

ULOGA POSTUPKA JAVNE NABAVE U FINANCIRANJU USLUGA OD OPĆEG GOSPODARSKOG INTERESA

Pregledni znanstveni rad

UDK: 338.246.027

35.073.5

339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 25. listopada 2017.

Danijel Stanković*

Obavljanje usluga od općeg gospodarskog interesa (UOGI) načelno se ne mora povjeriti postupkom javne nabave, ali u tom slučaju odabrani subjekt mora ispuniti kriterij učinkovitosti u usporedbi s drugim sličnim poduzetnicima. Pritom je sporno moraju li usporedivi poduzetnici biti konkretni, postojeći poduzetnici ili pak može biti riječ i o apstraktnim „dobrim poduzetnicima”. Rješenje navedene dvojbe ima veliko značenje s obzirom na to da bi se u slučaju primjene prvog tumačenja obavljanje UOGI-ja uvijek moralo povjeriti u postupku javne nabave ako konkretni usporedivi poduzetnici ne bi postojali. Uskim tumačenjem četvrtog uvjeta Altmark sve se više ograničava diskrecija javnih tijela u pogledu odabira dopuštenih načina povjeravanja obavljanja UOGI-ja. Međutim, to se pokazuje kao možda jedini način da se nakon nastanka iznimke Altmark sačuva „effet utile” odredbe članka 106. stavka 2. UFEU-a.

Ključne riječi: javna nabava, državne potpore, usluge od općeg gospodarskog interesa, obveza pružanja javne usluge, sudska praksa Altmark

1. UVOD

U sklopu šireg istraživanja dodirnih područja primjene pravilâ o javnoj nabavi i onih o državnim potporama posebno mjesto zauzima pitanje uloge koju javna nabava ima prilikom povjeravanja i financiranja usluga od općeg gospodarskog interesa (u daljnjem tekstu: UOGI).

To je područje obilježeno i dalje aktualnim pitanjem odnosa sudske prakse Altmark i članka 106. stavka 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije¹ (u daljnjem tekstu: UFEU). Naime, presudom Altmark² 2003. započelo je naizgled razdoblje pravne sigurnosti u pogledu rizika da se u pogledu razumnog financiranja javnih usluga utvrdi nezakonita državna potpora, ali novija praksa i akti Komisije, osobito nakon 2012., zajedno s praksom

* 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 u Zagrebu

¹ Pročišćeni tekst, SL 2016, C 202, str. 1.

² C-280/00, EU:C:2003:415.

Suda Europske unije³ u pogledu tumačenja četvrtog kriterija Altmark dovode u sumnju automatski zaključak o nepostojanju državne potpore u slučaju da je obavljanje UOGI-ja povjereno u postupku javne nabave.

Na početku rada općenito se analizira pojam državne potpore u pravu Unije, a osobito u kontekstu financiranja UOGI-ja. Rad se nastavlja analizom pojma UOGI-ja, razvojem sudske prakse Altmark i njezina odnosa s člankom 106. stavkom 2. UFEU-a. Na kraju se rada proučava i pitanje uloge postupka javne nabave prilikom povjeravanja obveze pružanja UOGI-ja.

2. POJAM DRŽAVNE POTPORE U PRAVU UNIJE

Pojam državne potpore u pravu Unije uređen je (i) primarnim pravom, to jest UFEU-om⁴, (ii) mnoštvom propisa sekundarnog prava (direktive i uredbe, uključujući i Komisijine pravno neobvezujuće⁵, ali često vrlo instruktivne komunikacije)⁶ i (iii) sudskom praksom Suda EU-a. Nadležnost za provedbu prava Unije o državnim potporama podijeljena je između, s jedne strane, Komisije, koja odlučuje povodom prijave država članica ili po službenoj dužnosti i, s druge strane, Suda EU-a i nacionalnih sudova, koji obavljaju sudski nadzor Komisijinih odluka ili izravno primjenjuju pravo Unije u konkretnim sporovima između konkurenata.⁷

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 ako je Ugovorima drukčije predviđeno, svaka potpora koju dodijeli država članica ili koja se dodjeljuje *putem državnih sredstava* u bilo kojem obliku koji *narušava ili prijeti da će narušiti tržišno natjecanje* stavljanjem *određenih poduzetnika ili proizvodnje određene*

³ Nakon nedavne reorganizacije sudova EU-a, Sud EU-a kao jedinstvenu instituciju čine dvije sudske instance: Opći sud i Sud, vidjeti Stanković, D. *Novo ustrojstvo Suda Europske unije*, Novi informator, Zagreb, br. 6443 od 7. studenoga 2016. Slijedom toga, u daljnjem tekstu upućivanje na sudsku praksu Suda EU-a obuhvaća sudsku praksu i Općeg suda i Suda. Upućivanje na Sud, odnosno Opći sud, znači upućivanje samo na pojedinačnu sudsku instancu unutar Suda EU-a.

⁴ 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. UFEU-a.

⁵ 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. i 69. i navedenu sudsku praksu.

⁶ Primjerice, postupak pred Komisijom uređen je Uredbom (EU) br. 2015/1589 o utvrđivanju detaljnih pravila primjene članka 108. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (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 članaka 107. i 108. (SL 2014, L 187, str. 1) i Uredbom (EU) 2015/1588 o primjeni članka 107. i 108. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na određene kategorije horizontalnih državnih potpora (SL 2015, L 248, str. 1).

⁷ 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. i 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.) i Grčka/Komisija (C-431/14 P, EU:C:2016:145, t. 68.).

robe u povoljniji položaj nespojiva je s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj *utječe na trgovinu među državama članicama*" (moje isticanje).

Kako 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 primatelju⁸; kao drugo, potpora mora potjecati izravno od države ili biti dodijeljena putem državnih sredstava⁹; kao treće, potpora mora biti selektivna, to jest mora dovesti u povoljniji položaj određene poduzetnike ili određene sektore proizvodnje ili usluga,¹⁰ čime se narušava ili prijeti narušavanjem tržišnog natjecanja; i kao četvrto, mora postojati određeni utjecaj na trgovinu među državama članicama, to jest ne smije biti riječ o potpuno unutarnjoj situaciji.¹¹ 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.¹²

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.¹³ Pojam

⁸ Craig, P.; de Búrca, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6. izdanje, Oxford University Press, 2015, str. 1133.

⁹ Pojam države ovdje u širem smislu obuhvaća središnju državu te jedinice lokalne i regionalne samouprave. Pojmom „putem državnih sredstava” obuhvaćene su i druge pravne osobe javnog i privatnog prava, pod uvjetom da ih država kontrolira i da je aktivno sudjelovala u donošenju konkretnih mjera, Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 8, 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.). Kao dobar primjer kada se ne može utvrditi izravna ili neizravna dodjela državnih sredstava može poslužiti sustav financiranja proizvodnje električne energije iz obnovljivih izvora, u kojem država privatnim poduzetnicima koji se bave opskrbom „samo” propisuje obvezu otkupa te energije po većoj cijeni od tržišne, vidjeti presudu PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, osobito t. 58. do 62. i 64. do 66.). Drugi je zanimljiv primjer presuda Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), u kojoj je Sud zaključio da regulacija prometa u Londonu, prema kojoj u vrijeme prometne gužve jedino tradicionalni „crni taksiji” smiju voziti po traci za autobuse, ne uključuje korištenje državnim sredstvima. Vidjeti Nijhof, B., *On Black Cabs and bus lanes: a middle-of-the-road judgment by the CJEU in Eventech*, European Law Blog, 9. ožujka 2015., <http://europeanlawblog.eu/2015/03/09/on-black-cabs-and-bus-lanes-a-middle-of-the-road-judgment-by-the-cjeu-in-eventech/> (pristup 29. rujna 2017.).

¹⁰ Iako UFEU govori samo o proizvodnji određene robe, tim je pojmom obuhvaćena i djelatnost pružanja usluga.

¹¹ Presude 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. i 23.) i Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, t. 13.).

¹² 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.

¹³ Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 8, str. 1133.

potpore dakle obuhvaća ne samo izravne uplate nego i različite oblike umanjenja financijskih tereta koje poduzetnik inače mora sam snositi.¹⁴

„[U]staljena je sudska praksa da se državnim potporama smatraju intervencije koje su, bez obzira na svoj oblik, takve da mogu staviti poduzetnike izravno ili neizravno u povoljniji položaj ili koje treba smatrati gospodarskom prednošću koju poduzetnik korisnik ne bi ostvario u normalnim tržišnim uvjetima.”¹⁵

Za članak 107. UFEU-a također nisu bitni razlozi ili ciljevi intervencija, nego njihovi učinci¹⁶. Naime u stadiju utvrđivanja postoji li određena prednost koja se dodjeljuje nekom poduzetniku nije bitno koji je razlog za dodjeljivanje državne potpore.¹⁷ To je ostavljeno za kasniji stadij utvrđivanja je li potpora obuhvaćena nekim od predviđenih izuzeća.

Za potrebe proučavanja predmeta ovog rada, s jedne je strane važno naglasiti da je u pogledu financiranja UOGI-ja Sud zauzeo stajalište prema kojem razumna naknada za pružanje UOGI-ja ne čini selektivnu prednost, pa, slijedom toga, ne može biti riječ o državnoj potpori. S druge strane, ako ta naknada ne ispunjava kriterije postavljene sudskom praksom Altmark, riječ je o državnoj potpori za koju još uvijek može biti utvrđeno da je spojiva prema članku 106. stavku 2. UFEU-a (više o tome u poglavlju 3.2. dolje).

3. USLUGE OD OPĆEG GOSPODARSKOG INTERESA I OBVEZA PRUŽANJA JAVNIH USLUGA

3.1. Pojam

U ovom dijelu nastavlja se analiza pojma selektivne prednosti u specifičnom kontekstu financiranja *usluga od općeg gospodarskog interesa*¹⁸ (UOGI). Važno je naglasiti da pravo Unije izričito ne definira što je UOGI, nego je odluka o uvođenju konkretnih UOGI-ja, njihovoj naravi i dosegu načelno prepuštena širokoj diskreciji država članica.¹⁹

¹⁴ Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 8, str. 1133. Za hrvatski kontekst zanimljiva je presuda Španjolska/Komisija (C-480/98, EU:C:2000:559), u kojoj je Sud utvrdio da trajno poduzetnikovo neplaćanje poreza i socijalnih doprinosa za svoje radnike, koje je ta država članica tolerirala, čini nezakonitu državnu potporu.

¹⁵ Vidjeti presudu Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178, t. 24. i navedenu sudsku praksu).

¹⁶ Presude 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.) i BVVG (C-39/14, EU:C:2015:470, t. 52.).

¹⁷ Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 8, str. 1133.

¹⁸ Engl. *services of general economic interest*, franc. *services d'intérêt économique général*, njem. *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*.

¹⁹ Vidjeti točku 46. 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; u daljnjem

Dok izraz javna usluga ili služba („service public”) potječe iz francuskog upravnog prava i označava sve javne usluge ili njihove pružatelje, u pravu Unije ponajprije se govori o uslugama od općeg interesa, koje pak mogu biti gospodarske (UOGI) ili negospodarske, poput usluga osnovnog obvezatnog obrazovanja. U sudskoj praksi govori se i o *obvezi pružanja javnih usluga*,²⁰ što može biti jedan od načina povjeravanja obavljanja UOGI-ja, kao što to proizlazi iz presude Altmark.

Pojam *negospodarskih usluga od općeg interesa* pojavio se pak – doduše, bez definicije – najprije u Komisijinim neobveznim aktima, poput Komisijine interpretativne komunikacije o koncesijama u skladu s pravom Zajednice,²¹ zatim u članku 2. stavku 2. točki (a) Direktive o uslugama na unutarnjem tržištu,²² a na kraju i u članku 2. Protokola br. 26 UFEU-u o uslugama od općeg interesa, dodanom na temelju Lisabonskog ugovora iz 2007., i do danas nema veće značenje.

Iz izvora prava Unije proizlazi da se pojam obveze pružanja javnih usluga i UOGI-ja u biti rabi kao istoznačnica²³ za onu vrstu situacija u kojima država zbog stvarne potrebe i nefunkcioniranja tržišta mora intervenirati i u općem interesu organizirati i financirati pružanje određene usluge.²⁴ To dakle može biti svaka općekorisna usluga za koju ne postoji interes privatnih subjekata za njihovo pružanje, zbog čega određeni dijelovi stanovništva, primjerice zbog udaljenosti ili prometne izoliranosti, ne mogu zadovoljiti svoje osnovne potrebe.²⁵

Kako nezavisna odvjetnica E. Sharpston u svojem nedavnom mišljenju navodi: „Glavno obilježje poduzeća koje obavlja UOGI jest da pruža nešto od javne dobrobiti, a što slobodno tržište ne bi pružilo (ili bi pružilo pod drugačijim uvjetima u smislu objektivne kvalitete, sigurnosti, cjenovne prihvatljivosti, jednakog postupanja ili općeg pristupa) bez

tekstu: Komunikacija o UOGI-jima). Presude Albany (C-67/96, EU:C:1999:430, t. 104.); Federutility i dr. (C-265/08, EU:C:2010:205, t. 29. i 30.); BUPA i dr./Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29, t. 166.); Castelnou Energía/Komisija (T-57/11, EU:T:2014:1021, t. 132.) i od 7. rujna 2016., ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, t. 44.).

²⁰ Ovdje valja razlikovati pojmove engl. *public service*, franc. *service public*, njem. *öffentliches Dienst* i engl. *public service obligation*, franc. *obligation de service public*, njem. *gemeinwirtschaftliche Verpflichtung*. Potonji potječu iz presude Altmark i ne odnose se na nositelje javnih službi, nego na ciljano propisane ili ugovorene obveze pružanja određenih javnih usluga u slučaju nefunkcioniranja tržišta.

²¹ SL 2000, C 121, str. 2; točka 2.4. peti stavak drugi podstavak.

²² Direktiva 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu (SL 2006, L 376, str. 36) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13, svezak 47, str. 160).

²³ Osobito od presude BUPA i dr./Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29); u tom smislu vidjeti Nicolaidis, P., *Compensation for the net extra cost of public service obligations*, u: Schoenmaekers, S.; Devroe, W. i Philipsen, N. (ur.), *State Aid and Public Procurement in the European Union*, 2014, Intersentia Ltd, Cambridge, Ujedinjena Kraljevina, bilj. 1.

²⁴ Vidjeti primjerice točke 47. i 48. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19); vidjeti i presude SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134, t. 87.); BUPA i dr./Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29, t. 162.) i Njemačka/Komisija (T-295/12, EU:T:2014:675, t. 72.).

²⁵ Vidjeti primjerice 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.).

javne intervencije (takozvani kriterij ‚nefunkcioniranja tržišta‘ [*market failure*])²⁶. Uz navedeni kriterij, u Komisijinoj praksi govori se i o „stvarnoj potrebi za javnom uslugom“ (*real public service need*).²⁷ Pritom opseg UOGI-ja mora biti nužan i proporcionalan toj potrebi (korisničkoj potražnji), a teret dokazivanja stvarne potrebe za javnom uslugom na nacionalnim je tijelima koja ga dokazuju nedostatkom privatne inicijative.²⁸

U tom je smislu člankom 14. UFEU-a određeno: „Ne dovodeći u pitanje članak 4. Ugovora o Europskoj uniji ili članke 93., 106. i 107. ovog Ugovora, a s obzirom na *značenje koje usluge od općeg gospodarskog interesa imaju kao dio zajedničkih vrijednosti Unije*, kao i na njihovu ulogu u promicanju socijalne i teritorijalne kohezije, *Unija i države članice, svaka u okviru svojih ovlasti i u okviru područja primjene Ugovorâ, vode računa o tome da se takve usluge odvijaju na temelju načela i uvjeta, osobito gospodarskih i financijskih, koji im omogućuju ispunjavanje njihovih zadataka*. Europski parlament i Vijeće uredbama, u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, utvrđuju ta načela i postavljaju te uvjete *ne dovodeći pritom u pitanje nadležnost država članica da, u skladu s Ugovorima, pružaju, naručuju i financiraju takve usluge*“. (moje isticanje)

Člankom 1. Protokola br. 26 UFEU-u daje se tumačenje o tome što uključuju zajedničke vrijednosti Unije u pogledu UOGI-ja: (i) ključnu ulogu i široko diskrecijsko pravo nacionalnih, regionalnih i lokalnih tijela u pružanju, naručivanju i organiziranju UOGI-ja u najvećoj mogućoj mjeri povezanih s potrebama korisnika, (ii) raznolikost različitih UOGI-ja te razliku potreba i sklonosti korisnika koje mogu proizlaziti iz različitih geografskih, socijalnih i kulturnih okolnosti i (iii) visoku razinu kvalitete, sigurnosti i financijske dostupnosti, jednak tretman i promicanje univerzalnog pristupa i pravâ korisnikâ.

Nasuprot tomu, člankom 2. tog protokola potvrđuje se također načelo prema kojem odredbe Ugovorâ ni na koji način ne utječu na nadležnost država članica za pružanje, naručivanje i organiziranje *negospodarskih* usluga od općeg interesa.

Slijedom toga, Komisija može dovesti u pitanje definiciju UOGI-ja ili zadaća države članice samo u slučaju *očite pogreške*.²⁹ To pak znači da nadležnost država članica nije

²⁶ Mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu Farrell (C-413/15, EU:C:2017:492, t. 90.). Nasuprot tomu, Opći je sud u presudi Španjolska/Komisija (T-461/13, EU:T:2015:891, t. 78.) utvrdio da činjenica nefunkcioniranja tržišta sama po sebi nije dovoljna kako bi se utvrdilo postojanje UOGI-ja.

²⁷ Za Komisijino shvaćanje pojma UOGI-ja vidjeti točke 45. do 50. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19). Vidjeti također Nicolaides, P., *op. cit.* u bilj. 25, i *Altmark and Public Procurement: Definition and Award of Contracts*, 2. rujna 2013., State aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaides, <<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered>>, u pogledu Odluke Komisije 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).

²⁸ Presude Analir i dr. (C-205/99, EU:C:2001:107, t. 34.) i SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134, t. 125., 130., 133., 134., 172.).

²⁹ Engl. *manifest error*, franc. *erreur manifeste*, njem. *offenkundiger Fehler* – pravni standard koji Sud EU-a primjenjuje prilikom ocjenjivanja opravdanosti primjene uspostavljanja UOGI-ja, sličan pojmu izvrtanja ovlasti u kontekstu upravnog prava.

neograničena i da se ne može izvršavati arbitrarno.³⁰ Takva pogreška može se primjerice utvrditi ako država članica nije podnijela dokaz o tome da postoji stvarna potreba za javnom uslugom i da je njezin opseg nužan i proporcionalan, ili ako nije poštovala te kriterije prilikom propisivanja UOGI-ja.³¹

Kao vodič prilikom određivanja granica diskreciji država članica, uz sudsku praksu Općeg suda i Suda, mogu poslužiti i određeni Komisijini akti,³² iako sve većom liberalizacijom UOGI-ja, sve širim tumačenjem pojma gospodarske djelatnosti³³ i sektorskih pravila³⁴ te donošenjem Direktive o koncesijama 2014. države članice općenito imaju sve suženiji manevarski prostor.

³⁰ Presude BUPA i dr./Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29, t. 209., 214., 220.-222.); CBI/Komisija (T-137/10, EU:T:2012:584, t. 99. i 101.); Olsen/Komisija (T-17/02, EU:T:2005:218, t. 216.); Španjolska/Komisija (T-461/13, EU:T:2015:891, t. 61. do 63.) i Castelnou Energía/Komisija (T-57/11, EU:T:2014:1021, t. 133.).

³¹ Presuda SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134, t. 125. i 133.). Za uspješan primjer definiranja UOGI-ja vidjeti presudu Castelnou Energía/Komisija (T-57/11, EU:T:2014:1021, t. 137.).

³² Uredba (EU) br. 360/2012 o primjeni članaka 107. i 108. Ugovora o funkcioniranju Europske unije 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); Komunikacija o UOGI-jima (bilj. 19); Komisijin Okvir Zajednice za državnu potporu u obliku naknade za javne usluge (SL 2005, C 297, str. 4) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8, svezak 5, str. 146), zamijenjen Komunikacijom Komisije – Okvir Europske unije za državnu potporu u obliku naknade za javne usluge (2011) (SL 2012, C 8, str. 15; u daljnjem tekstu: Okvir EU-a za javne usluge); Direktiva 2006/111/EZ o transparentnosti financijskih odnosa između država članica i javnih poduzeća, kao i o financijskoj transparentnosti unutar određenih poduzeća (SL 2006, L 318, str. 17) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8, svezak 2, str. 163) i Odluka Komisije 2012/12/EU o primjeni članka 106. stavka 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na državne potpore u obliku naknade za pružanje javnih usluga koje se dodjeljuju određenim poduzetnicima kojima je povjereno obavljanje usluga od općeg gospodarskog interesa (SL 2012, L 7, str. 3) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8, svezak 3, str. 289). Za detaljniji opis vidjeti Lapière, A., *Le paquet post-Altmark II, Réforme de la réglementation européenne sur le financement des services publics*, Journal de droit européen, rujan 2012., br. 191, str. 205; Pesaresi, N.; Sinnaeve, A.; Guigue-Koeppen, V.; Radulescu, M. i Wiemann, J., *The European Commission adopts new State aid rules for service of general economic interest (SGEI)*, prosinac 2011. i *The European Commission adopts a communication on the application of the EU State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest (SGEI)*, siječanj 2012. e-Competitions, www.concurrences.com (pristup 29. rujna 2017.).

³³ Kao dobar primjer evolucije tumačenja pojma gospodarske djelatnosti, koje također sužava manevarski prostor država članica u pogledu financiranja izgradnje infrastrukture kojom se kasnije privatni poduzetnik koristi za svoje poslovanje vidjeti presude Freistaat Sachsen i dr./Komisija (T-443/08 i T-455/08, EU:T:2011:117) i Mitteldeutsche Flughafen i Flughafen Leipzig-Halle/Komisija (C-288/11 P, EU:C:2012:821). Vidjeti također Martinović, A.; Dizdarević, N., *Izgradnja infrastrukture zračne luke – države potpore*, Hrvatska pravna revija, travanj 2015., str. 73; Thomas, S., *The Leipzig-Halle judgment of the CJEU: is the financing of a transport infrastructure an economic activity subject to State aid rules?*, European Law Blog, 18. siječnja 2013., <http://europeanlawblog.eu/2013/01/18/the-leipzig-halle-judgment-of-the-cjeu-is-the-financing-of-a-transport-infrastructure-an-economic-activity-subject-to-state-aid-rules/> (pristup 29. rujna 2017.).

³⁴ Vidjeti presudu SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134, t. 111. do 124.) i Nicolaidis, P., *Public Service Obligations: A Few More Mistakes that can be avoided*, 19. svibnja 2015., State aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaidis, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered> (pristup 29. rujna 2017.).

3.2. Selektivna prednost u kontekstu UOGI-ja (odnos članka 106. stavka 2. i članka 107. stavka 1. UFEU-a)

U pogledu financiranja UOGI-ja u pravu Unije razlikuju se dva režima: (a) onaj uspostavljen sudskom praksom počevši od presude Altmark³⁵ iz 2003., u kojem naknada za pružanje takvih usluga pod određenim uvjetima uopće ne čini selektivnu prednost, i (b) onaj na temelju članka 106. stavka 2. UFEU-a, u kojem takva naknada čini selektivnu prednost, pa čak i državnu potporu, ali je ona dopuštena radi obavljanja posebnih zadaća javne službe.³⁶

Do presude Altmark bilo je općenito sporno je li naknada za izvršavanje obveze pružanja javnih usluga državna potpora koja podliježe ocjenjivanju proporcionalnosti prema članku 106. stavku 2. UFEU-a ili se pak, ako je riječ o razumnoj naknadi kao protučinidbi za izvršene usluge, može zaključiti da njezin primatelj uopće ne ostvaruje selektivnu prednost.³⁷ Međutim i nakon presude Altmark nije sasvim jasno riješen odnos tih dvaju pristupa.

Sud je već dosta rano, u presudi ADBHU iz 1985., potvrdio tadašnje mišljenje Komisije i Vijeća da državne potpore treba razlikovati od protučinidbe za pružanje javne usluge.³⁸ Međutim Opći je sud u svojoj presudi FFSA iz 1997. zauzeo sasvim suprotno stajalište, prema kojem porezna pogodnost na koju je francuska pošta imala pravo kao naknadu za obavljanje UOGI-ja čini državnu potporu, na koju je onda primijenila odredbu članka 106. stavka 2. UFEU-a, kojom se štiti obavljanje UOGI-ja.³⁹ Budući da je takva pravna kvalifikacija naknade za UOGI-je povlačila za sobom i obvezu država članica u pogledu notifikacije takvih potpora Komisiji, sukladno članku 108. stavku 3. UFEU-a, to je stvorilo veliku pravnu nesigurnost državama članicama.⁴⁰

Opći je sud svoje stajalište ponovio i u presudi SIC iz 2000., kojom je ukinuo odluku Komisije u kojoj je utvrdila da izravne dotacije radi naknade povećanog troška za obavljanje zadaća javne službe portugalske državne televizije ne čine državnu potporu.⁴¹

³⁵ Presuda Altmark (C-280/00, EU:C:2003:415).

³⁶ U tom je smislu i Komisija donijela dva različita pravna akta: (a) o UOGI-jima (bilj. 19) i (b) Okvir Europske unije za javne usluge (bilj. 32).

³⁷ Za dobar prikaz divergentne sudske prakse Općeg suda i Suda, vidjeti Lynskey, O., *The application of Article 86(2) EC to Measures Which do not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalising Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*, Kluwer Law International 2007., sv. 30, br. 1, str. 153.

³⁸ Presuda ADBHU (240/83, EU:C:1985:59, t. 18.) i Lynskey, O., op. cit. u bilj. 37, str. 156 i 157. Za porezni tretman naknada za javne usluge, vidjeti Fiebelkorn, V. A. i Petzold, H. A., *Altmark-Trans vc. MwSt-System-Richtlinie – Scylla und Charybdis auf europäisch*, Betriebs-Berater br. 47, 2008, str. 2544.

³⁹ Presuda FFSA i dr./Komisija (T-106/95, EU:T:1997:23, t. 167. do 173. i 178.).

⁴⁰ Primjerice, u presudi Francuska/Komisija (C-332/98, EU:C:2000:338, t. 30. do 33.), Sud je potvrdio da se i na potpore iz članka 106. stavka 2. UFEU-a primjenjuje obveza obavještanja iz članka 108. stavka 3. UFEU-a, ali se u tom predmetu nije izravno postavljalo pitanje kvalifikacije dotične subvencije koju je Francuska plaćala kulturnoj organizaciji koja se bavila promocijom francuskog jezika i književnosti u inozemstvu kao potpore ili kao naknade za UOGI. Vidjeti i noviji primjer tog stajališta u presudi SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134, t. 260. i 283.).

⁴¹ Presuda SIC/Komisija (T-46/97, EU:T:2000:123, t. 82.).

Međutim, kako ni protiv jedne od navedenih presuda Općeg suda nije bila izjavljena žalba, Sud u tom razdoblju nije još mogao doći u priliku izraziti svoje mišljenje.

Nedugo nakon toga Sud je svoje stajalište iz presude ADBHU ponovio 2001. u presudi Ferring,⁴² no sveobuhvatne kriterije za izuzimanje naknade za UOGI-je detaljno je izložio tek 2003. u presudi Altmark.

Sud je u toj presudi postavio sljedeća četiri uvjeta koja moraju biti kumulativno ispunjena kako se naknada za javnu uslugu ne bi kvalificirala kao selektivna prednost: kao prvo, poduzetnik primatelj naknade mora biti stvarno zadužen za izvršavanje obveza pružanja javne usluge i te obveze moraju biti jasno određene (tj. načelno mora postojati poseban akt o povjeravanju obveze pružanja javne usluge)⁴³; kao drugo, parametri na temelju kojih se izračunava naknada moraju biti unaprijed objektivno i transparentno utvrđeni kako bi se spriječilo da sadržava gospodarsku prednost koja poduzetnika primatelja naknade može dovesti u povoljniji položaj u odnosu na konkurentske poduzetnike; kao treće, naknada ne smije premašivati iznos potreban za pokrivanje dijela ili svih troškova nastalih izvršavanjem obveza javne usluge, uzimajući u obzir prihode od njih i razumnu dobit za izvršavanje tih obveza⁴⁴ i, kao četvrto, ako odabir poduzetnika kojem je povjereno izvršavanje obveza javne usluge nije obavljen u okviru postupka javne nabave koji omogućuje odabir kandidata sposobnog pružiti te usluge uz najmanje troškove za zajednicu, razina potrebne naknade mora se utvrditi na temelju analize troškova koje bi prosječan poduzetnik, koji ima dobru upravu i odgovarajuća potrebna sredstva kako bi mogao zadovoljiti tražene zahtjeve za javne usluge, imao pri izvršavanju tih obveza, uzimajući u obzir odgovarajuće prihode i razumnu dobit za izvršavanje tih obveza.⁴⁵

⁴² Presuda Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627). U tom slučaju nije bila riječ o žalbi na odluku Općeg suda, nego o zahtjevu nacionalnog suda za prethodnu odluku. Jednako tako, presuda Ferring razlikuje se od presude ADBHU po tome što je Sud u presudi Ferring zaključio da naknada smije pokrivati samo stvarno podnesene troškove na temelju obveze javne službe u predmetu, dok je u predmetu ADBHU samom Direktivom bilo predviđeno da naknada za konkretan UOGI može obuhvaćati i razumnu dobit. Tako je pitanje mogućnosti da poduzetnik ostvaruje i razumnu dobit ostalo otvoreno do presude Altmark, vidjeti Lynskey, O., *op. cit.* u bilj. 37, str. 158.

⁴³ Kao što proizlazi iz presude Španjolska/Komisija (T-461/13, EU:T:2015:891, t. 78.), taj je kriterij povezan s postojanjem UOGI-ja kao takva, tj. njegovo postojanje ne može se utvrditi samo na temelju činjenice nefunkcioniranja tržišta. Države članice moraju takve usluge identificirati kao takve i jasno utvrditi obveze njihova pružatelja. To se može postići zakonom ili podzakonskim aktom države članice ili ugovorom, a može biti predviđeno i putem nekoliko akata, vidjeti točke 51. i 52. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19).

⁴⁴ Treći je uvjet Altmark u presudi BUPA i dr./Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29, t. 229., 235.-238., 241., 246. i 249.) u skladu sa svojom svrhom i smislom iznimno prilagođen posebnom sektoru privatnog zdravstvenog osiguranja, u kojem je naknada za UOGI bitno drukčija od one iz presude Altmark, a sastoji se od sustava izjednačavanja rizika.

⁴⁵ Presuda Altmark (C-280/00, EU:C:2003:415, t. 88. do 95.). Za primjere primjene navedenih kriterija u praksi vidjeti Matei, E., *The European Commission issues a state aid decision concerning compensation for the provision of SGEI and orders the immediate and effective recovery of the illicit aid (Marseille-Corsica ferries), e-Competitions*, svibanj 2013., br. 56400, www.concurrences.com (pristup 29. rujna 2017.); Nicolaidis, P., *Altmark again!*, 14. prosinca 2015.; *The Perennial Altmark Questions*, 27. listopada 2015., *State aid Uncovered*, Opinions by Phedon Nicolaidis, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered> (pristup 29. rujna 2017.) i *Public Service Obligations...*, *op. cit.* u bilj. 34. Vidjeti također presude Općeg suda Valmont/Komisija (T-274/01, EU:T:2004:266, t. 129. do 133.) i Deutsche Post/Komisija (T-266/02, EU:T:2008:235, t. 72. i 73.).

Sud je svoje stajalište obrazložio time što u tom slučaju poduzetnici zapravo ne ostvaruju financijsku korist, pa se tom intervencijom dotični poduzetnici ne stavljaju u povoljniji tržišni položaj u odnosu na svoje konkurente.⁴⁶

Prema tom stajalištu, ako neka mjera ne ispunjava jedan od kriterija, riječ je o selektivnoj prednosti,⁴⁷ pa tek u tom trenutku dolazi u mogućnost primjena članka 106. stavka 2. UFEU-a i Komisijina paketa propisa o državnim potporama u obliku naknade za obavljanje javnih usluga.⁴⁸

Dakle, ocjenjivanje kreće od provjere je li riječ o pravoj javnoj usluzi, odnosno UOGI-ju, i ispunjava li naknada koja se za njih plaća sva četiri kriterija Altmark, a nakon toga, pod uvjetom da je doista riječ o pravoj javnoj usluzi, odnosno UOGI-ju, slijedi ocjenjivanje spojivosti naknade za te usluge prema članku 106. stavku 2. UFEU-a. U praksi je međutim postalo sve teže dokazati da je stvarno riječ o javnoj usluzi, tj. UOGI-ju, a usto i da su ispunjena sva četiri uvjeta Altmark.⁴⁹ Zato je češće riječ upravo o UOGI-ju, koji se ispituje prema članku 106. stavku 2.

3.3. Ocjenjivanje spojivosti državne potpore u obliku naknade za obavljanje UOGI-ja prema članku 106. stavku 2. UFEU-a

Člankom 106. stavkom 2. UFEU-a predviđeno je: „*Poduzeća kojima je povjereno obavljanje usluga od općega gospodarskog interesa ili koja su po svojoj naravi monopoli koji ostvaruju prihod podliježu pravilima sadržanima u Ugovorima, a osobito pravilima o tržišnom natjecanju, i to u mjeri u kojoj primjena takvih pravila ne sprečava, de iure ili de facto, obavljanje posebnih zadaća koje su im povjerene. Na razvoj trgovine ne smije se utjecati u mjeri u kojoj bi to bilo suprotno interesima Unije.*” (moje isticanje).

⁴⁶ Presude Altmark (C-280/00, EU:C:2003:415, t. 87.); Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, EU:C:2010:335, t. 35.); Eric Libert i dr. (C-197/11 i C-203/11, EU:C:2013:288, t. 84.); Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, t. 31.) i EasyPay i Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, t. 45. i navedena sudska praksa).

⁴⁷ Presude Enirisorse (C-34/01 do C-38/01, EU:C:2003:640, t. 31., 32., 35., 39.-40. i 47.); Komisija/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, t. 38., 40.-44., 46.-47., 54. i 57.); Nizozemska i NOS/Komisija (T-231/06 i T-237/06, EU:T:2010:525, t. 145. i 146.) i Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178, t. 27.).

⁴⁸ Vidjeti bilješku 32 gore i presude TF1/Komisija (T-354/05, EU:T:2009:66, t. 130., 135. i 140.); M6 i TF1/Komisija (T-568/08 i T-537/08, EU:T:2010:272, t. 129. i 131.); Komisija/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, t. 74.); TF1/Komisija (T-275/11, EU:T:2013:535, t. 129.); Viasat Broadcasting UK/Komisija (T-125/12, EU:T:2015:687, t. 76.) i Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178, t. 33. i 34.).

⁴⁹ Vidjeti Nicolaidis, P., *The Perennial Altmark...*, op. cit. u bilj. 45 i *Not Surprisingly, Another Member State Fails to Prove Compliance with the Altmark Criteria*, 9. rujna 2014., State aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaidis, <<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered>> (pristup 29. rujna 2017.); Sanchez-Graells, A., *GC pushes for overcompliance with EU public procurement rules in the provision of public services*, 4. rujna 2014. i *CJEU consolidates push for overcompliance with EU public procurement rules in the provision of public services*, 19. veljače 2016., How to Crack a Nut, A blog on EU economic law, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/02/cjeu-consolidates-push-for.html> (pristup 29. rujna 2017.).

Prema toj odredbi, dakle, kao i prema prvom uvjetu Altmark, država članica mora posebnim aktom povjeriti obavljanje UOGI-ja i dodijeljena potpora mora biti proporcionalna.⁵⁰ Pritom mora biti riječ o UOGI-ju u pravom smislu riječi,⁵¹ odnosno prilikom čijeg uvođenja država članica nije počinila očitu pogrešku u ocjeni, kako je opisano u prvom dijelu ovog poglavlja.

U pogledu njezine proporcionalnosti, „iz sudske prakse Suda proizlazi da nije nužno da postoji prijetnja financijskoj ravnoteži ili gospodarskoj održivosti poduzetnika kojemu je povjereno obavljanje [UOGI-ja]. Dovoljno je da bi u slučaju nepostojanja [naknade] poduzeću bilo onemogućeno obavljanje posebnih zadaća koje su mu povjerene ili da je zadržavanje tih pristojbi nužno kako bi se njihovu nositelju omogućilo obavljanje zadaća od općeg gospodarskog interesa koje su mu povjerene pod gospodarski prihvatljivim uvjetima”.⁵²

Ako se kriteriji iz članka 106. stavka 2. UFEU-a usporede s kriterijima iz sudske prakse Altmark, vidljivo je da se prvi, drugi i treći uvjet Altmark u biti poklapaju s uvjetima članka 106. stavka 2. UFEU-a, osobito u pogledu povjeravanja obavljanja takvih usluga posebnim aktom i ocjene proporcionalnosti njihove naknade.

Nasuprot tomu, posebnost je testa Altmark njegov četvrti uvjet, koji se može ispuniti samo ako je pružatelj javne usluge odabran u otvorenom, transparentnom i nediskriminirajućem postupku javne nabave, ili ako je naknada za tu uslugu razumna u usporedbi s drugim usporedivim poduzetnicima (*benchmarking exercise*⁵³). Naime, ako je obavljanje UOGI-ja povjereno bez postupka javne nabave, što je u skladu sa sudskom praksom dopušteno i u slučaju primjene kriterija Altmark i u slučaju primjene članka 106. stavka 2. UFEU-a,⁵⁴ mora se primijeniti drugi dio četvrtog uvjeta Altmark, prema kojem se visina naknade za javnu uslugu ispituje na temelju analize troškova koje bi prosječni poduzetnik, koji ima dobru upravu i odgovarajuća potrebna sredstva kako bi mogao zadovoljiti tražene zahtjeve za javne usluge, imao pri izvršavanju tih obveza, uzimajući u obzir odgovarajuće prihode i razumnu dobit za izvršavanje tih obveza.

Budući da nije riječ o apstraktnom kriteriju, poput „dobrog domaćina” ili „dobrog gospodarstvenika”, nego o analizi drugih usporedivih poduzetnika, neki autori tumače da se iz sudske prakse *a contrario* može iščitati i obveza provedbe postupka javne nabave

⁵⁰ Presude SIC/Komisija (T-442/03, EU:T:2008:228, t. 144.) i Viasat Broadcasting UK/Komisija (T-125/12, EU:T:2015:687, t. 61.); Nicolaidis, P., *The Perennial Altmark...*, op. cit. u bilj. 45; točke 15., 16. i 21. do 59. Okvira Europske unije za javne usluge (bilj. 32).

⁵¹ Točke 11. do 14. Okvira Europske unije za javne usluge (bilj. 32).

⁵² Presuda Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178, t. 30.), u kojoj Sud citira presudu International Mail Spain (C-162/06, EU:C:2007:681, t. 35.).

⁵³ Točka 62. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19).

⁵⁴ Presuda Viasat Broadcasting UK/Komisija (T-125/12, EU:T:2015:687, t. 99.), potvrđena presudom Suda Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178); Nicolaidis, P., *The Perennial Altmark...*, op. cit. u bilj. 45; točke 15., 19. i 56. Okvira Europske unije za javne usluge (bilj. 32).

ako takvi poduzetnici ne postoje,⁵⁵ ali u sudskoj je praksi dosad naglašavano da države članice nisu dužne obavljanje UOGI-ja povjeriti u takvu postupku⁵⁶, mada iz navedenog predmeta i općenito u praksi Komisija i Suda EU-a od 2012. postoje i suprotne tendencije⁵⁷ (više o tome vidjeti poglavlje 4. dolje). S druge strane, ocjenjivanje proporcionalnosti prema članku 106. stavku 2. UFEU-a bliže je ekonomskoj analizi za potrebe primjene drugog i trećeg uvjeta Altmark i ne podrazumijeva postojanje drugih usporedivih poduzetnika⁵⁸.

Međutim, test Altmark ne podrazumijeva ispitivanje utjecaja na razvoj trgovine, što je dodatan uvjet predviđen člankom 106. stavkom 2. UFEU-a, pri čemu Komisija naglašava da ispunjavanje preostalih kriterija iste odredbe načelno pruža dovoljno jamstvo da tržišno natjecanje neće biti narušeno suprotno interesima Unije.⁵⁹ Ipak, u takvim iznimnim slučajevima Komisija može provesti dodatne analize i predvidjeti dodatne uvjete ili obveze.⁶⁰

S tim u vezi, u praksi se također ističe da visina naknade koja ispunjava kriterije Altmark i ona na koju bi isti poduzetnik imao pravo u skladu s člankom 106. stavkom 2. UFEU-a u biti ne smiju biti različite, pa nije jasno zašto javna tijela prilikom uspostavljanja UOGI-ja pod svaku cijenu ponajprije žele ispuniti kriterije Altmark.⁶¹ Razlog za to mogao bi se eventualno pronaći u tome što se u slučaju naknade koja ne ispunjava kriterije Altmark

⁵⁵ „[...] we can safely conclude that it is the responsibility of the Member State that imposes the public service obligation to identify the appropriate comparator in order to ensure that the SGEI provider is efficient by industry standards. Although the General Court has not said this explicitly, I think it can also be inferred that if an appropriate comparator cannot be identified, then the only option left for Member States is to organise a competitive selection procedure.” Nicolaides, P., *The Perennial Altmark...*, *op. cit.* u bilj. 45, u kojem komentira presudu TV2/Danmark/Komisija (T-674/11, EU:T:2015:684), protiv koje se, usput rečeno, vode tri odvojena žalbena postupka pred Sudom u predmetima C-649/15 P, C-656/15 P i C-657/15 P. Suprotno stajalište zagovara A. Sanchez-Graells, koji govori o „notional, well-run undertaking” (zamišljeni poduzetnik kojim se dobro upravlja) u *CJEU consolidates push for overcompliance...*, *op. cit.* u bilj. 49, ili „theoretical efficient SGEI supplier” (teorijski učinkovit pružatelj UOGI-ja) u *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. 16.

⁵⁶ Vidjeti presude Općeg suda Olsen/Komisija (T-17/02, EU:T:2005:218, t. 239.) i Viasat Broadcasting UK/Komisija (T-125/12, EU:T:2015:687, t. 99.), potvrđenu presudom Suda Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178); Nicolaides, P., *The Perennial Altmark...*, *op. cit.* u bilj. 45; točke 5. i 63. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19); točke 15., 19. i 56. Okvira Europske unije za javne usluge (bilj. 32).

⁵⁷ Vidjeti primjerice presudu Njemačka/Komisija (T-295/12, EU:T:2014:675), potvrđenu presudom Suda Njemačka/Komisija (C-446/14 P, EU:C:2016:97) i presudu Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Komisija (T-309/12, EU:T:2014:676), koja je postala pravomoćna nakon što je žalitelj povukao žalbu, što je utvrđeno rješenjem Suda Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Komisija (C-447/14 P, EU:C:2015:197), kao i komentare tih predmeta Nicolaides, P., *Not Surprisingly...*, *op. cit.* u bilj. 49; Sanchez-Graells, A., *GC pushes for overcompliance...*, *op. cit.* u bilj. 49, *CJEU consolidates push for overcompliance...*, *op. cit.* u bilj. 49 i *Enforcement of State Aid Rules...*, *op. cit.* u bilj. 55, str. 11-19.

⁵⁸ Vidjeti točke 21. do 50. Okvira Europske unije za javne usluge (bilj. 32).

⁵⁹ *Ibid.* točka 51.

⁶⁰ *Ibid.* točke 52. do 59.

⁶¹ Primjerice P. Nicolaides: „It is indeed puzzling why public authorities and SGEI providers want to comply with the Altmark criteria given that they can grant and receive, respectively, exactly the same amount of aid if they conform with the relevant rules on State aid for SGEI. [...] One cannot grant or receive more public money by having it classified as Altmark compliant.” Vidjeti Nicolaides, P., *The Perennial Altmark...*, *op. cit.* u bilj. 45. Pritom napominje da zapravo vrlo malo javnih tijela u praksi uspije ispuniti kriterije Altmark.

radi o državnoj potpori o kojoj se mora prethodno obavijestiti Komisija, koja onda mora provesti postupak u skladu s člankom 108. UFEU-a i Uredbom br. 2015/1589,⁶² što znatno produljuje vrijeme potrebno za uspostavljanje pružanja UOGI-ja.

Iako je odredba članka 106. stavka 2. nakon presude Altmark postala u biti samo „sigurnosna mreža”, u koju se mogu uhvatiti sva financiranja javnih usluga koja ne ispunjavaju uvjete Altmark, s obzirom na praktične probleme u ispunjavanju kriterija Altmark⁶³ i bez obzira na podrednost primjene te odredbe, javnim je tijelima zbog rizika neispunjavanja navedenih kriterija preporučljivo unaprijed organizirati obavljanje UOGI-ja upravo u skladu s člankom 106. stavkom 2. UFEU-a, Okvirom Europske unije za državnu potporu u obliku naknade za javne usluge iz 2011.⁶⁴ i Komunikacijom o UOGI-jima.⁶⁵ S tim u vezi veliki značaj u smislu pravne sigurnosti ima i Uredba br. 360/2012⁶⁶ *de minimis*, prema kojoj se obveza prethodne prijave državne potpore prema članku 108. stavku 3. ne primjenjuje na potpore do 500.000 eura u razdoblju od tri poslovne godine.

U vezi s testom Altmark i ocjenjivanjem spojivosti prema članku 106. stavku 2. UFEU-a, do izražaja dolazi također imunitetni učinak provođenja postupka javne nabave u pogledu adekvatnosti naknade za UOGI. U nastavku rada analizira se ta dodatna spona između pravila o javnoj nabavi i državnim potporama.

3.4. Način povjeravanja obavljanja UOGI-ja i imunitetni učinak provođenja postupka javne nabave

Organiziranje pružanja javne usluge može se provesti osnivanjem posebnog javnopravnog tijela, ali i povjeravanjem pružanja tih usluga javnim ili privatnim poduzetnicima, ili pak propisivanjem obveze poduzetniku da pruža određene usluge, osobito u sektorima u kojima je riječ o privatiziranim javnim službama, poput javnog prijevoza, pošte i telekomunikacija ili opskrbe električnom energijom. Zato se u nekim predmetima govori i o obvezi pružanja javne usluge.⁶⁷

Što se tiče načina povjeravanja tih usluga javnim ili privatnim poduzetnicima, sporno je mora li javno tijelo provesti postupak javne nabave. Kao što je prethodno spomenuto, u sudskoj je praksi više puta naglašeno da ne postoji takva opća obveza,⁶⁸ ali nakon usvajanja novog paketa Komisijinih akata 2012. (tzv. paket Almunia) u praksi je postalo

⁶² Uredba (EU) br. 2015/1589 (bilj. 6).

⁶³ Nicolaidis, P., *The Perennial Altmark...*, *op. cit.* u bilj. 45.

⁶⁴ Vidjeti bilj. 32.

⁶⁵ Vidjeti bilj. 19.

⁶⁶ Uredba (EU) br. 360/2012 (bilj. 32) i objašnjenje u bilj. 22.

⁶⁷ Vidjeti točke 51. do 53. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19).

⁶⁸ Vidjeti presude Olsen/Komisija (T-17/02, EU:T:2005:218, t. 239.) i Viasat Broadcasting UK/Komisija (T-125/12, EU:T:2015:687, t. 99.), potvrđenu presudom Suda Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178); Nicolaidis, P., *The Perennial Altmark...*, *op. cit.* u bilj. 45; točke 5. i 63. Komunikacije Komisije o UOGI-jima (bilj. 19); točke 15., 19. i 56. Okvira Europske unije za javne usluge (bilj. 32).

gotovo nemoguće ispuniti četvrti uvjet Altmark bez provedbe otvorenog, transparentnog i nediskriminirajućeg postupka javne nabave.⁶⁹

Tako Komisija u svojim aktima naglašava da javna tijela prilikom povjeravanja UOGI-ja moraju poštovati pravila o javnoj nabavi koja proizlaze iz članaka 49. do 56. UFEU-a, direktiva o javnoj nabavi ili drugih sektorskih pravila,⁷⁰ a ako je riječ o uslugama koje nisu obuhvaćene njihovim područjem primjene, obavljanje takvih usluga moraju povjeriti uz poštovanje načela primarnog prava Unije o javnoj nabavi, odnosno načela transparentnosti, jednakog postupanja, proporcionalnosti i uzajamnog priznavanja.⁷¹

Prema Komisijinu shvaćanju, ako je pružanje UOGI-ja povjereno subjektu odabranom u otvorenom, transparentnom i nediskriminirajućem postupku javne nabave, to može pozitivno utjecati na ocjenu razumnosti naknade za tu uslugu i, posljedično, do utvrđenja (presumpcije) da nije pružena selektivna prednost.⁷²

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.⁷³ 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.⁷⁴

⁶⁹ Slično je stajalište Komisija zastupala i prije 2012., primjerice u pogledu pregovaračkog postupka u predmetu u vezi s uvođenjem širokopojasnog interneta u regiji Cumbria na sjeveru Engleske, vidjeti točku 2.3.1. Odluke Komisije C(2003)4480 final, u predmetu državne potpore N 282/2003 Cumbria Broadband, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/133982/133982_477578_33_2.pdf (pristup 29. rujna 2017.); Dunleavy, N., *Public Procurement, State Aid and Antitrust: Understanding the Intersections*, materijali s predavanja o javnoj nabavi na Trinity College Dublin, 23. veljače 2009., str. 47, <http://www.icel.ie/userfiles/file/Procurement%20Portal/PP%20State%20Aid%20and%20T.pdf> (pristup 29. rujna 2017.).

⁷⁰ Primjerice Uredba (EZ) br. 1370/2007 o uslugama javnog željezničkog i cestovnog prijevoza putnika i stavljanju izvan snage uredaba (EEZ) br. 1191/69 i (EEZ) br. 1107/70 (SL 2007, L 315, str. 1) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 7, svezak 13, str. 96) i Uredba (EEZ) br. 3577/92 o primjeni načela slobode pružanja usluga u pomorskom prometu unutar država članica (pomorska kabotaža) (SL 1992, L 364, str. 7) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6, svezak 7, str. 17).

⁷¹ Točka 5. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19).

⁷² *Ibid.* točke 63. i 64.; vidjeti također 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; Dunleavy, N., *op. cit.* u bilj. 69, str. 44 i 45.

⁷³ Heuninckx, B., *op. cit.* u bilj. 72, str. 198. Komisija je također i u određenim pregovaračkim postupcima javne nabave primijenila istu presumpciju, primjerice u složenom projektu obnove londonske podzemne željeznice, vidjeti točke 79. i 82. Odluke Komisije C(2002)3578 final u predmetu državne potpore br. N 264/2002, London Underground Public Private Partnership i navedenu Komisijinu praksu, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/137072/137072_450478_21_2.pdf (pristup 29. rujna 2017.).

⁷⁴ Nicolaidis, P., *The EU Commission clarifies...*, *op. cit.* u bilj. 25 i *Altmark and Public Procurement...*, *op. cit.* u bilj. 27, u pogledu uvodne izjave 173. Odluke Komisije 2013/435/EU (bilj. 27). Valja napomenuti da je presudom od 1. ožujka 2017., SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134) odbijena tužba protiv Komisijine odluke.

Tu se zapravo postavlja pitanje tumačenja četvrtog uvjeta Altmark koji se u skladu s točkom 95. i izrekom presude Altmark, kako je gore navedeno, primjenjuje ako izbor poduzetnika kojem je povjereno izvršavanje obveza javne usluge nije obavljen u okviru postupka javne nabave. Komisija i Opći sud pozivaju se pak i na dodatak iz točke 93. presude Altmark u kojoj Sud govori o postupku javne nabave *koji omogućuje odabir kandidata sposobnog pružiti te usluge uz najmanje troškove za zajednicu*, koji onda tumače kao dodatan uvjet prema kojem mora biti riječ o postupku javne nabave koji doista *omogućuje odabir kandidata sposobnog pružiti te usluge po najnižem trošku za zajednicu*⁷⁵.

Stoga se naknada gospodarskom subjektu za pružanje javne usluge, odabranom u postupku javne nabave, ne preispituje samo ako je obavljanje javne službe povjereno subjektu odabrano upravo u takvom postupku.

S tim u vezi, neki autori postavljaju pitanje usklađenosti takvog tumačenja četvrtog uvjeta Altmark i sudske prakse u pogledu iznimki od obveze provođenja bilo kakvog postupka javne nabave (izvršavanje ovlasti na temelju zakona, nabava *in house*, suradnja javnih tijela i dr.), osobito u kontekstu novih direktiva o javnoj nabavi koje u tim slučajevima dopuštaju određeno sudjelovanje privatnog kapitala ili istodobno obavljanje aktivnosti za javno tijelo i na tržištu⁷⁶.

4. ZAKLJUČAK

Predmet ovog rada specifično jest područje financiranja UOGI-ja i pitanje imunitetnog učinka provođenja postupka javne nabave u tom kontekstu.

U radu je ponajprije utvrđeno da se obavljanje UOGI-ja načelno ne mora povjeriti postupkom javne nabave, ali se u tom slučaju mora ispuniti kriterij učinkovitosti u usporedbi s drugim sličnim poduzetnicima. Pritom je sporno moraju li usporedivi poduzetnici biti stvarni, postojeći poduzetnici, pa se u slučaju da oni ne postoje obavljanje UOGI-ja mora povjeriti u postupku javne nabave, ili pak može biti riječ i o apstraktnim „dobrim poduzetnicima”, što u slučaju da oni ne postoje ostavlja otvorenom mogućnost povjeravanja UOGI-ja bez postupka javne nabave. Nadalje je sporno i pitanje kriterija koje

⁷⁵ Četvrti uvjet iz presude Altmark (C-280/00, EU:C:2003:415, t. 93.); presuda Comunidad Autónoma del País Vasco i Itelazpi/Komisija (T-462/13, EU:T:2015:902, t. 80.). U tom smislu vidjeti točku 65. Komunikacije o UOGI-jima (bilj. 19) i uvodnu izjavu 252. Odluke Komisije (EU) 2015/1226 o državnoj potpori SA.33963 (2012/C) (ex 2012/NN) koju je provela Francuska u korist Trgovačke i industrijske komore Angoulêmea te društava SNC-Lavalin, Ryanair i Airport Marketing Services (SL 2015, L 201, str. 48), u kojoj Komisija govori o dvama poduvjetima četvrtog uvjeta iz presude Altmark. Slično primjećuju i drugi autori, primjerice A. Sanchez-Graells u članku *The Commission's Modernisation Agenda for Public Procurement and SGEI*, u knjizi Szyszczak, E. i van de Gronden, J. W. (ur.), *Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization, Legal issues of Services of General Interest* (The Hague, TMC Asser/Springer, 2013), str. 161, 163-166 i u članku *Enforcement of State Aid Rules...*, op. cit. u bilj. 55, str. 13, bilj. 57.

⁷⁶ Sanchez-Graells, A. *Enforcement of State Aid Rules...*, op. cit. u bilj. 55, str. 14-19.

postupak javne nabave mora ispuniti (prvi dio četvrtog uvjeta Altmark) kako bi se izbjegla obvezna usporedba s drugim poduzetnicima (drugi dio četvrtog uvjeta Altmark).

Uskim tumačenjem četvrtog uvjeta Altmark sve se više ograničava diskrecija javnih tijela u pogledu odabira dopuštenih načina dodjele ugovora o javnoj nabavi⁷⁷ (tj. povjeravanja obavljanja UOGI-ja). Međutim, to se pokazuje kao možda jedini način da se nakon nastanka iznimke Altmark 2003. sačuva korisni učinak (*effet utile*) odredbe članka 106. stavka 2. UFEU-a.

Iako se čini da su javna tijela država članica u pogledu primjene četvrtog uvjeta Altmark stjerana u kut, odnosno da im je jedini izlaz provedba otvorenog, transparentnog i nediskriminirajućeg postupka javne nabave s pravim nadmetanjem između više vjerodostojnih ponuda, na temelju rezultata istraživanja proizlazi da ne trebaju toliko težiti tome da se naknada za obavljanje UOGI-ja unaprijed ne kvalificira kao državna potpora kada se gotovo jednak učinak može postići na temelju iznimke iz članka 106. stavka 2. UFEU-a. Možda još zapravo samo treba pričekati pravi predmet u kojem će Sud moći odrediti odgovarajuću ravnotežu između jednog i drugog pravila.

⁷⁷ Kako to A. Sanchez-Graells naziva „a push for overcompliance“ (pritisak za pretjerano rigoroznom primjenom pravila), vidjeti Sanchez-Graells, A., *GC pushes for overcompliance...*, *op. cit.* u bilj 49 i *CJEU consolidates push for overcompliance...*, *op. cit.* u bilj 49.

THE ROLE OF PUBLIC PROCUREMENT IN FINANCING THE SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST

The task of providing the services of general economic interest (SGEIs) – in principle – does not need to be awarded in a public procurement procedure. However, in that case the selected entity must satisfy the efficiency criterion as compared to other comparable undertakings. Nonetheless, it is unclear if another “comparable undertaking” must be a particular, existing undertaking or if one could compare the SGEI provider’s efficiency with an abstract “reasonable undertaking”. The stakes are high in this dilemma because if the first interpretation applied, the task of SGEI provider could be awarded only by a public procurement procedure should there be no existing comparable undertakings. The strict interpretation of the fourth Altmark requirement increasingly limits the discretion that public authorities have in respect of available means of entrusting the provision of SGEIs. However, this appears to be the only way to reconcile the Altmark exception with the “effet utile” of Article 106(2) TFEU.

Key words: public procurement, State aids, services of general economic interest, public service obligation, Altmark case-law

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