vidjeti presude Coname (bilj. 17, t. 20) i SECAP i dr. (bilj. 17, t. 31). Pitanje je sadržaja i opsega transparentnosti prijeporno. S jedne strane Komisija u svojoj Interpretativnoj komunikaciji o pravu Zajednice primjenjivom na dodjele ugovora koje u cijelosti ili djelomice ne podliježu odredbama direktiva

Nasuprot tomu u samom postupku javne nabave veća se pozornost posvećuje poštovanju načela jednakog postupanja i nediskriminacije, koja se primjenjuju na sve njegove aspekte i faze,³⁸ primjerice na tehničko pitanje ponderacije pojedinih kriterija u ocjenjivanju ponude,³⁹ izračun kriterija ekonomski najpovoljnije ponude,⁴⁰ isključenje izuzetno niskih ponuda,⁴¹ izmjene dokumentacije o nabavi nakon objave poziva na nadmetanje,⁴² ograničavanje podizvođenja⁴³ i mnoge druge. Zbog primjene tog načela predmet nabave u dokumentaciji za nadmetanje ne smije se opisati upućivanjem na samo jednog proizvođača bez navođenja napomene „ili jednakovrijedan”.⁴⁴ U kontekstu postupka javne nabave opseg obveze transparentnosti jasno je određen odredbama direktiva o javnoj nabavi ovisno o kojoj je vrsti postupka riječ (otvoreni ili ograničeni postupak, natjecateljski dijalog, partnerstvo za inovacije). Uz to, zbog zabrane ograničenja temeljne slobode kretanja robe, dokumentacijom ili propisima o javnoj nabavi ne smije se zahtijevati ispunjavanje dodatnih tehničkih uvjeta ili provedba postupaka homologacije za proizvode koji su već zakonito stavljeni na tržište u drugoj državi članici.⁴⁵

U slučaju dopuštene izravne dodjele ugovora ili postupka javne nabave koji se provedu protivno pravilima i načelima primarnog prava Unije o javnoj nabavi moglo bi se, kao i u slučaju nedopuštene izravne dodjele iz točke 2.1.1. gore, utvrditi da je ugovaratelj u izravnoj dodjeli ili uspješni ponuditelj u takvu postupku ostvario selektivnu prednost u odnosu na svoje konkurente – druge zainteresirane subjekte ili sudionike tog postupka javne nabave.

o javnoj nabavi (SL 2006, C 179, str. 2) inzistira na objavljivanju dosta detaljnog poziva, pri čemu u točki 2.1.3. te komunikacije citira presudu Coname (bilj. 17, t. 21). Za suprotno stajalište, prema kojem nije potrebno objaviti oglas, vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu Komisija/Finska (C-195/04, EU:C:2007:28, t. 76-77, 82-98). U navedenom mišljenju nezavisna odvjetnica smatra da se na pitanje razine transparentnosti primjenjuje nacionalno pravo. Nažalost, budući da je presudom Komisijina tužba odbačena zbog postupovnih razloga, Sud se nije osvrnuo na meritum spora i stajališta E. Sharpston. S druge strane, budući da nitko nije podnio žalbu protiv presude Općeg suda Njemačka i dr./Komisija (bilj. 36), u kojoj je osam država članica zajedno s Europskim parlamentom osporavalo valjanost navedene Komisijine komunikacije, nema pouzdanog izvora o tome koje je konačno stajalište Suda.

³⁸ Dimarso (C-6/15, EU:C:2016:555, t. 22-23).

³⁹ *Ibid.*, t. 24.

⁴⁰ Španjolska/Komisija (T-402/06, EU:T:2013:445, t. 66, 70-71).

⁴¹ Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, t. 19) i SECAP i dr. (bilj. 17, t. 24, 25, 26, 29 i 35).

⁴² Borta (bilj. 17, t. 67 do 70).

⁴³ Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, t. 49), Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, t. 34-37) i Borta (bilj. 17, t. 43, 46-50, 54).

⁴⁴ Komisija/Nizozemska (C-359/93, EU:C:1995:14, t. 24-25 i 27). Obveza stavljanja napomene „ili jednakovrijedan” propisana je sada člankom 42. Opće direktive o javnoj nabavi, člankom 60. Direktive o sektorskoj nabavi i člankom 36. Direktive o koncesijama.

⁴⁵ Presude Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (120/78, EU:C:1979:42, t. 8); Komisija/Francuska (21/84, EU:C:1985:184, t. 11-15); Komisija/Irska (45/87, EU:C:1988:435, t. 16, 18 i 27) i Capoda Import-Export (C-354/14, EU:C:2015:658, t. 39 i 40).

2.1.3. Nepoštovanje pravilâ o javnoj nabavi u fazi izvršenja ugovora

Pitanje izmjena dodijeljenog ugovora dugo vremena nije bilo uređeno propisima Unije, što je otvaralo mogućnost zaobilaženja strogih pravila o provedbi postupka javne nabave u fazi izvršenja ugovora – primjerice njegovim prolongiranjem, izmjenom ili dopunom izvorno predviđenog predmeta nabave.

Stoga je Sud 2008. u presudi *pressetext Nachrichtenagentur*⁴⁶ opravdano zaključio da takve izmjene, ako ne ispunjavaju određene pretpostavke, čine novi ugovor o javnoj nabavi, za koji je potrebno provesti novi postupak javne nabave.

O značajnoj izmjeni ugovora može biti riječ primjerice u slučaju (i) unošenja novih uvjeta koji bi omogućili sudjelovanje drugih ponuditelja ili odabir druge ponude, (ii) proširenja opsega ugovora u znatnoj mjeri novim elementima koji izvorno nisu bili predviđeni, (iii) izmjene ekonomske ravnoteže ugovora u korist suugovaratelja javnog naručitelja ili (iv) zamjene ugovornog partnera, osim ako je riječ o unaprijed predviđenom podugovaranju.⁴⁷

Ako javni naručitelj znatno izmijeni ugovor o javnoj nabavi izvan kruga dopuštenih iznimaka, može se – kao u slučaju nedopuštene izravne dodjele ugovora – zaključiti da je ugovaratelju automatski nastala prednost u odnosu na njegove konkurente, koju ne bi ostvario u uobičajenim tržišnim uvjetima.

Međutim sada je pitanje izmjene ugovora izričito uređeno i direktivama o javnoj nabavi iz 2014., kojima je zapravo kodificirana praksa Suda, uz određene tehničke detalje u pogledu toga što čini znatnu izmjenom ugovora.⁴⁸ Primjerice člankom 72. Opće direktive sada je postavljen minimalni prag do kojeg se ne smatra da je riječ o značajnoj izmjeni, a on odgovara (i) općim pragovima relevantnim za primjenu direktive i (ii) 10 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o uslugama i nabavi robe i 15 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o radovima, pod uvjetom da se izmjenom ne mijenja cjelokupna priroda ugovora, pri čemu se – ako je učinjeno nekoliko uzastopnih izmjena – vrijednost procjenjuje na temelju neto kumulativne vrijednosti uzastopnih izmjena.

Kao što je prethodno već napomenuto u pogledu nabave *in house*, nova pravila o javnoj nabavi mogu dovesti do situacija u kojima se – unatoč dopuštenosti iznimke od toga što se smatra značajnom izmjenom ugovora s gledišta pravila o javnoj nabavi – može utvrditi da je ugovaratelj izmjenom stekao selektivnu prednost.⁴⁹

⁴⁶ Presuda *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 34).

⁴⁷ *Ibid.* t. 35-37 i 40. Navedeni popis odgovara i onome koji je sada predviđen člankom 321. stavkom 2. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

⁴⁸ Vidjeti članak 72. Opće direktive o javnoj nabavi, članak 89. Direktive o sektorskoj nabavi i članak 43. Direktive o koncesijama.

⁴⁹ Vidjeti Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 5 i 6.

2.2. Javna nabava kao instrument prikrivene dodjele državnih potpora

Nakon analize pitanja nastanka selektivne prednosti na temelju dodjela ugovora protivno pravu Unije o javnoj nabavi u ovom se dijelu analiziraju situacije u kojima javni naručitelj formalno pravilnom javnom nabavom može dodijeliti poduzetniku nezakonitu državnu potporu, bilo zato što je ta nabava u konkretnom slučaju neopravdana (javni naručitelj u biti nema potrebu za konkretnim predmetom nabave⁵⁰) bilo zato što su u korist uspješnog ponuditelja ili njegovih kreditora predviđeni povlašteni (neuobičajeni) uvjeti ugovora o javnoj nabavi.⁵¹

Prvi je takav slučaj zabilježen 1999. u presudi Općeg suda BAI/Komisija, gdje je bila riječ o državnoj potpori u obliku kupovine velikog broja vozničkih karata na pomorskoj liniji Santander – Plymouth unaprijed za nekoliko godina, što je bila *neuobičajena poslovna transakcija*.⁵² Opći je sud zaključio da postojanje državne potpore nije isključeno samo zato što je riječ o dvostrano obvezujućoj transakciji⁵³ (naime španjolska pokrajina Baskija za isplatu novca zauzvrat je dobila vozne karte), nego je bitan njezin cilj – učinak.⁵⁴ Isto je zaključio i u pogledu argumentacije prema kojoj je kupnja karata bila opravdana kulturnim i socijalnim programima u toj pokrajini.⁵⁵ U tom slučaju dakle nije bila riječ o povjeravanju obavljanja javne usluge, nego o izravnoj nabavi vozničkih karata određenog prijevoznika.⁵⁶

Do sličnog je zaključka došao primjerice i francuski Conseil d'Etat (Državno vijeće) 2006. u presudi u vezi s pretjeranim naknadama koje je Trgovačka i industrijska komora Strasbourga i departmana Bas-Rhin (Donja Rajna) na temelju ugovora o suradnji plaćala niskobudžetnoj aviokompaniji Ryanair za „turističku promociju” regije.⁵⁷

⁵⁰ Dunleavy, N., *Public Procurement, State Aid and Antitrust: Understanding the Intersections*, materijali s predavanja o javnoj nabavi na Trinity Collegeu, Dublin, 23. veljače 2009., str. 44, <http://www.icel.ie/userfiles/file/Procurement%20Portal/PP%20State%20Aid%20and%20AT.pdf> (pristup 29. rujna 2017.).

⁵¹ Heuinckx, B., *op. cit.* u bilj. 14, str. 198-199.

⁵² U konkretnom slučaju bila je riječ o obvezi kupnje 26 000 karata u razdoblju od 1993. do 1996. i 46 500 karata u razdoblju od 1995. do 1998. Presuda BAI/Komisija (T-14/96, EU:T:1999:12, t. 6 i 9); Dunleavy, N., *op. cit.* u bilj. 50, str. 44; Dischendorfer, M.; Stempkowski, M.: *The Interplay Between the EC Rules on Public Procurement and State Aid*, *Public Procurement Law Review*, 2002, str. 47; Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 3, bilješka 9.

⁵³ Slično su stajalište zastupali nezavisni odvjetnici N. Fennelly u svojem mišljenju u predmetu Francuska/Komisija (C-251/97, EU:C:1998:572, t. 19) i F. Jacobs u svojem mišljenju u predmetu GEMO SA (C-126/01, EU:C:2002:273, t. 122).

⁵⁴ BAI/Komisija (bilj. 52, t. 71-72).

⁵⁵ *Ibid.* t. 81.

⁵⁶ Vidjeti osobito točke 123 i 233 presude SNCM/Komisija (bilj. 28), u kojima Opći sud razlučuje slučaj povjeravanja obavljanja javnih usluga od kupnje vozničkih karata, što je bio predmet presude BAI/Komisija (bilj. 52).

⁵⁷ Presuda Conseil d'Etat *Compagnie Ryanair Limited et CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin*, dostupna na internetskoj stranici: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008224731> (pristup 29. rujna 2017.); Nicinski, S., *Application de la jurisprudence Altmark par le juge administratif français*, *L'Actualité juridique: Droit administratif (AJDA)* 2006, str. 1346.

U skladu s tom sudskom praksom pravilna primjena pravila o javnoj nabavi ne isključuje dakle potpuno primjenu pravila o državnim potporama.⁵⁸ Takvo je stajalište poželjno sa stajališta zaštite tržišnog natjecanja i suzbijanja nezakonitih državnih potpora. Naime iako je izvorni cilj pravilâ o javnoj nabavi zaštita tržišnog natjecanja i postizanje realne, tržišne cijene za usluge, robu i radove koji su predmet nabave javnog naručitelja i ona u sebi imaju ugrađene preventivne mehanizme protiv dodjele ugovora ponuditelju koji je primatelj nezakonite potpore, zbog svojeg dosega, koji je u pravilu ograničen samo na dodjelu konkretnog ugovora o javnoj nabavi, ona izvan tih granica ne mogu u potpunosti zaštititi tržišno natjecanje. Štoviše, kao što je vidljivo iz navedenih primjera, javni ih naručitelji mogu čak instrumentalizirati radi stvaranja formalnog privida usklađenosti. U tom smislu pravila o državnim potporama morala bi se primjenjivati kao općeprimjenjiv korektiv predviđen radi zaštite učinkovitog tržišnog natjecanja.

Drugi tip situacija u kojima u uredno provedenom postupku javne nabave ipak mogu ostati određeni elementi državne potpore obuhvaća različite vrste jamstava javnog tijela, mehanizme osiguranja u slučaju prijevremenog ili redovitog prestanka ugovora, klauzule kojima se mijenja distribucija rizika između javnog tijela i poduzetnika na štetu prvoga i sl.⁵⁹ Pritom valja imati na umu da svako jamstvo ne podrazumijeva automatski dodjeljivanje selektivne prednosti poduzetniku u čiju je korist izdano, nego samo ako utječe na ponašanje subjekata koji s njim stupaju u pravne odnose,⁶⁰ odnosno ako dolazi do prijenosa rizika na javno tijelo.⁶¹

2.3. Utvrđivanje državne potpore u slučaju izuzetno niskih ponuda

U ovom se dijelu ispituju odredbe direktiva o javnoj nabavi prema kojima se izuzetno niska ponuda primatelja nezakonite državne potpore može odbiti. Drugim riječima, ovdje je riječ o situacijama u kojima je selektivna prednost prethodno nastala na drugi način, a ne povredom pravilâ o javnoj nabavi, ali u tom slučaju direktive o javnoj nabavi ovlašćuju

⁵⁸ Slično je stajalište („[...] and element of state aid may remain”) izrazila i Komisija u točkama 38 i 39 svoje odluke C(2006) 1840 *final*, u predmetu državne potpore br. N 149/2006, koju je Irska dodijelila u obliku jamstva za slučaj smanjenog prometa na autocesti M3 i u tunelu Limerick, dostupna na engleskom jeziku na internetskoj stranici Komisije: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/204286/204286_577967_12_2.pdf (pristup 29. rujna 2017.); Dunleavy, N., *op. cit.* u bilj. 50, str. 46. Za analizu daljnjih prijedloga promjene općeg stajališta prema kojem uredno provedena nabava stvara presumpciju nepostojanja državne potpore vidjeti Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 3-6.

⁵⁹ Za različite oblike državnih jamstava, uključujući i mehanizme osiguranja u slučaju prijevremenog prestanka ugovora, vidjeti vrlo detaljnu analizu u dokumentu Europskog ekspertnog centra za javno-privatna partnerstva (EPEC) Europske investicijske banke (EIB) iz svibnja 2011., *State Guarantees in PPPs – A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management*, dostupno na internetskoj adresi: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-state-guarantees-in-ppps-public> (pristup 29. rujna 2017.), osobito str. 15-17.

⁶⁰ Nicolaidis, P., *Beneficiaries and Benefits of State Guarantees*, 13. lipnja 2016., State aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaidis, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered>.

⁶¹ EPEC, EIB, *State Guarantees in PPPs...*, *op. cit.* u bilj. 63, str. 28.

javne naručitelje da kao svojevrsni Komisijini partneri u otkrivanju nezakonitih potpora odbiju ponudu primatelja nezakonite državne potpore i o tome obavijeste Komisiju.

U skladu s člankom 69. stavkom 4. Opće direktive o javnoj nabavi: „Ako javni naručitelj utvrdi da je ponuda izuzetno niska zato što je ponuditelj primio državnu potporu, ponuda smije biti odbijena samo na temelju toga tek nakon savjetovanja s ponuditeljem, ako on nije u mogućnosti dokazati, u dostatnom roku određenom od strane javnog naručitelja, da je dotična potpora usklađena s unutarnjim tržištem u smislu članka 107. UFEU-a. Ako javni naručitelj u tim okolnostima odbije ponudu, on o tome obavješćuje Komisiju.”⁶²

Ratio legis te odredbe jest sprečavanje ugrožavanja provedbe ugovora o javnoj nabavi, do kojeg bi moglo doći kad bi Komisija na svoju inicijativu pokrenula postupak protiv primatelja nezakonite državne potpore i naložila njezin povrat, što već u trenutku odabira ponude dovodi u pitanje njegovu financijsku i ekonomsku sposobnost.⁶³

Sukladno navedenoj odredbi, javni naručitelji nisu dužni *a priori* i bez dodatnog ispitivanja iz sudjelovanja u provedbi postupka javne nabave isključiti ponuditelja samo zato što je, zahvaljujući javnim subvencijama koje prima, u mogućnosti ponuditi osjetno niže cijene od cijena ponuditelja koji ne primaju subvencije.⁶⁴ „Međutim, u određenim posebnim okolnostima javni je naručitelj obvezan, ili barem može, uzeti u obzir postojanje subvencija, a osobito potpora koje nisu u skladu s Ugovorom, kako bi, ako je potrebno, isključio ponuditelja koji ih prima.”⁶⁵

Ako se bolje promotri, navedena je odredba problematična iz više razloga. Kao prvo, primjenjuje se samo u slučaju izuzetno niskih ponuda. Kao drugo, pretpostavlja da je svaki javni naručitelj sposoban ocijeniti je li neka potpora nespojiva s UFEU-om. I kao treće, može dovesti do znatnog produljenja trajanja postupka javne nabave u slučaju osporavanja odluke o odbijanju ponude.⁶⁶

Zbog toga se opravdano može pretpostaviti da će javni naručitelji vrlo rijetko moći i htjeti primijeniti tu odredbu.⁶⁷ Unatoč tomu to ih ne oslobađa njihova dijela odgovornosti prilikom ocjenjivanja ponuditeljeve financijske i ekonomske sposobnosti jer se može

⁶² U članku 84. stavku 4. Direktive o sektorskoj nabavi nalazi se identična odredba. Jednako je propisano i u članku 289. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

⁶³ Vidjeti u tom smislu presudu ARGE Gewässerschutz (C-94/99, EU:C:2000:677, t. 30).

⁶⁴ Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, t. 43).

⁶⁵ ARGE Gewässerschutz (bilj. 63, t. 29) i Data Medical Service (bilj. 64, t. 44).

⁶⁶ Slična i detaljnija kritika upućena je u članku Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 6-11.

⁶⁷ Za primjer pogrešne primjene te odredbe vidjeti komentar odluke belgijskog Državnog Vijeća u Derenne, J.; Kaczmarek, C., *The Belgian Council of State ruled that there was no need for the procuring entity of a public tender procedure to inquire about the legality of an underlying State aid received by one of the tenderers*, travanj 2008., e-Competitions br. 28455, www.concurrences.com (pristup 29. rujna 2017.); za drugi primjer koji pokazuje teškoće u primjeni te odredbe vidjeti Derenne, J.; Kaczmarek, C., *The French Administrative court of Bordeaux rejects the State aid law pleas invoked by an unsuccessful bidder in a public tender won by a regional public body, ruling that Art. 87 EC is not directly effective (Merceron)*, srpanj 2008., e-Competitions br. 28050, www.concurrences.com (pristup 29. rujna 2017.).

pretpostaviti da je u interesu javnog naručitelja i to da osigura nesmetanu provedbu ugovora o javnoj nabavi.

3. RAZLIČITI OBLICI PRAVNE ZAŠTITE

Budući da konkurenti načelno uživaju pravnu zaštitu u postupcima kontrole postupaka javne nabave⁶⁸ u vezi s kojima mogu tražiti i naknadu štete po općim pravilima,⁶⁹ možda je to razlog što su u praksi zbog toga manje zainteresirani za prijavljivanje povreda Komisiji. Naime izvan konteksta uspostave i financiranja javnih usluga i UOGI-ja prilikom istraživanja nije pronađen nijedan slučaj u kojem je Komisija zbog povrede pravila o javnoj nabavi pokrenula postupak utvrđivanja nezakonite državne potpore. S druge strane, ako je bila riječ o intervencijama nacionalnog zakonodavca u propise o javnoj nabavi (primjerice propisivanjem obvezne dodjele određenog postotka javnih nabava u korist gospodarskih subjekata iz određene regije), Komisija se u pravilu nije libila pokrenuti postupak pred Sudom zbog povrede obveze države članice.⁷⁰

Unatoč tomu, budući da je pravna zaštita u postupcima kontrole javne nabave vremenski ograničena vrlo strogim rokovima, može se dogoditi da zbog propuštanja rokova konkurentima bude uskraćena daljnja pravna zaštita.⁷¹ S tim u vezi riječ je o mogućem dodatnom, javnopravnom sankcioniranju takvih povreda u javnom interesu nalaganjem povrata nezakonite državne potpore u odgovarajućim postupcima Komisije.⁷²

U takvim slučajevima, a osobito ako je riječ o sustavnoj praksi pogodovanja određenog poduzetnika, bilo bi itekako opravdano oduzeti mu prednost utvrđivanjem da je primio nezakonitu potporu i nalaganjem njezina povrata, pod uvjetom da su ispunjene sve

⁶⁸ Riječ je o sredstvima pravne zaštite predviđenima Direktivom 89/665/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima (SL 1989., L 395, str. 33) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6, svezak 6, str. 3 i ispravak SL 2016, L 63, str. 44). U Hrvatskoj je, naravno, riječ o postupcima pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave.

⁶⁹ Članak 435. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16) i članak 2. stavak 1. točka (c) Direktive 89/665.

⁷⁰ Vidjeti primjerice presude *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, EU:C:1990:121, t. 18) i *Laboratori Bruneau protiv USL RM/24 di Monterotondo* (C-351/88, EU:C:1991:304, t. 7). Pritom je Sud naglasio da to što se takva mjera eventualno može kvalificirati kao državna potpora ne isključuje primjenu zabrane količinskih ograničenja. Drugim riječima, što je zanimljivo s gledišta ovog rada, i mjerom državne potpore može se prekršiti navedena zabrana, vidjeti točku 20 navedene presude *Du Pont de Nemours Italiana*.

⁷¹ Vidjeti članke 406. do 414. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16). Primjerice za najtežu povredu pravila o javnoj nabavi, tj. za nezakonitu izravnu dodjelu ugovora, člankom 411. propisan je subjektivni rok od 30 dana od saznanja i objektivni rok od šest mjeseci od sklapanja ugovora. Strogost i prekluzivnost rokova to je više vidljiva iz odredbi kojima se u slučaju drugih povreda onemogućuje „preskakanje” pravnih lijekova, primjerice u članku 406. stavku 2., članku 407. stavku 2. i članku 408. stavku 3. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16), pa ako konkurenti propuste osporavati sadržaj poziva na nadmetanje ili dokumentacije za nadmetanje u kojima se nalaze uvjeti koji pogoduju samo jednom poduzetniku, poslije nakon donošenja odluke o odabiru ponuditelja ne mogu je osporavati.

⁷² Slične ideje objedinjavanja sredstava pravne zaštite zastupa A. Sanchez-Graells u svojem članku *Enforcement..., op. cit.* u bilj. 33, str. 19-29.

preostale pretpostavke iz članka 107. stavka 1. UFEU-a i da je riječ o iznosima koji prelaze pragove potpora *de minimis*.⁷³

Što se tiče posljedica utvrđenja nezakonite potpore u odnosu javnog naručitelja i gospodarskog subjekta kojemu je ugovor dodijeljen (a) u postupku javne nabave ili bez takva postupka i (b) bez obzira je li takva dodjela bila u skladu s pravilima o javnoj nabavi, valja razlikovati dva slučaja. Kao prvo, ako je još nije istekao rok za ostvarivanje pravne zaštite u redovitom postupku kontrole javne nabave, oštećeni konkurenti mogu podnijeti žalbu nadležnom tijelu i zahtijevati poništenje ugovora.⁷⁴ Ako ta pravna zaštita nije dostupna, odluka o utvrđivanju nezakonite potpore u pravilu ne bi imala izravan učinak na dodijeljeni ugovor o javnoj nabavi, jer je ništetnost kao posljedica izričito propisana samo za sporazume između poduzetnika zabranjene člankom 101. UFEU-a.⁷⁵ Međutim u tom slučaju Komisija odlukom od dotične države članice zahtijeva da poduzme sve potrebne mjere za povrat sredstava potpore od korisnika,⁷⁶ što, ovisno o nacionalnom pravu i okolnostima slučaja, može uključivati i utvrđenje ništetnosti, poništenje ili pak samo razmjerno smanjenje naknade koju je gospodarski subjekt primio ili prima na temelju nezakonito dodijeljenog ugovora o javnoj nabavi.⁷⁷

U situaciji kada na tržištu ima konkurenata, a ponuda je posla osobito u nekim sektorima ili u uvjetima gospodarske krize ograničena, javni naručitelj svojim odabirom praktično odlučuje o tome koji će poduzetnik ili poduzetnici preživjeti. Upravo zato tržište javne nabave mora biti transparentno i svima jednako dostupno.

4. ZAKLJUČAK

Cilj je ovog rada bio istražiti dodirna područja primjene pravila o javnoj nabavi i onih o državnim potporama te provjeriti tezu prema kojoj svakom dodjelom ugovora uz povredu pravila o javnoj nabavi nastaje selektivna prednost, koja čini jedan od uvjeta na putu utvrđivanja nezakonite državne potpore.

⁷³ Opći prag od 200.000 eura u skladu s Uredbom Komisije (EU) br. 1407/2013 o primjeni članaka 107. i 108. UFEU-a na potpore *de minimis* (SL 2013, L 352, str. 1) i posebni prag od 500.000 eura u slučaju UOGI-ja, prema Uredbi Komisije (EU) br. 360/2012 o primjeni članaka 107 i 108 UFEU-a na potpore *de minimis* koje se dodjeljuju poduzetnicima koji pružaju usluge od općeg gospodarskog interesa (SL 2012, L 114, str. 8) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8, svezak 3, str. 297).

⁷⁴ U skladu sa zahtjevima članka 2.d Direktive 89/665 (bilj. 68), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66 (SL 2007, L 335, str. 31) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6, svezak 9, str. 198) i Direktivom o koncesijama, predviđena je i u članku 425. stavku 1. točki 5. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

⁷⁵ Vidjeti odredbu članka 8. stavka 4. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine br. 79/09, 80/13).

⁷⁶ Članak 16. stavak 1. Uredbe 2015/1589.

⁷⁷ U kontekstu hrvatskog prava javni bi se naručitelj mogao pozivati na odredbu članka 271. Zakona o obveznim odnosima o nedopuštenosti činidbi protivnih Ustavu RH i prisilnim propisima u vezi s člankom 313. stavkom 3. Zakona o javnoj nabavi, bez obzira na to što je upućivanje u potonjoj odredbi naizgled ograničeno samo na pitanje odgovornosti ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi.

Što se tiče prve teze ovog rada, može se zaključiti da se svakom nedopuštenom izravnom dodjelom ili neregularno provedenom dodjelom ugovora o javnoj nabavi načelno prenosi selektivna prednost ugovaratelju jer bez te povrede ugovaratelju ne bi bio povjeren konkretni posao nabave radova, robe ili usluga. Naime, budući da su pravila o javnoj nabavi – za razliku od pravila o državnim potporama – izrazito formalna, tj. usmjerena na njihovo formalno poštovanje, to što bi javni naručitelj na nepravilan način dodijelio ugovor najučinkovitijem i najpovoljnijem gospodarskom subjektu ne bi imalo „sanacijski” učinak u pogledu povrede pravila o javnoj nabavi, pa bi se dodjela ugovora morala ponoviti u skladu s tim pravilima. U tom su pogledu pravila o javnoj nabavi poprimila značajke gotovo ritualnih pravila, ali to je opravdano s obzirom na to da nikad nije moguće isključiti postojanje interesa drugih nepoznatih gospodarskih subjekata koji bi isti posao mogli obaviti bolje i povoljnije. S tim u vezi ponavljanje postupka dodjele u skladu s pravilima o javnoj nabavi u pravilu bi trebalo biti jednostavnije i brže od provođenja nekog drugog postupka dokazivanja da je ugovor nepravilno dodijeljen najučinkovitijem i najpovoljnijem gospodarskom subjektu. Uostalom, pravila o javnoj nabavi i stvorena su za to da pouzdano profiliraju najbolje ponuditelje.

Nasuprot tomu utvrđeno je da postoje situacije u kojima se i u ugovorima koji su formalno dodijeljeni u skladu s pravilima o javnoj nabavi mogu pronaći elementi državne potpore. U tom je smislu područje primjene pravila o javnoj nabavi uže od područja primjene pravila o državnim potporama, a potonja se dakle moraju primijeniti kao općeprimjenjiv korektiv predviđen radi zaštite učinkovitog tržišnog natjecanja. To stavlja dodatan pritisak na javne naručitelje da prije namjeravane dodjele dobro ispituju sve elemente ugovora i eventualnih jamstava u korist uspješnog ponuditelja s gledišta pravila o državnim potporama.

Javni bi naručitelji morali dobro promisliti i o vrsti postupka dodjele (dopuštena izravna dodjela, otvoreni ili ograničeni postupak javne nabave) jer se oboriva presumpcija nepostojanja državne potpore načelno primjenjuje samo na ugovore dodijeljene u otvorenom, transparentnom i nediskriminirajućem postupku javne nabave⁷⁸. U slučaju da se utvrdi nezakonita potpora to bi moglo ugroziti daljnje izvršavanje ugovora o javnoj nabavi jer bi to, kako je navedeno, ovisno o nacionalnom pravu i okolnostima slučaja moglo zahtijevati utvrđenje ništetnosti, poništenje ili pak samo razmjerno smanjenje

⁷⁸ Vidjeti bilješku 28 i tekst iznad bilješke. Naime, prema Komisijinu shvaćanju, ako je pružanje UOGI-ja povjereno subjektu odabranom u takvu postupku javne nabave, to može pozitivno utjecati na ocjenu razumnosti naknade za tu uslugu i, posljedično, na utvrđenje (presumpcije) da nije pružena selektivna prednost, vidjeti točke 63 i 64 Komunikacije Komisije o primjeni pravila Europske unije o državnim potporama na naknadu koja se plaća za pružanje usluga od općeg gospodarskog interesa (SL 2012, C 8, str. 4); Dunleavy, N., *op. cit.* u bilj. 50, str. 44-49. Sukladno tom shvaćanju zahtjev provedbe otvorenog, transparentnog i nediskriminirajućeg postupka javne nabave uglavnom ispunjavaju otvoreni i ograničeni postupak te natjecateljski postupak uz pregovore, a vjerojatno i natjecateljski dijalog iz direktiva o javnoj nabavi, dok pregovarački postupak bez prethodne objave u pravilu ne ispunjava taj zahtjev, Heuninckx, B., *op. cit.* u bilj. 14, str. 198. Međutim, kako to proizlazi iz novije Komisijine i sudske prakse, čak i otvoreni i natjecateljski postupci koji ne uključuju pravo nadmetanje između više vjerodostojnih ponuda ne ispunjavaju taj zahtjev, vidjeti presudu SNCM/Komisija (bilj. 28, t. 238-250) i Nicolaidides, P., *The EU Commission clarifies...*, *op. cit.* u bilj. 28 i *Altmark and Public Procurement...*, *op. cit.* u bilj. 28.

naknade koju je gospodarski subjekt primio ili prima na temelju nezakonito dodijeljenog ugovora o javnoj nabavi.

Što se izvora prava tiče, utvrđeno je da se pravila o javnoj nabavi ne nalaze samo u direktivama o javnoj nabavi, nego da ona također obuhvaćaju pravila UFEU-a (posebice o slobodama kretanja robe, usluga i poslovnog nastana) i načela primarnog prava Unije (načela nediskriminacije i jednakog postupanja, obveza transparentnosti i načela proporcionalnosti i uzajamnog priznavanja). Zato je vrlo širok raspon mogućih povreda pravila o javnoj nabavi, kao i njihov doseg.

Što se tiče pravne zaštite, utvrđeno je da pravna sredstva u slučaju povrede pravila o javnoj nabavi prilikom kontrole postupaka javne nabave načelno sprečavaju povrede pravila o državnim potporama, pa je primjena sankcija prvih primarna, a potonjih supsidijarna. Naime, ako ugovarateljevi konkurenti uspiju poništiti postupak javne nabave, još nije ostvarena selektivna prednost, pa se u novom postupku dodjele može otkloniti opasnost prenošenja takve prednosti. Ako pak sama država članica općim propisom u području javne nabave krši temeljne slobode i načela primarnog prava Unije, Komisija nerijetko pokreće postupak pred Sudom EU-a zbog povrede obveze na temelju članka 258. UFEU-a. I u tom je slučaju primjena prvih pravila primarna, a potonjih supsidijarna.

Istraživanje je pokazalo da u skladu s direktivama o javnoj nabavi javni naručitelji također moraju u ograničenom opsegu paziti na negativan utjecaj nezakonitih državnih potpora, i to samo u slučaju izuzetno niskih ponuda. Međutim, kako je naglašeno, navedena je odredba problematična iz više razloga, pa je teško očekivati da će u praksi naići na veću primjenu.

Zaključno, vidljivo je da su brojne dodirne točke između pravila o javnoj nabavi i onih o državnim potporama. S jedne strane jedan je od glavnih ciljeva pravila o javnoj nabavi svakako otvaranje tržišta javne nabave što većem tržišnom natjecanju, pa se u njima već u određenoj mjeri odražavaju i načela zaštite tržišnog natjecanja zabranom državnih potpora nespojivih s unutarnjim tržištem Unije. Zato je primjena pravila o državnim potporama u kontekstu javne nabave ponajprije supsidijarna jer se dodjeljivanje nezakonitih potpora u pravilu može spriječiti u postupcima kontrole konkretnih postupaka javne nabave, tj. poštovanjem pravila o javnoj nabavi. S druge strane u slučajevima kada konkurenti nemaju na raspolaganju pravnu zaštitu u postupku kontrole javne nabave oduzimanje nezakonite državne potpore jedini je način sankcioniranja povrede pravila o državnim potporama.

STATE AID IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT

The paper deals with borderline areas of the application of public procurement and state aid rules and proposes a thesis according to which any award contrary to the public procurement rules confers a selective advantage, which in turn constitutes one of the main elements in finding illegal state aid.

The original aim of the public procurement rules is the protection of competition and the achievement of a genuine market price for services, supplies and works sought by the contracting authority. In addition, they include certain preventive mechanisms against awards to recipients of state aid. However, beyond the specific context of services of general economic interest, the practice does not show many state aid cases based on the award of public contracts, including awards in breach of public procurement rules or those including other state aid elements in the contract being awarded.

Apart from analysing the notion of state aid in the public procurement environment, the paper also deals with the relation between legal remedies against violations of both types of rules. The author argues that the rules on the recovery of illegal state aid should always apply in cases where competitors have no legal remedy available under the public procurement rules.

Keywords: public procurement, state aid, abnormally low tenders

Danijel Stanković, mag. iur., LL.M., Finance (Institute for Law and Finance, Goethe-Universität, Frankfurt am Main); LL.M. de droit français et de droit européen (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne); attending the postgraduate doctoral study of European Law at the Faculty of Law in Zagreb; lawyer linguist at the European Court of Justice