

HRVATSKA AKADEMIJA ZNANOSTI I UMJETNOSTI
JADRANSKI ZAVOD
Z A G R E B

POREDBENO POMORSKO PRAVO COMPARATIVE MARITIME LAW

Zbornik radova / Book of Proceedings

2. Jadranska konferencija pomorskog prava
25. – 27. svibnja 2017., Opatija, Hrvatska

2nd Adriatic Maritime Law Conference (AMLC)
25 – 27 May 2017, Opatija, Croatia



POREDBENO POMORSKO PRAVO = COMPARATIVE MARITIME LAW

Nakladnik / Publisher:

HRVATSKA AKADEMIJA ZNANOSTI I UMJETNOSTI
CROATIAN ACADEMY OF SCIENCES AND ARTS
Trg Nikole Šubića Zrinskog 11, HR-10000 Zagreb

Za nakladnika / For the Publisher: akademik Pavao Rudan, glavni tajnik

Glavni urednik / Editor-in-Chief: akademik Davorin Rudolf

Zamjenica glavnog urednika / Deputy Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Dorotea Ćorić

Adresa uredništva / Address of the Editorial Board:

JADRANSKI ZAVOD HRVATSKE AKADEMIJE ZNANOSTI I UMJETNOSTI
ADRIATIC INSTITUTE OF THE CROATIAN ACADEMY OF SCIENCES AND ARTS
Augusta Šenoae 4, HR-10000 Zagreb; tel: +385 1 49 20 733; tel/fax: + 385 1 48 12 703
<http://jadranski-zavod.hazu.hr/hr/publikacije-zavoda/poredbeno-pomorsko-pravo>
e-mail: jz@hazu.hr

Uredništvo / Editorial Board

Prof. David Joseph Attard, PhD, IMO International Maritime Law Institute, Malta; Prof. Vesna Kazazić, PhD, University of Mostar; Adj. Prof. Massimiliano Musi, PhD, Alma Mater Studiorum – University of Bologna; Prof. María Victoria Petit Lavall, PhD, Universitat Jaume I, Castellón; Assist. Prof. Elena Orrù, PhD, Alma Mater Studiorum – University of Bologna; Vesna Polić Foglar, PhD, GBF Rechtsanwälte, Zürich; Prof. Časlav Pejović, PhD, Kyushu University, Fukuoka; Zoran Radović, PhD, Maribor; Prof. Stefano Zunarelli, PhD, Alma Mater Studiorum – University of Bologna; Zunarelli Studio Legale Associato, Bologna

prof. dr. sc. Petra Amižić Jelovčić, Pravni fakultet, Split; prof. dr. sc. Vesna Barić-Punda, Pravni fakultet, Split; prof. dr. sc. Dragan Bolanča, Pravni fakultet, Split; prof. emer. Vladimir Đuro Degan, Jadranski zavod HAZU, Zagreb; prof. dr. sc. Ivan Frančišković, Ekonomski fakultet, Rijeka; prof. emer. Ivo Grabovac, Split; prof. dr. sc. Srećko Jelinić, Osijek; dr. sc. Petar Kragić, Tankerska plovidba d.d., Zadar; prof. dr. sc. Axel Luttenberger, Pomorski fakultet, Rijeka; prof. dr. sc. Jasenko Marin, Pravni fakultet, Zagreb; prof. dr. sc. Drago Pavić, Split; prof. dr. sc. Ranka Petrinović, Pomorski fakultet, Split; prof. dr. sc. Davorin Rudolf, ml., Pravni fakultet, Split; dr. sc. Vanja Seršić, Rab; dr. sc. Gordan Stanković, Odvjetničko društvo Vukić, Jelušić, Šulina, Stanković, Jurcan & Jabuka; Rijeka; Robert Stude, dipl. iur., Zagreb; Zoran Tasić, dipl. iur., Dedicato d.o.o., Zagreb; Brodosplit d.d. Split; Zoran Zaninović, dipl. iur., Zagreb; dr. sc. Marina Vokić Žužul, Zagreb

Suradnica u uredništvu (Online, UDK) / Associate Editor (Online, UDC):

Marula Vujasinović, dipl. bibl.

Lektor za engleski jezik / English Language Reviser: prof. Jelena Žanić Mikuličić

Tehnička urednica / Editorial Secretary: Vlatka Živojnović

Časopis izlazi jedanput godišnje / The journal is published annually

Naklada: 200 primjeraka / Circulation: 200 copies

Tiskano uz potporu / Financial support: Ministarstvo znanosti i obrazovanja Republike Hrvatske / Ministry of Science and Education of the Republic of Croatia /; Zaklada Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti / The Foundation of the Croatian Academy of Sciences and Arts /

Prilozi objavljeni u časopisu dostupni su u bazama, na portalima i servisima / Papers published in the journal are included in the databases, portals and services: Academic Search Complete (EBSCO); Legal Source (EBSCO); HRČAK; DiZbi.HAZU; ERIH Plus; Scientific Indexing Services (SIS); ASFA Database; Electronic Journals Library; Library of Congress; Peace Palace Library (Hague)

Grafičko oblikovanje i tisak / Graphic Design and Print:

Tiskara Zelina d.d., Katarine Krizmanić 1, 10380 Sveti Ivan Zelina, veljača 2018.

PROBLEM VALORIZACIJE ZAKONITIH ULAGANJA U LUKAMA NAUTIČKOG TURIZMA U REPUBLICI HRVATSKOJ¹

Doc. dr. sc. IVA TUHTAN GRGIĆ*
Dr. sc. BOŽENA BULUM**

UDK 351.813.12:627.097
622.212
DOI 10.21857/y54jofp20m
Izvorni znanstveni članak
Primljeno: 11.12.2017.
Prihvaćeno za tisak: 17.1.2018.

Izgradnjom luke nautičkog turizma u Republici Hrvatskoj koncesionar, osim prava na gospodarsko korištenje luke prema odluci i ugovoru o koncesiji, ne stječe nikakva prava ni na luci niti na objektima koje je izgradio. Sve ono što je ugrađeno, dograđeno ili na bilo koji način trajno spojeno s pomorskim dobrom ostat će dio pomorskog dobra, čija će vrijednost time nesporno biti uvećana. Cilj je ovoga rada utvrditi u kojim će slučajevima koncesionar koji je svoja sredstva uložio u pomorsko dobro u Republici Hrvatskoj i time mu povećao vrijednost imati pravo na naknadu za izvoršena ulaganja. Iako Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (u daljnjem tekstu: ZPDML) i Zakon o koncesijama (u daljnjem tekstu: ZOK) predviđaju cijeli niz razloga za prestanak koncesije, u radu se analizira isključivo problematika valorizacije ulaganja u slučaju kada koncesija prestaje istekom vremena na koji je dana. Posebna pozornost posvećena je pitanjima produljenja koncesije (uključujući i automatsko produljenje), dodjele proventusne koncesije, novčane naknade koja bi se dodijelila primjenom instituta stjecanja bez osnove, te naknade nužnih i korisnih troškova koji nisu bili predviđeni u dokumentaciji o koncesiji, kao mogućim načinima naknade onoga što je koncesionar uložio, a što premašuje iznos sredstava ulaganje kojih je predviđeno odlukom i ugovorom o koncesiji. U svezi s navedenim pitanjem posebno se razmatra problematika primjenjivog nacionalnog prava, odnosno odnos ZOK-a i ZPDML-a, i ispituje utjecaj pravila Europske unije o dodjeli ugovora o koncesijama i uslugama na unutarnjem

* Doc. dr. sc. Iva Tuhtan Grgić, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka, e-mail: ituhtan@pravri.hr

** Dr. sc. Božena Bulum, viša znanstvena suradnica, Jadranski zavod Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, Augusta Šenoae 4, 10000 Zagreb, e-mail: bblumu.hr

¹ Ovaj članak je rezultat istraživanja autora u okviru znanstvenoistraživačkog projekta Jadranskog zavoda Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, financiranog od strane Hrvatske zaklade za znanost, pod naslovom *Razvoj suvremenog pravnog i osigurateljnog režima za hrvatske marine – unapređenje konkurentnosti, sigurnosti, sigurnosne zaštite i zaštite morskog okoliša (DELICROMAR)*, UIP-11-2013 br. 3061, razdoblje projekta: 1. ožujka 2016. – 28. veljače 2019.). Više podataka o projektu dostupno je na internetskim stranicama www.delicromar.hazu.hr

tržištu, odnosno Direktiva 2014/23/EU i Direktiva 2006/123/EZ, na tumačenje i primjenu nacionalnog prava. Analizira se i sudska praksa Suda Europske unije vezana uz tumačenje relevantnih odredbi tih Direktiva. Pored toga, ukazuje se i na neka rješenja i dvojbe koja su se u komparativnim pravima pojavila vezano uz pitanja dodjele i produljenja ugovora o koncesiji. Naposljetku, predlažu se rješenja vezano uz mogućnosti valorizacije ulaganja koncesionara u lukama nautičkog turizma de lege ferenda.

Ključne riječi: pomorsko dobro; luke nautičkog turizma; produljenje koncesije; prvenstvena koncesija; stjecanje bez osnove; Zakon o koncesijama; Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama; Direktiva 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji; Direktiva 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu.

1. UVODNE NAPOMENE

Pomorsko dobro ima status općeg dobra od interesa za Republiku Hrvatsku (čl. 3. st. 1. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama²).³ Opća su dobra one stvari koje zbog svojih naravnih osobina ne mogu biti predmetom prava vlasništva i drugih stvarnih prava, kao i one koje to ne mogu biti jer su takvima proglašene zakonom.⁴ Pomorsko je dobro specifično opće dobro koje status op-

² NN, 158/2003, 100/2004, 141/2006, 38/2009, 123/2011, 56/2016 (u daljnjem tekstu: ZPDML). Vidjeti, Bolanča, Dragan, *Osnovne značajke Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama iz 2003. godine*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, 1-2 (2004). Bolanča, Dragan, *Koncesije na pomorskom dobru - novine u hrvatskom zakonodavstvu*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, 1 (2009).

³ Opširnije vidjeti, Bolanča, Dragan, *Pravni status morskih luka kao pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Split, 2003.; Bolanča, Dragan – Naprta, Rajko, *More naše plavo*, Pomorsko dobro, Zbirka propisa. "Biblioteka NADING", Nading d.o.o. Pomorsko je dobro Ustavom Republike Hrvatske (NN, 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014) proglašeno dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku (čl. 52). Pravni status pomorskog dobra kao općeg dobra propisan je čl. 3. st. 1. ZPDML. Prije njegova stupanja na snagu materija pomorskog dobra bila je uređena Pomorskim zakonikom (NN, 17/1994, 74/1994, 43/1996, 158/2003, 181/2004) koji je pomorskom dobru također priznao status općeg dobra (čl. 48), Zakonom o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima (NN, 19/1974, 24/74, 39/1974, 39/1975, 17/1977, 18/1981, 31/1986, 47/1989, 26/1993, 17/1994, 29/1994, 107/1995, 108/1995, 142/1998, (u daljnjem tekstu: ZPVDLP) prema kojemu je pomorsko dobro bilo dobro u društvenom vlasništvu u općoj upotrebi, na kojemu nije bilo moguće stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava (čl. 4. st. 2. i 4.).

⁴ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN, 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 90/2010, 143/2012, 152/2014, u daljnjem tekstu: ZV) kao primjer dijelova prirode koji zbog svojih prirodnih osobina ne mogu biti predmetom vlasništva navodi atmosferski zrak, vodu u rijekama, jezerima i moru te morsku obalu (čl. 3. st. 2. ZV).

ćeg dobra ima dijelom zbog svojih naravnih osobina (more i morska obala), a dijelom stoga što je zakonom proglašeno općim dobrom (kopneni dio pomorskog dobra).⁵ Kopneni dio pomorskog dobra obuhvaća, između ostaloga, i luke (čl. 3. st. 2. i 3. ZPDML), a time i luke nautičkog turizma.

Na pomorskom se dobru ne može stjecati pravo vlasništva ni druga stvarna prava, a građevine i drugi objekti izgrađeni na pomorskom dobru koji su trajno povezani s pomorskim dobrom smatraju se pripadnošću pomorskog dobra (čl. 5. st. 1. i 2. ZPDML). Zbog statusa općeg dobra pomorsko je dobro u općoj uporabi, a svaka njegova uporaba koja nije opća, odnosno koja je posebna ili koja se sastoji od gospodarskog korištenja pomorskog dobra, moguća je isključivo na temelju koncesije i koncesijskog odobrenja (čl. 7. ZPDML). Materija koncesija na pomorskom dobru uređena je ZPDML-om i Uredbom o postupku davanja koncesije na pomorskom dobru,⁶ ali i općim Zakonom o koncesijama.⁷ Zakonima o koncesijama donesenim nakon stupanja na snagu ZPDML-a bio je cilj imati ulogu krovnog zakona, odnosno općeg zakonodavnog okvira u materiji koncesija, dok su se posebnosti vezane uz pojedina područja ili djelatnosti na koja se posebni zakon odnosi trebale urediti posebnim tzv. sektorskim zakonima. ZPDML se, međutim, nikada nije uskladio niti s jednim Zakonom o koncesijama, što je u praksi izazivalo, i još uvijek izaziva, niz dvojbi i problema glede njihova odnosa, i posljedično, veliku pravnu nesigurnost. Ni u praksi niti u teoriji nije postignut konsenzus glede toga koji zakon zapravo treba primjenjivati, *lex specialis* ili *lex posterior*, odnosno treba li ZPDML supsidijarno nadopunjavati odredbama ZOK-a, ili obratno.⁸ Pitanje odnosa ovih zakona, odnosno pitanje koje se odredbe primjenjuju u konkretnom slučaju temeljno je pitanje, od važnosti i za temu valorizacije ulaganja učinjenih na pomorskom dobru, odnosno učinjenih

⁵ O obuhvatu pomorskog dobra i kriterijima za utvrđivanje granice pomorskog dobra vidjeti čl. 3-5 ZPDML te čl. 3. Uredbe o postupku utvrđivanja granice pomorskog dobra (NN, 8/2004 i 82/2005). Granica pomorskog dobra postoji po samom zakonu, a rješenje o granici pomorskog dobra samo je deklaratornog karaktera.

⁶ NN, br. 23/2004, 101/2004, 39/2006, 63/2008, 125/2010, 102/2011, 83/2012, 10/2017. (u daljnjem tekstu: Uredba o postupku davanja koncesije).

⁷ U vrijeme donošenja ZPDML-a na snazi je bio Zakon o koncesijama iz 1992. (NN, 89/1992, 125/2008). Nakon donošenja ZPDML-a donesena su čak tri Zakona o koncesijama, 2008. (NN, 125/2008, 90/2011, 143/2012, u daljnjem tekstu: ZOK 2008), 2012. (NN, br. 143/2012, 69/2017, u daljnjem tekstu: ZOK 2012) i 2017. (NN, br. 69/2017, u daljnjem tekstu: ZOK 2017).

⁸ O nekim problemima vezanim za suprotna rješenja vidjeti: Staničić, Frane, *Koncesije na pomorskom dobru – nužnost usklađivanja Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama sa Zakonom o koncesijama*, Informator, Zagreb, 63, 2015., str. 1-3; Staničić, Frane; Bogović, Maja, *Koncesije na pomorskom dobru – odnos Zakona o koncesijama i Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama*, Pravni vjesnik, god. 33, br. 1., 2017.

radi izgradnje i održavanja luka nautičkog turizma, pa će se posebna pažnja u radu posvetiti upravo odnosu odredbi ovih zakona. Pri odgovoru na ovo pitanje važno je proučiti i utjecaj pravila Europske unije kojima je regulirano pitanje koncesija,⁹ ali i pružanja usluga,¹⁰ i to zbog obveze tumačenja cjelokupnog nacionalnog prava sukladno pravu Europske unije, pa će i tome u radu biti posvećena dužna pažnja.

U radu se neće razmatrati složena problematika valorizacije ulaganja učinjenih u lukama nautičkog turizma prije postupka pretvorbe, a koja su u tom postupku procijenjena i unesena u temeljni kapital pretvorenog društva.

Izgradnjom luke koncesionar, osim prava na gospodarsko korištenje luke prema odluci i ugovoru o koncesiji, ne stječe nikakva prava ni na luci niti na objektima koje je izgradio. Naime, zakonom je izrijeком propisano da se zgrade i druge građevine izgrađene na pomorskom dobru smatraju pripadnošću pomorskog dobra (čl. 5 ZPDML), pa na njima nije moguće stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava niti za vrijeme trajanja koncesije.¹¹ Zakonom je propisano i da je po prestanku koncesije koncesionar ovlašten uzeti prinove koje je izgradio ako one nisu trajno povezane s pomorskim dobrom i ako je to moguće po prirodi stvari i bez veće štete za pomorsko dobro (čl. 33 ZPDML). Ukoliko koncesionar nije ovlašten uzeti prinove jer nisu ispunjene pretpostavke iz citiranog članka, one se smatraju pripadnošću pomorskog dobra. Sve ono što je ugrađeno, dograđeno ili na bilo koji način trajno spojeno s pomorskim dobrom ostat će dio pomorskog dobra, čija će vrijednost time nesporno biti uvećana. Uvećanje vrijednosti pomorskog dobra u skladu je i sa svrhom i ciljem instituta koncesije, koji treba koristiti ne samo privatnom investitoru, nego, prvenstveno, javnom interesu, odnosno Republici Hrvatskoj koja o pomorskom dobru vodi brigu i njime upravlja (čl. 9. st. 1. ZPDML).

⁹ Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji, SL L 94, 28.3.2014. (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/23/EU). Ispravak Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji, SL L 114, 5.5.2015.

¹⁰ Direktiva 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, SL L 376, 27.12.2006. (u daljnjem tekstu: Direktiva 2006/123/EZ).

¹¹ Usprkos odredbi čl. 3. st. 4. ZV-a koja je takvu mogućnost ostavljala propisujući da zgrade i druge građevine izgrađene na temelju koncesije tvore zasebnu nekretninu dok koncesija traje u teoriji i praksi prevladava stav da na pomorskom dobru takvo razdvajanje nije moguće. Sudska je praksa zauzela stav da primjeni odredbe ZV-a nema mjesta, jer "PZ, kao *lex specialis*, ne propisuje da zgrade i građevine koje su na pomorskom dobru izgrađene, bilo po osnovi koncesije bilo po osnovi prava građenja, pravno nisu dijelovi pomorskog dobra i da tvore zasebnu nekretninu..." VSRH, Gzz-131/03-2 od 2. srpnja 2003. godine, VSRH, Gzz-131/03 od 2. srpnja 2003., VSRH, Rev-17/1997 od 9. listopada 1997., VSRH, Rev-495/03 od 2. ožujka 2005.

Neovisno o tome daje li se koncesija za izgradnju nove luke nautičkog turizma ili za gospodarsko korištenje već izgrađene luke, od budućih se koncesionara očekuje da u pomorsko dobro ulože svoj kapital. Važnost ulaganja vidljiva je i iz kriterija na temelju kojih se vrši izbor najbolje ponude za koncesije u lukama nautičkog turizma propisanih u Uredbi o postupku davanja koncesije. Naime, jedan od (samo tri) kriterija koji se uzima u obzir prilikom ocjene pristiglih ponuda je upravo ponuđeni iznos ukupnog investicijskog ulaganja. Štoviše, ovaj kriterij čini čak 40% ukupne ocjene za izbor koncesionara.¹² Budući da prestankom koncesije koncesionaru prestaje pravo gospodarski koristiti pomorsko dobro, odnosno dužan ga je vratiti davatelju koncesije, sva ulaganja koja je učinio morala bi mu se ne samo vratiti nego i oplemeniti gospodarskim iskorištavanjem te luke kroz razdoblje na koje je koncesija dana. Iz navedenoga je jasno koliko je za koncesionara važno precizno izraditi plan ulaganja, amortizacije uloženoga i projekcije poslovanja. Temeljem ZPDML-a, izrada studije gospodarske opravdanosti koncesije jedan je od dokumenata koje ponuditelj mora dostaviti kod prijave na natječaj za koncesiju (čl. 17. st. 3. i 4. i čl. 18. st. 2.). Vrijeme trajanja koncesije po ZPDML-u unaprijed određuje davatelj koncesije. Prilikom određivanja roka na koji se koncesija daje trebalo bi procijeniti koliki je vremenski period potreban za amortizaciju stvarne vrijednosti ulaganja koncesionara i razuman povrat uloženog kapitala, a da se time ne ograničava tržišno natjecanje više nego li je to nužno. Za ispravnu procjenu vremenskog perioda koji je optimalan za postizanje navedenih ciljeva od velike je važnosti studija opravdanosti davanja koncesije koju ZPDML, nažalost, ne predviđa, već je njezina izrada propisana ZOK-om, kao pripremna radnja za davanje koncesije (čl. 14. ZOK).

Većina ulaganja, po prirodi stvari, planira se tijekom početnog razdoblja trajanja koncesije dok se u preostalom vremenu očekuje povrat uloženoga i dodatni prinos. Međutim, u nekim će slučajevima koncesionar tijekom trajanja koncesije, koja može biti dodijeljena na iznimno duga vremenska razdoblja, imati potrebu za ulaganjima koja nisu bila predviđena studijom opravdanosti davanja kon-

¹² Čl. 21. t. A i B. Uredbe. Pored ulaganja, po 30% ocjene donose ponuđeni iznos stalnog dijela koncesijske naknade te ponuđeni iznos promjenjivog dijela koncesijske naknade. Odredba čl. 21. Uredbe o kriterijima za izbor mijenjala se čak dva puta, 2012. i 2017. Posljednjom izmjenom Uredbe, iz veljače 2017. brisana su četiri kriterija: prihod od redovne djelatnosti u prethodnoj godini (koji je nosio 15%), ostvarena dobit, odnosno dohodak prije oporezivanja uvećano za amortizaciju u prethodnoj godini (15%), broj planiranih novootvorenih radnih mjesta (5%) te iskustvo ponuditelja u obavljanju djelatnosti za koju traži koncesiju (10%). I prije posljednje izmjene Uredbe najveći dio bodova ostvarivao se upravo na temelju planiranog investicijskog ulaganja (25%), dok je u prvoj verziji ovih odredbi Uredbe, koja se primjenjivala do 2012. investicijsko ulaganje donosilo visokih 40% ukupne ocjene.

cesije, studijom gospodarske opravdanosti koncesije, odlukom o koncesiji niti ugovorom o koncesiji.

Cilj je ovoga dijela rada utvrditi u kojim će slučajevima koncesionar koji je svoja sredstva uložio u pomorsko dobro preko mjere predviđene odlukom i ugovorom o koncesiji i time mu povećao vrijednost ipak imati pravo na naknadu za izvršena ulaganja. Iako ZPDML i ZOK predviđaju cijeli niz razloga za prestanak koncesije,¹³ u radu se problematizira isključivo problem valorizacije ulaganja u slučaju kada koncesija prestaje istekom vremena na koji je dana.

2. PRIMJENJIVO PRAVO

2.1. Primjenjivo nacionalno pravo

Materija koncesija na pomorskom dobru uređena je odredbama ZPDML-a i Uredbe o postupku davanja koncesije i odredbama ZOK-a, donesenog u srpnju 2017. Ovaj je Zakon, kao i njegov prethodnik, ZOK 2012, imao za cilj poboljšati postupke davanja koncesije i učiniti ih transparentnima i primjenjivim na sve postupke davanja koncesije.¹⁴ Međutim, pitanje odnosa odredbi ZOK-a 2017 i odredaba posebnih zakona kojima se uređuju koncesije do njihova usuglašavanja sa ZOK-om nažalost nije uređeno, iako se upravo ono pokazalo dvojbena još za vrijeme važenja ranijih dvaju zakona o koncesijama. Svijest o potrebi usklađivanja posebnih zakona, a posebice ZPDML-a i Uredbe o postupku davanja koncesije sa ZOK-om istaknuta je i u Izvješćima odbora za financije i državni proračun o Prijedlogu i Konačnom prijedlogu Zakona o koncesijama, ali bez zaključka o tome na koji se način zakoni trebaju primjenjivati do njihova usklađivanja, odnosno treba li prednost imati ZPDML kao *lex specialis* ili ZOK kao *lex posterior*.¹⁵

¹³ Odredbom čl. 31. ZPDML-a predviđeno je pet razloga prestanka koncesije. Prvi je razlog redovni prestanak koncesije istekom vremena na koji je koncesija dana. Pored toga koncesija može prestati i odreknućem ovlaštenika koncesije prije isteka vremena određenog u odluci o koncesiji, zatim smrću ovlaštenika, odnosno prestankom pravne osobe ako nasljednici, odnosno pravni sljednici ne zatraže pravodobno potvrdu koncesije, oduzimanjem koncesije od strane davatelja koncesije, te sporazumnim raskidom ugovora o koncesiji. Pored navedenih razloga, koncesija prestaje i u slučaju njezina opoziva, kada to zahtijeva interes Republike Hrvatske koji utvrđuje Hrvatski sabor (čl. 29. ZPDML). ZOK, u čl. 70, navodi šest načina prestanka koncesije. To su: ispunjenjem zakonskih uvjeta, raskidom ugovora o koncesiji zbog javnog interesa, jednostranim raskidom ugovora o koncesiji, pravomoćnošću odluke kojom se ugovor o koncesiji utvrđuje ništetnim ili se poništava, u slučajevima određenim ugovorom o koncesiji i u slučajevima određenim posebnim zakonom.

¹⁴ ZOK 2012. bio je "zamišljen je kao opći zakon s kojim bi posebni zakoni koji uređuju koncesije trebali biti usklađeni." Staničić, F.; Bogović, M., o. c., str. 76.

¹⁵ "Nastavno na najavu o potrebnim izmjenama 30-ak drugih zakona, bit će potrebne, između ostalih, i izmjene Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, kao i Uredbe o postupku

Nedvojbeno je da je ZOK *lex generalis*, ali njegove su odredbe specifične jer, zapravo, predviđaju podrednu primjenu posebnih zakona. Tako je u čl. 1. st. 2. ZOK-a propisano "Na pitanja koja nisu uređena ovim Zakonom odgovarajuće se primjenjuju posebni zakoni te propisi kojima se uređuje javna nabava." Neki autori tako navode da je time otklonjena mogućnost primjene pojedinih pravila posebnih zakona koja uređuju koncesije različito od krovnog ZOK-a, odnosno koja s tim Zakonom nisu usklađena, odnosno da se radi o zakonu koji ima značenje kogentnog propisa u odnosu na sektorske propise.¹⁶ Zanimljivo je, međutim, da je u obrazloženju odredbi Konačnog prijedloga Zakona o koncesijama, ovaj odnos ublažen, odnosno vraćen na klasičan odnos između općeg i posebnog propisa. Naime, uz čl. 1. obrazloženja navedeno je "Zakon o koncesijama je opći zakon (*lex generalis*) kojim se na području Republike Hrvatske uređuju koncesije. *Sve posebnosti* (označio autor) područja kojima se uređuju koncesije na posebnim područjima uređuju se detaljnije drugim, posebnim zakonima (*leges speciales*)."¹⁷ Zapravo, iako je odredba čl. 1. st. 2. ZOK-a jasna, čini se nije moguće sa sigurnošću odrediti pravu namjeru zakonodavaca. Člankom 8. st. 1. ZOK-a, koji uređuje predmet koncesije, propisano je da se koncesija daje u različitim područjima i za različite djelatnosti, među kojima su nabrojani i pomorsko dobro i luke, ali i koncesije u području turizma, a odredbom st. 3. tog članka propisano je i da se "posebna pitanja vezana za davanje koncesije u područjima, odnosno djelatnostima iz st. 1. ovoga članka uređuju [se] i posebnim zakonom." Niti ova odredba nije nedvojbeno, odnosno iz nje ne proizlazi pravilo o tome koji bi odnos trebao biti između općeg i posebnog propisa, čak niti nakon usklađenja po-

davanju koncesija na pomorskom dobru. Isto tako, kako se radi o kompleksnom zakonu koji za sobom povlači niz drugih zakona, apelirano je na sve dionike na brzo donošenje tih drugih propisa, budući da se radi o interesima Republike Hrvatske. Kako je rečeno, usklađivanje je predviđeno u roku od šest mjeseci, za što je već izrađen i Akcijski plan." Izvješće odbora za financije i državni proračun o Prijedlogu zakona o koncesijama, prvo čitanje, P.Z.E. br. 75, 19. siječnja 2017. <http://www.sabor.hr/izvjesce-odbora-za-financije-i-drzavni-proracu0181> (stranica posjećena 23. studenoga 2017.). "Istaknuto je kako je ovo jasan i detaljan krovni zakon s kojim će se uskladiti posebni zakoni, a Vlada Republike Hrvatske će usvojiti Akcijski plan koji se odnosi na usklađenje posebnih zakona koji su, ovisno o pojedinom području, vezani za Zakon o koncesijama." Izvješće odbora za financije i državni proračun o Konačnom prijedlogu zakona o koncesijama, drugo čitanje, P.Z.E. br. 75, 13. lipnja 2017. <http://www.sabor.hr/izvjesce-odbora-za-financije-i-drzavni-proracu0197?dm=2> (stranica posjećena 24. studenog 2017.).

¹⁶ Jelčić, Olga, *Raspologanje koncesijom prema novom Zakonu o koncesijama*, www.pomorskodobro.com (članak iz rujna 2017.), (stranica posjećena 10. prosinca 2017.). *Raspologanja koncesionara koncesijom na pomorskom dobru*, www.pomorskodobro.com (članak iz listopada 2014.), (stranica posjećena 10. prosinca 2017.).

¹⁷ Vidjeti: Vlada Republike Hrvatske, Konačni prijedlog Zakona o koncesijama, Klasa: 022-03/16-01/56; Urbroj: 50301-25/20-17-12 od 25. svibnja 2017., str. 99.

sebnih propisa s općim.¹⁸ U Obrazloženju odredbi Konačnog prijedloga Zakona o koncesijama, uz čl. 8. obrazloženje uz navedeno pitanje u potpunosti je izostalo. Osim navedenoga i termin “koncesije u području turizma” prilično je širok pa omogućuje različita tumačenja vezano uz pitanje obuhvaća li on i turističke usluge koje se pružaju u lukama nautičkog turizma.¹⁹

Zakon o koncesijama iz 2017. godine na snazi je tek šest mjeseci te stoga još uvijek nema prakse vezano za odnos ovih dvaju zakona. Međutim, za očekivati je da će se u pogledu odnosa ZPDML-a i ZOK-a nastaviti s praksom utvrđenom tijekom primjene ZOK/2012 budući da su im odredbe koje uređuju odnos ZOK-a i posebnih zakona gotovo identične. Ta je praksa prednost davala ZPDML-u i njegovim podzakonskim aktima.^{20, 21}

U pravnoj se literaturi kritiziralo takvu praksu i isticalo kako se za određivanje odnosa ovih zakona treba pozvati ne na načelo *lex specialis derogat legi generali*, već na načelo *lex posterior derogat legi priori*.²² Problem antinomije između prijašnjeg specijalnog i kasnijeg općeg pravog propisa vrlo je složen problem jer

¹⁸ Upravni sud u Rijeci je prilikom odlučivanja o odnosu ZPDML-a i ZOK/2012 u postupku davanja koncesije na pomorskom dobru u presudi i rješenju br. 5 Usl-1972/14-4 od 13. studenoga 2015. ukazao na to kako neusklađenost ne postoji samo između ZPDML-a i Uredbe s jedne strane i ZOK/2012 s druge strane nego i unutar samog ZOK/2012, navodeći pritom odredbu čl. 1. st. 7. koja propisuje da se na pitanja koja nisu uređena ZOK-om primjenjuju posebni zakoni te propisi o javnoj nabavi i odredbu čl. 5. st. 4. “prema kojoj se posebna pitanja vezana za davanje koncesije na pomorskom dobru uređuju posebnim propisima”. Iako je Sud ovdje izostavio veznik “i” (posebna pitanja ...se uređuju i posebnim propisima), činjenica je da ove odredbe, a koje identične sadrži i ZOK/2017, nisu posve jasne.

¹⁹ Vidjeti, supra, bilješku 16.

²⁰ Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave odbacila je zbog nenadležnosti niz žalbi vezanih uz koncesije na pomorskom dobru, ukazujući na ZPDML kao poseban zakon, kako u slučajevima primjene ZOK/2008, tako i u onima kada se primjenjivao ZOK/2012. Budući da je odredba čl. 5. st. 1. t. 4. i st. 4. ZOK/2012 na koju se poziva DKOM u obrazloženju zaključka o odbacivanju žalbi identična odredbama čl. 8. st.1. t. 4. i st. 3. ZOK/2017 za očekivati je da se praksa DKOM-a neće mijenjati, odnosno da će i dalje primjenjivati odredbe ZPDML-a, kao *lex specialisa*. Primjerice vidjeti: Zaključak od 1. travnja 2014. Klasa: UP/II-034-02/14-02/6; Urbroj: 354-01/14-3. Za pregled svih odluka vidjeti: <http://www.dkom.hr/>

²¹ Upravni sud u Rijeci je prilikom odlučivanja o odnosu ZPDML-a i ZOK/2012 u postupku davanja koncesije na pomorskom dobru u presudi i rješenju br. 5 Usl-1972/14-4 od 13. studenoga 2015. naveo: “...uvažavajući pritom i opće načelo prava *lex specialis derogat legi generali* Sud zaključuje da se na predmetni postupak davanja koncesija na pomorskom dobru primarno primjenjuju odredbe ZPDML-a, kao specijalnog zakonskog propisa u pogledu koncesija na pomorskom dobru, a s njim i odredbe UPDKPD-a (Uredbe op. autora), a tek podredno odredbe Zakona o koncesijama, kao općeg zakonskog propisa koji uređuje područje koncesija.” Izvor: www.iusinfo.hr

²² Staničić, Frane; Bogović, Maja, *Koncesije na pomorskom dobru – odnos Zakona o koncesijama i Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama*, Pravni vjesnik, god. 33, br. 1., 2017., str. 76-77.

u tom slučaju ujedno dolazi i do antinomije dvaju kriterija za rješavanje proturječja između zakona - kriterija vremena i kriterija specijalnosti.^{23, 24} Kao moguće (ali ne isključivo) rješenje takvog sukoba kriterija može se koristiti pravilo izraženo u latinskoj maksimi - *lex posterior generalis non derogat priori specialis* iz koje bi slijedilo da odredbe općeg propisa ne mogu derogirati raniji specijalni propis. *Ratio* primjene kriterija specijalnosti u odnosu na kriterij vremena je u specijalnom, metajuridičkom pravilu pravičnosti, prema kojemu je specijalno pravilo "pravičnije" nego generalno.²⁵ Pitanje je, međutim, da li primjenom metajuridičkog kriterija pravičnosti na odnos ZPDML-a i ZOK/2017 doista postizemo pravičnost budući da je ZOK-om materija koncesioniranja vrlo detaljno (a time, čini se, i pravičnije) uređena, dok su odredbe o koncesijama na pomorskom dobru uređene s tek 20-tak članaka. Naime, svrha je pravila specijalnosti propisa upravo u tome da antinomiju pravnih pravila riješi na način da eliminiira od primjene ono pravilo koje doduše regulira dotični slučaj, ali je suviše općenito.²⁶ Imajući na umu sve navedene kriterije, ali i razloge njihova postojanja čini se da nema konačnog odgovora, odnosno ključa prema kojem bi se moglo odrediti koji propis treba primijeniti, već se svaku pojedinačnu odredbu ZPDML-a treba analizirati i vrednovati zasebno te procijeniti je li nužno i korisno određeni odnos regulirati posebno u kontekstu pomorskog dobra. Ovakvo rješenje, međutim, dovodi do još veće pravne nesigurnosti, pa niti ono nije dobro.

2.2. Utjecaj Direktive 2014/23/EU na izbor primjenjivog nacionalnog prava

Za prosuđivanje odnosa ZOK-a i ZPDML-a od iznimne je važnosti činjenica da je ZOK-om u hrvatski pravni sustav implementirana Direktiva 2014/23/EU.²⁷ Za shvaćanje važnosti ove činjenice potrebno je razumjeti učinke direktiva na nacionalno pravo. Naime, nacionalni je sud dužan interpretirati nacionalno pravo u skladu s direktivom, bez obzira je li određeno pravilo doneseno prije ili nakon direktive, te bez obzira je li doneseno specifično za provedbu direktive ili ne.²⁸ Ta obveza je to jača ako je postojeće nacionalno pravo već u skladu s direk-

²³ Perić, Berislav, *Država i pravni sustav*, Informator, Zagreb, 1994., str. 192-193.

²⁴ Problem sukoba kriterija postoji i kod odnosa ZOK-a i Uredbe, kao višeg, a općeg i nižeg, ali posebnog propisa, gdje se sukobljavaju kriterij hijerarhije (*lex superior derogat legi inferiori*) i kriterij specijalnosti. Jedan od kriterija za rješavanje ovog sukoba može biti kriterij zakonitosti, ali ne smije se izgubiti iz vida niti načelo pravičnosti.

²⁵ Perić, Berislav, *Država i pravni sustav*, o.c. u bilješci 25, str. 193.

²⁶ Ibid.

²⁷ SL L 114, 5.5.2015.

²⁸ Vidjeti predmet C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, ECLI:EU:C:1990:395.

tivom.²⁹ Nacionalni sud obvezan je prilikom primjene odredaba domaćeg prava donesenih radi prijenosa obveza utvrđenih direktivom, razmotriti čitav skup pravila nacionalnog prava i interpretirati ih što je moguće više u svjetlu teksta i svrhe direktive kako bi postigao rezultat u skladu s ciljem kojemu direktiva teži.³⁰

Dakle, implementacijom Direktive 2014/23/EU nastala je za sve one koji primjenjuju pravila vezana za koncesije u RH, obveza da se ne samo ZOK, nego cjelokupno hrvatsko pravo (time i ZPDML) tumači na način da se ostvari cilj i svrha Direktive (tzv. tumačenje sukladno pravu Unije). Obveza tumačenja prava sukladno pravu EU proizlazi iz čl. 143. Ustava Republike Hrvatske, kao i iz ustaljene prakse Europskog suda. Pravna osnova za dužnost sukladnog tumačenja proizlazi iz prakse Europskog suda koja osnov za takvo tumačenje nalazi u samoj definiciji direktive (čl. 288/3 Ugovora o funkcioniranju Europske unije³¹) i načelu lojalnosti i iskrene suradnje (čl. 4/3 Ugovora o Europskoj uniji³²). Tumačenjem propisa kojim se ne bi uzimalo u obzir europsko pravo činila bi se povreda prava EU, ali i međunarodnih ugovora (UFEU i UEU).

ZOK-om je, doduše, polje primjene prošireno i to u dva smjera; ZOK se primjenjuje na sve koncesije kao krovni zakon, neovisno o procijenjenoj vrijednosti koncesije i uvodi novu vrstu koncesije koju Direktiva ne predviđa³³ - "koncesiju za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra".³⁴ Ovo potonje proširenje, me-

²⁹ Predmet C-333/92, Teodoro Wagner Miret v Fondo de Garantía Salarial, ECLI:EU:C:1993:945.

³⁰ Predmet C-397/01 Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) and Matthias Döbele (C-403/01) v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, ECLI:EU:C:2004:584.

³¹ SL C 202/47, (pročišćeni tekst), 7.6.2016. (u daljnjem tekstu: UFEU).

³² SL C 202/13, (pročišćeni tekst), 7.6.2016. (u daljnjem tekstu: UEU).

³³ Direktiva 2014/23/EU predviđa dvije vrste koncesija, koncesije za radove (*works concession*) i koncesije za usluge (*services concession*). Koncesija za radove podrazumijeva ugovor kojim se ostvaruje novčani interes, a sklapa se u pisanom obliku posredstvom kojeg jedan javni naručitelj ili više njih povjeravaju izvođenje radova jednom gospodarskom subjektu ili više njih čija se naknada sastoji isključivo od prava na iskorištavanje radova koji su predmet ugovora ili od tog prava i plaćanja, dok koncesija za usluge podrazumijeva ugovor kojim se ostvaruje novčani interes, a sklapa se u pisanom obliku posredstvom kojeg jedan javni naručitelj ili više njih povjeravaju pružanje usluga ili upravljanje uslugama koje nisu izvođenje radova jednom gospodarskom subjektu ili više njih čija se naknada sastoji isključivo od prava na iskorištavanje usluga koje su predmet ugovora ili od tog prava i plaćanja.

³⁴ Koncesije za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra definirane su odredbom čl. 3. st. 3. ZOK-a kao upravni ugovor, u pisanom obliku, čiji je predmet gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra za koje je zakonom određeno da je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, a koje ne predstavlja izvođenje radova, odnosno pružanje i upravljanje uslugama. Neki autori smatraju da se time nije proširilo polje primjene predviđeno Direktivom: "Stoga se na prvi pogled može činiti da je hrvatski zakonodavac koncesije definirao šire negoli je to dopušteno pravom Unije. No to ipak nije slučaj s obzirom na to da gospodarsko korištenje općeg ili drugog

đutim, za pitanje koncesija za luke nautičkog turizma nije od važnosti jer će se u tim slučajevima raditi o mješovitoj koncesiji koja uvijek obuhvaća pored gospodarskog korištenja pomorskog dobra (kako je definirano ZOK-om) i radove (odnosno građenje ili rekonstrukciju luke) i/ili pružanje usluga u luci nautičkog turizma.³⁵ Pod uvjetom da takva koncesija prelazi vrijednosni prag iz Direktive postojala bi obveza primjene prava sukladno pravu EU.

Direktivom je propisano da se njezine odredbe primjenjuju na koncesije čija je vrijednost jednaka ili veća od 5.225.000 EUR-a³⁶ budući da ima za cilj stvarno otvaranje tržišta u slučajevima postojanja jasnog prekograničnog interesa, u kojem slučaju bi se Direktivom trebao osigurati učinkovit i nediskriminirajući pristup tržištu svim gospodarskim subjektima Unije, ali i najučinkovitije korištenje javnih sredstava.³⁷ U slučaju dodjele koncesije koja prelazi navedeni prag, bilo bi nesporno da se radi o koncesiji s prekograničnim interesom koja bi se trebala dodijeliti u skladu s ciljem i svrhom Direktive. Međutim, u slučaju dodjele koncesije vrijednosti ispod navedenog praga ne postoji obveza tumačenja prava sukladno pravilima Europske unije. U pravnoj se literaturi ističe kako je takvo tumačenje, međutim, poželjno radi ujednačene primjene zakonskih odredbi i koherentnosti pravnog sustava.³⁸

dobra podrazumijeva izvođenje radova ili pružanje usluga na tom dobru, npr. izgradnju lučkih objekata ili instalacija te pružanje lučkih usluga, pa se razlika koja se javlja u klasifikaciji koncesija u hrvatskom i europskom pravu odnosi na metodu klasifikacije, a ne na njihovu pravnu prirodu.” Đerđa, Dario, *Opće pravno uređenje koncesija u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska pravna revija, 15 (2015), 6, str. 39. Međutim, činjenica je da su moguće i koncesije za gospodarsko korištenje pomorskog dobra koje ne obuhvaćaju radove i usluge, već samo golo iskorištavanje prirodnog resursa (vađenje šljunka, marikultura, solane itd.). Sukladno čl. 6. st. 5. ZPDML-a gospodarsko korištenje pomorskog dobra je korištenje pomorskog dobra za obavljanje gospodarskih djelatnosti, sa ili bez korištenja postojećih građevina i drugih objekata na pomorskom dobru, te sa ili bez gradnje novih građevina i drugih objekata na pomorskom dobru. O različitom značenju sintagme “koncesija za gospodarsko korištenje pomorskog dobra” vidjeti: Tuhtan Grgić, Iva, *O usklađivanju Zakona o pomorskom dobru sa Zakonom o koncesijama*, <http://www.pomorskodobro.com/>.

³⁵ Vidjeti primjerice, Odluku o koncesiji na pomorskom dobru u svrhu izgradnje i gospodarskog korištenja luke posebne namjene-luke nautičkog turizma u uvali Luke, na dijelu k.o. Tisno, Narodne novine 28/2014 i Odluku o koncesiji na pomorskom dobru u svrhu gospodarskog korištenja luke posebne namjene-luke nautičkog turizma Harmina i njene izmjene, Narodne novine 18/99, 129/02, 68/03 i 64/2016.

³⁶ Čl. 1. Delegirane Uredbe Komisije (EU) 2015/2172 od 24. studenoga 2015. o izmjeni Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća u vezi s pragovima primjene za postupke dodjele ugovora, SL L 307/9, 25.11.2015.

³⁷ Vidjeti recitale 1. i 3. Direktive.

³⁸ O dobrovoljnom proširenju ili “spontanoj” harmonizaciji prilikom implementacije direktiva u nacionalno pravo vidjeti: *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, ed. Hartkamp, Arthur, Sieburgh, Carla, Devroe, Wouter, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017., str. 20–21.

Vezano uz mogućnost primjene Direktive 2014/23/EU treba razmotriti još jedno pitanje. Recitalom 15. Direktive 2014/23/EU izričito su isključeni iz njenog polja primjene sporazumi kojima se pojedinom gospodarskom subjektu daje pravo iskorištavanja određenih javnih dobara ili resursa, u okviru privatnog ili javnog prava, kao što su zemljište ili državna imovina posebno u pomorskom, kopnenom, lučkom sektoru ili sektoru zračnih luka pri čemu država ili javni naručitelj ili naručitelj postavlja samo opće uvjete za njihovo korištenje bez nabave posebnih radova ili usluga.³⁹

Iako iz prijevoda Direktive proizlazi kako su iz njenog polja primjene isključena samo javna dobra, koja se u hrvatskom pravu razlikuju od općih dobara po tome što opća dobra, za razliku od javnih dobara, ne mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava, nego su na uporabi svih, u nastavku recitala 15. Direktive izričito se navode isključenima iz njenog polja primjene "...zemljište ili državna imovina posebno u pomorskom, kopnenom, lučkom sektoru...". Kako se u hrvatskom pravnom sustavu, za razliku od pravnih sustava nekih drugih država članica, luke smatraju pomorskim dobrom, tj. općim dobrom to bi značilo da se recital 15. Direktive 2014/23/EU u Republici Hrvatskoj odnosi i na određene dijelove općeg dobra, konkretno zemljišta i druge nekretnine u lučkom sektoru.⁴⁰

U pravnoj se znanosti opravdano postavilo pitanje zbog čega su sporazumi kojima se pojedinom gospodarskom subjektu daje pravo iskorištavanja određenih javnih ili drugih dobara izričito isključeni iz područja primjene Direktive 2014/23/EU samo njenim recitalom, a kao argument za takvo isključenje se navodi kako se u tom slučaju ne pribavljaju radovi ili usluge za javnog naručitelja ili naručitelja, što je bitni sastojak ugovora o koncesiji.^{41, 42} Dakle, svako korištenje

³⁹ "Obično je to slučaj za ugovore o zakupu javnog dobra ili zemljišta koji općenito sadrže uvjete o ulasku u posjed od strane zakupoprimca, namjeni koju će imovina imati, obvezama zakupodavca i zakupoprimca vezanim uz održavanje imovine, trajanje zakupa i prepuštanje posjeda zakupodavcu, zakupnini i nepredviđenim troškovima koje zakupoprimac treba platiti." Vidjeti recital 15. Direktive 2014/23/EU. Iako se u prijevodu ovog recitala Direktive neujednačeno koriste termini najam i zakup, smatramo kako je ispravan prijevod pojma *lease* korištenog u Direktivi zakup jer je riječ o korištenju javnog odnosno općeg dobra koje uključuje ustupanje prava na puno uživanje (uključujući crpljenje plodova).

⁴⁰ O pravnom režimu pomorskog dobra (a time i luka) vidjeti u Uvodnim napomenama.

⁴¹ Usai smatra kako nije slučajno da je isključenje predviđeno recitalom Direktive 2014/23 koji ima slabiju pravnu snagu nego njene odredbe, što ostavlja mogućnost za različita tumačenja. Usai, Andrea, *Caught between the Public Procurement Principles and "Public Procurement Function" of Directive 2006/123/EC*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 4(2014), str. 234.

⁴² Tako Usai navodi primjere koncesija za plaže i skijališta kod kojih javna tijela u pravilu pribavljaju radove koji se odnose na uređenje i stavljanje u funkciju plaže ili skijališta. Također, ta tijela pribavljaju i usluge koje podrazumijevaju obvezu koncesionara na redovito pružanje usluge u određenom vremenskom trajanju svakog dana te na održavanje plaža ili skijališta.

javnog ili općeg dobra, a koje bi uključivalo i pribavljanje radova ili usluga (a to je slučaj svake koncesije za luku nautičkog turizma) ne bi bilo automatski isključeno iz polja primjene Direktive 2014/23/EU.

Koncesije za gospodarsko korištenje luke nautičkog turizma uvijek obuhvaćaju i pribavljanje usluga i/ili radova za javnog naručitelja ili naručitelja. Kada se koncesija dodjeljuje za izgradnju nove ili rekonstrukciju već postojeće luke nautičkog turizma, javni naručitelj ili naručitelj u tom slučaju nedvojbeno pribavlja određene radove koji obuhvaćaju uređenje tog dijela obale i izgradnju luke nautičkog turizma, koji će mu nakon prestanka koncesije pripasti. Pored toga, u nekim lukama nautičkog turizma koncesionar je dužan osigurati i određeni broj vezova i za domicilno stanovništvo,⁴³ što, bez dvojbe, podrazumijeva pribavljanje usluga za potrebe javnog naručitelja ili naručitelja. Konačno, koncesionar će, neovisno o tome da li luku gradi radi kasnijeg gospodarskog korištenja ili ju je već izgrađenu dobio na gospodarsko korištenje, pored pružanja turističkih usluga u nautičkom turizmu,⁴⁴ biti dužan obavljati ne samo neke lučke djelatnosti, već se na njega prenijeti i određene javne obveze i ovlasti vezano uz sigurnost plovidbe, zaštita okoliša i sigurnosna zaštita i održavanje reda u luci.⁴⁵

Pored tih usluga, koncesionari plaže ili skijališta mogu pružati turističke i ugostiteljske usluge komercijalnog karaktera. Kada je riječ o plažama i skijalištima, javno ili opće dobro (ovisno o propisima kojima su ta dobra regulirana u pojedinoj državi) gospodarski subjekti koriste za izvođenje određenih radova potrebnih za uređenje i stavljanje u funkciju plaže ili skijališta, pružanje usluga njihovog održavanja i dostupnosti građanima, koje su po svojoj prirodi javne usluge te za pružanje usluga turističko-rekreativnog karaktera, zbog čega argument kako se ne radi o pribavljanju posebnih radova ili usluga za javnog naručitelja ili naručitelja u ovom slučaju ne stoji. *Ibid.*, str. 233.

⁴³ Primjerice, to je koncesionarova obveza u ACI marini u Vodicama, što smo utvrdili tijekom našeg terenskog istraživanja u okviru projekta DELICROMAR, vidjeti bilješku 1.

⁴⁴ Definiciju luke nautičkog turizma sadrže dva podzakonska akta, Uredba o razvrstaju luka otvorenih za javni promet (NN, 110/2004, 82/2007) i Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma (NN, br. 72/2008). Prema Uredbi o razvrstaju luka nautičkog turizma je luka koja služi za prihvat i smještaj plovila, te je opremljena za pružanje usluga korisnicima i plovilima. U poslovnom, građevinskom i funkcionalnom pogledu čini jedinstvenu cjelinu. Vrste luka nautičkog turizma prema vrsti objekata i usluga određene su posebnim propisima kojima se uređuje kategorizacija luka nautičkog turizma (čl. 10. st. 1. t. 2.) Posebni propis kojim se utvrđuje kategorizacija luka je upravo Pravilnik o razvrstaju, u kojem je luka nautičkog turizma definirana kao poslovno funkcionalna cjelina u kojoj fizička ili pravna osoba pruža turističke usluge u nautičkom turizmu te druge usluge u funkciji turističke potrošnje (trgovačke, ugostiteljske i dr.). Ovaj je Pravilnik donesen na temelju Zakona o pružanju usluga u turizmu (NN 68/2007, 88/2010, 30/2014, 89/2014, 152/2014) pa je i njegova definicija usmjerena upravo na uslužne djelatnosti u turizmu.

⁴⁵ O javnopravnim obvezama koje se mogu podijeliti u tri grupe: sigurnost plovidbe, zaštita okoliša i sigurnosna zaštita i održavanje reda u luci koje preuzima osoba koja upravlja lukom općenito i koncesionar luke nautičkog turizma vidjeti: Padovan, Adriana, V., *Javne ovlasti tijela koja upravljaju lukama*, izlaganje na Okruglom stolu Koncesije za luke od lokalnog značaja i

2.3. Utjecaj Direktive 2006/123/EZ na izbor primjenjivog nacionalnog prava

U lukama nautičkog turizma se nautičarima i njihovim plovilima pružaju razne usluge,⁴⁶ pa se na luke nautičkog turizma primjenjuje i Zakon o pružanju usluga u turizmu i podzakonski akti doneseni na temelju tog zakona⁴⁷ i Zakon o uslugama.⁴⁸ Ovi su pak zakoni usklađeni s Direktivom 2006/123/EZ, pa se i ovdje nameće potreba ispitati da li ova Direktiva pokriva i koncesije za luke nautičkog turizma, te, ukoliko da, ispitati jesu li odredbe ZPDML-a u skladu sa svrhom i ciljem Direktive.

Direktiva 2006/123/EZ (tzv. Bolkesteinova Direktiva)⁴⁹ donesena je s primarnim ciljem liberalizacije tržišta usluga u EU, tj. stvaranja unutarnjeg europskog tržišta usluga. Direktivom 2006/123/EU nije propisano kakva se vrsta postu-

objekte obalne infrastrukture i vlasništvo u zoni morskog dobra, Tivat, 2017. Objavljen na: www.delicromar.hr (stranica posjećena 30.11.2017.). Ćorić, Dorotea, *Zaštita morskog okoliša u marinama - Hrvatski pravni okvir*, Međunarodna konferencija pomorskog prava, Zbornik radova, Split, Hrvatska 29.-30. rujna 2016., str. 135-151., Ćorić, Dorotea; Padovan, Adriana Vincenca; Čičovački, Lukša, *Prevention of Pollution by Yachts' Sewage in the Ports of Nautical Tourism - the Legal Framework*, u: P. Vidan; N. Račić et al. (eds.), *IMSC 2017 Book of Proceedings*, Faculty of Maritime Studies, Split, 2017, str. 381-394. Petrinović, R.; Mandić, N. *Safety of navigation standards in the ports of nautical tourism with a special focus on the maintenance of the port order*. Izlaganje na međunarodnoj znanstveno-stručnoj konferenciji 2nd Adriatic Maritime Law Conference, Opatija, 25.-27.5.2017.- Objavljeno na <http://delicromar.hazu.hr/files/file/pdf/CONFERENCE-MATERIALS/AMLC-II---presentation-RP,-NM,-MP.pdf> (stranica posjećena 30.11.2017.).

⁴⁶ Usluge u nautičkom turizmu su: iznajmljivanje veza u lukama nautičkog turizma za smještaj plovnih objekata i turista-nautičara koji borave na njima, usluge upravljanja plovnim objektom turista nautičara, prihvat, čuvanje i održavanje plovnih objekata na vezu u moru i suhom vezu, opskrbe nautičara (vodom, gorivom, itd.), davanje različitih informacija nautičarima (vremenska prognoza, nautički vodič i sl.), druge usluge za potrebe nautičkog turizma. Vidjeti Zakon o pružanju usluga u turizmu, članak 45.

⁴⁷ Definiciju luke nautičkog turizma sadrže dva podzakonska akta, Uredba o razvrstaju luka otvorenih za javni promet (NN, 110/2004, 82/2007) i Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma (NN, br. 72/2008). Prema Uredbi o razvrstaju luka otvorenih za javni promet luka nautičkog turizma je luka koja služi za prihvat i smještaj plovila, te je opremljena za pružanje usluga korisnicima i plovilima. U poslovnom, građevinskom i funkcionalnom pogledu čini jedinstvenu cjelinu. Vrste luka nautičkog turizma prema vrsti objekata i usluga određene su posebnim propisima kojima se uređuje kategorizacija luka nautičkog turizma (čl. 10. st. 1. t. 2.). Posebni propis kojim se utvrđuje kategorizacija luka je upravo Pravilnik o razvrstaju, u kojem je luka nautičkog turizma definirana kao poslovno funkcionalna cjelina u kojoj fizička ili pravna osoba pruža turističke usluge u nautičkom turizmu te druge usluge u funkciji turističke potrošnje (trgovačke, ugostiteljske i dr.). Ovaj je Pravilnik donesen na temelju Zakona o pružanju usluga u turizmu pa je i njegova definicija usmjerena upravo na uslužne djelatnosti u turizmu.

⁴⁸ NN, 80/2011.

⁴⁹ Direktiva 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, SL L 376, 27.12.2006., str. 36. Direktiva je dobila naziv po Fritsu Bolkesteinu tadašnjem povjereniku u upravi za Unutarnje tržište Europske komisije u okviru koje je izrađen nacrt te Direktive. Vidjeti, Chang, Dominik; Hanf, Michele; Pelkmans, Jacques, *The Services Directive: Trojan Horse or White Knight?*, *European Integration*, Vol. 32, 1 (2010), str. 98.

paka odabira zahtijeva kako bi se osiguralo poštovanje načela koja su njome proklamirana⁵⁰ te koliko dugo koncesije dodijeljene prema tom postupku mogu trajati, već je uređenje ovih pitanja prepušteno državama članicama. Direktiva sadržava općenitu odredbu kojom je propisano kako su države članice dužne primijeniti takav postupak odabira potencijalnih kandidata koji u potpunosti jamči nepristranost i transparentnost, što posebno uključuje prikladnu obavijest o pokretanju, provođenju i dovršenju postupka (čl. 12. st 1.). U svezi s pitanjem trajanja koncesije ili odobrenja ono ne bi trebalo biti dulje od razdoblja koje je nužno da koncesionar nadoknadi uložena sredstva za pružanje usluga te ostvari povrat uloženog kapitala,⁵¹ jer bi u protivnom došlo do neopravdanog zatvaranja pristupa tržištu čime se ugrožava slobodno kretanje usluga u Uniji. Kao argument za primjenu pravila sadržanih u Direktivi 2006/123/EZ, kako su implementirana u nacionalno pravo, navodi se i kako su iz polja primjene Direktive 2014/23/EU isključeni sporazumi kojima se pojedinom gospodarskom subjektu daje pravo iskorištavanja javnih ili drugih dobara ili resursa, ako pritom ne dolazi i do pribavljanja usluga za potrebe javnog naručitelja ili naručitelja, a opće ili drugo dobro se iskorištava na način da se pružaju i određene usluge gospodarske prirode (primjerice, turističko-rekreativne i ugostiteljske usluge na plažama ili skijalištima te turističko-rekreativne i lučke usluge u lukama nautičkog turizma). U pravilu, riječ je o uslugama koje se gospodarskim subjektima dodjeljuju na temelju koncesije ili odobrenja. Na navedena su se područja dugo vremena primjenjivala isključivo opća pravna načela koja proizlaze iz UFEU, poput načela transparentnosti,⁵² jednakosti postupanja,⁵³ slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije na temelju nacionalnosti te sudska praksa Suda EU.

Odredbama čl. 12. i 13. Direktive 2006/123/EZ regulirano je pružanje usluga kod kojih je broj raspoloživih ovlaštenja za obavljanje određene djelatnosti ogra-

⁵⁰ Načela slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, te načela transparentnosti, jednakosti postupanja, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije na temelju nacionalnosti.

⁵¹ Vidjeti odluku u predmetu C- 64/08, *Ernst Engelmann*, EU:C:2010:506, t. 46-48.

⁵² U predmetu *Telaustria*, Sud je naveo kako tijela koja dodjeljuju koncesije moraju postupati u skladu s načelima transparentnosti i jednakosti postupanja iz čega proizlazi obveza osiguravanja publiciteta postupka dodjele koncesije. Predmet C-324/98, *Teleaustria vand Telefonadress v Telekom Austria*, [2000] ECR I-10754. U predmetu *Commission v Ireland* navedeno je kako načelo transparentnosti ima "pomoćnu" ulogu u odnosu na načela jednakosti postupanja i nediskriminacije na temelju nacionalnosti. Ipak, ono se ne može smatrati podređenom tim načelima. Naprotiv, poštivanje načela transparentnosti preduvjet je za usklađenost s druga dva načela. Predmet C-226/09 *Commission v Ireland*, (2010) ECR I-11807, par. 36.

⁵³ Načelo jednakosti postupanja zahtijeva da pravila budu unaprijed poznata te da se primjenjuju na svakoga na jednak način što je jedini put ka izbjegavanju arbitrarnosti i diskriminacije prilikom odlučivanja.

ničen zbog oskudice prirodnih izvora ili tehničkih mogućnosti. U pravnoj je teoriji isticano kako upravo čl. 12. i 13. Direktive 2006/123/EZ vrše funkciju pravila o provođenju javne nabave za te vrste usluga.⁵⁴

Upravo su navedene odredbe potencijalno zanimljive radi njihove (ne)primjene na koncesije na pomorskom dobru i valorizacije ulaganja učinjenih u lukama nautičkog turizma u Republici Hrvatskoj. Kada je riječ o pružanju usluga na općem ili drugom dobru osobito spornim u praksi se pokazalo pitanje ograničenja ovlaštenja za obavljanje određene djelatnosti, odnosno pružanje određene usluge zbog oskudice prirodnih izvora (*scarcity of available natural resources*) predviđeno čl. 12/1 Direktive 2006/123/EZ zbog toga što ovlaštenje za pružanje usluga čije je pružanje povezano uz tzv. oskudne prirodne izvore, sukladno Direktivi 2006/123/EZ mora imati odgovarajuće vremensko ograničenje i ne smije biti predmet automatskog produljenja. Pored toga, pružatelju usluge kojem je upravo isteklo ovlaštenje ili bilo kojoj drugoj osobi koja je posebno povezana s tim pružateljem ne smije se davati nikakvu prednost kada je riječ o produljenju ili ponovnoj dodjeli ovlaštenja.⁵⁵ Sud Europske unije, odlučujući o prethodnom pitanju na zahtjev Regionalnog upravnog suda za Lombardiju u Italiji koje se odnosi na mogućnost automatskog produljenja ovlaštenja koje još nisu istekla na pomorskom dobru i javnom dobru jezera koja su namijenjena obavljanju turističko-rekreativne djelatnosti,⁵⁶ primijenio je uže tumačenje koncepta oskudnih prirodnih izvora navodeći kako se ovlaštenja o kojima je riječ u ovom slučaju dodjeljuju na općinskoj razini i da im je broj ograničen. Sud je zauzeo stav kako su područja općeg ili javnog dobra uz obalu jezera ili mora koja se u određenoj općini mogu staviti na raspolaganje za gospodarsko iskorištavanje nedvojbeno ograničena pa ih se može smatrati "oskudnim prirodnim izvorima" u smislu članka 12. Direktive 2006/123/EZ. U tom smislu, nije prihvaćen argument, koji su isticali tužitelji u glavnim postupcima i talijanska vlada, prema kojem se talijanska morska obala u cijelosti ne može smatrati "oskudnim izvorima"⁵⁷ zbog toga što Sud smatra da kada se radi o ovlaštenjima koja se dodjeljuju na općinskoj

⁵⁴ Vidjeti Usai, Andrea, *Caught between the Public Procurement Principles and "Public Procurement Function" of Directive 2006/123/EC*, o.c. u bilješci 43, str. 233

⁵⁵ Vidjeti čl. 12/2 Direktive 2006/123/EZ.

⁵⁶ Spojeni predmeti C-458/14 i C-67/15, C-458/14 i C-67/15, C-458/14 Promoimpresa srl protiv Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro i C-67/15 Mario Melis, Tavolara Beach Sas, Dionigi Piredda, Claudio Del Giudice protiv Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio, ECLI:EU:C:2016:558.

⁵⁷ Nezavisni odvjetnik Maciej Szapunar u svom je mišljenju istaknuo kako taj argument "usmjera raspravu u pogrešnom smjeru." Vidjeti Mišljenje nezavisnog odvjetnika Macieja Szapunara od 25. veljače 2016. godine, ECLI:EU:C:2016:122, toč. 74.

razini, treba uzeti u obzir konkretna područja općeg ili javnog dobra. Iz toga proizlazi kako je riječ o ograničenom broju ovlaštenja koji moguće kandidate u postupku odabira iz članka 12. stavka 1. Direktive 2006/123/EZ stavlja u odnos tržišnog natjecanja, zbog čega ovlaštenja moraju biti dodijeljena u postupku odabira koji u potpunosti jamči njegovu transparentnost i nepristranost.

Sud Europske unije, u svojoj je odluci zauzeo stajalište vezano uz pitanje razgraničenja područja primjene pravilâ o koncesijama za usluge od područja primjene pravilâ o ovlašćivanju za obavljanje djelatnosti pružanja usluga te je dao tumačenje članka 12. Direktive 2006/123/EZ koji se tiče sustava dodjele ovlaštenja kojima je broj ograničen zbog oskudice prirodnih izvora, a osvrnuo se i na pitanje legitimnih očekivanja stranaka vezano uz trajanje koncesija i ovlaštenja i mogućnost njihova produljenja.

Tako je u svom je mišljenju, koje je prihvatio i Sud, nezavisni odvjetnik istaknuo kako to što se ugovori o kojima je riječ u glavnim postupcima nazivaju koncesijama ne utječe na njihovu autonomnu pravnu ocjenu u skladu s pravom Unije.⁵⁸ Koncesije za usluge karakteristične su po tome što javno tijelo obavljanje neke usluge, u pravilu one koju bi trebalo sâmo pružati, povjerava koncesionaru, obvezujući ga na pružanje određene usluge.⁵⁹ Da bi se neki akt mogao smatrati koncesijom za usluge, potrebno je utvrditi da pružanje usluga podliježe posebnim zahtjevima koje određuje javno tijelo i da gospodarski subjekt ne može samostalno odustati od pružanja tih usluga.⁶⁰ To proizlazi i iz recitala 14. Direktive 2014/23/E prema kojoj se određeni akti kao što su ovlaštenja ili licence, ako je gospodarski subjekt slobodan odustati od pružanja radova ili usluga, ne bi trebali nazivati koncesijama. Za razliku od tih akata, ugovori o koncesijama predviđaju uzajamno obvezujuće dužnosti, pri čemu izvršenje radova ili usluga podliježe posebnim zahtjevima koje definira javni naručitelj.

Ova Presuda izazvala je snažnu reakciju talijanskog Udruženja luka nautičkog turizma (Assomarinas, u daljnjem tekstu: Udruženje) koje se protivi primjeni Bolkestein Direktive na koncesije na pomorskom dobru u Italiji te se zalaže za mogućnost automatskog produljenja koncesija na pomorskom dobru, posebice onih koje su dodijeljene prije donošenja Uredbe sa zakonskom snagom broj 194/2009 kojim je izmijenjen članak 37. stavak 2. talijanskog Pomorskog zakonika kojim je bilo predviđeno pravo prvenstva u korist postojećih koncesionara u

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Vidjeti predmet C-221/12 Belgacom NV protiv Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) i dr., EU:C:2013:736, par. 33.

⁶⁰ Ibid., par. 26. do 28.

slučaju njezina produljenja, kako bi se zaštitila njihova legitimna očekivanja.⁶¹ Udruženje se poziva na točku 41. Presude u kojoj se navodi da "ovlaštenja", u smislu odredbi Direktive 2006/12/EZ, predstavljaju formalne akte neovisno o njihovoj kvalifikaciji u nacionalnom pravu, koje pružatelji moraju ishoditi od nacionalnih tijela kako bi mogli obavljati gospodarsku djelatnost te ističe kako je u slučaju luka nautičkog turizma, prema važećem talijanskom zakonodavstvu, temeljni cilj administrativne intervencije kojom se angažira privatni sektor izgradnja i upravljanje lukom nautičkog turizma, a ne samo pružanje usluge, koje bez izgradnje potrebnih objekata ne bi bilo moguće. U smislu prava Unije, takvi bi ugovori potpadali pod definiciju koncesija u smislu Direktive 2014/23/EU, a ne pod definiciju ovlaštenja predviđenu Bolkestein Direktivom. Kao dodatan argument za neprimjenu Bolkestein Direktive na koncesije za luke nautičkog turizma ističe se i to kako dostupne površine pomorskog dobra u Italiji na kojima je moguće izgraditi luke nautičkog turizma se ne mogu smatrati "oskudnim prirodnim izvorima" u smislu čl. 12. te Direktive. U svom dopisu Udruženje se pozvalo i na načelo zaštite legitimnih očekivanja postojećih koncesionara luka nautičkog turizma navodeći da Sud u svojoj odluci nije u potpunosti isključio primjenu tog načela, odnosno ostavio je mogućnost za njegovu primjenu čiju opravdanost treba procjenjivati u svakom pojedinom slučaju. Kriteriji za njegovu primjenu su da je koncesionar mogao legitimno očekivati da će mu koncesija biti produljena i da je izvršio odgovarajuća ulaganja. Udruženje smatra kako su kod koncesija za luke nautičkog turizma ti kriteriji ispunjeni, posebice kod onih koncesija koje su dodijeljene prije donošenja Uredbe sa zakonskom snagom broj 194/2009 kojom je izmijenjen članak 37. stavak 2. talijanskog Pomorskog zakonika kojim je bilo predviđeno pravo prvenstva u korist postojećih koncesionara u slučaju njezina produljenja (tj. mogućnost automatskog produljenja koncesije). Pored toga, čl. 10. st. 2. važeće talijanske Uredbe broj 509/1997⁶² predviđena je mogućnost produljenja koncesije za luke nautičkog turizma u slučaju novih ulaganja koja su bila potrebna kako bi luka mogla biti u funkciji. Slijedom navedenog, smatramo kako temeljem talijanskog prava, a u skladu s pravom EU, primjenom načela zaštite legitimnih očekivanja, postoji mogućnost da zakonita ulaganja koncesionara u lukama nautičkog turizma budu valorizirana na način da mu se produlji razdoblje trajanja koncesije, ali ne zbog primjene Direktive 2006/123/EZ nego kao

⁶¹ Svoje nezadovoljstvo to je društvo izrazilo u dopisu kojim se obratilo talijanskom Parlamentu dana 9. svibnja 2017. Podatak dostupan temeljen terenskog istraživanja suradnika na projektu DELICROMAR.

⁶² Prije donošenja te Uredbe postupak dodjele koncesije za luke nautičkog turizma provodila je obalna straža, a bilo je potrebno pribaviti čak 45 prethodnih suglasnosti različitih državnih tijela. Od 1997. taj je postupak znatno pojednostavljen i u nadležnosti je tijela lokalne samouprave (gradonačelnika).

prijelazna mjera u sklopu prelaska sa sustava automatskog produljenja koncesija na sustav dodjeljivanja s postupkom nadmetanja sukladno Direktivi 2014/23/EU koja je opravdana nužnošću da se koncesionarima omogući povrat ulaganja u skladu s načelom zaštite legitimnih očekivanja.

U svezi s pitanjem primjenjivosti čl. 12. i 13. Bolkestein Direktive na ovlaštenja i koncesije za pružanje usluga u lukama nautičkog turizma treba naglasiti kako su člankom 2/2/d, kojim je određeno područja primjene te Direktive, usluge na području prijevoza, uključujući lučke usluge, koje ulaze u područje primjene glave V. UFEU, izrijeком isključene iz njenog područja primjene.⁶³

Za procjenu primjenjivosti Bolkestein Direktive na luke nautičkog turizma iznimno je važno uzeti u obzir da se u lukama nautičkog turizma pored turističko-rekreativnih usluga pružaju i lučke usluge koje mogu uključivati brigu o sigurnosti uplovljavanja/isplovljavanja, privezivanja, sidrenja i boravka plovnih objekata u luci, odnosno pored usluga obuhvaćaju i niz javnopravnih obveza i ovlaštenja.⁶⁴ U tom smislu, za razliku od usluga koje se pružaju, primjerice na plažama ili skijalištima, usluge u lukama nautičkog turizma mnogo su kompleksnije i raznovrsnije te uvijek uključuju i usluge lučke i nautičke prirode što je uvjetovano karakterom općeg dobra na kojem se te usluge pružaju.

Treba nadodati i to da se u Republici Hrvatskoj koncesije za luke nautičkog turizma dodjeljuju na razini županija, ako se radi o luci županijskog značaja, a ukoliko se radi o luci od značaja za Republiku Hrvatsku na razini čitave države, pa se ne bi moglo govoriti o oskudnim prirodnim izvorima.^{65, 66}

⁶³ Pružanje lučkih usluga u Uniji liberalizirano je Uredbom 2017/352 o uspostavi okvira za pružanje lučkih usluga i zajedničkih pravila o financijskoj transparentnosti luka, OJ L 57, 3.3.2017, p. 1–18. Donošenje te Uredbe, jednako kao i kod Bolkestein Direktive bilo je popraćeno sindikalnim prosvjedima koji su utjecali na sadržaje tih propisa. Dotterud Leiren; Merethe, Parks, Louisa, *When trade unions succeeded: Cases of blocked liberalisation in the common market*, European Journal of Political Research, Vol. 53, 1 (2014), str. 470.

⁶⁴ Vidjeti supra, bilješka 47.

⁶⁵ Vidjeti: Studija razvoja nautičkog turizma Republike Hrvatske izradio Hrvatski hidrografski institut za Ministarstvo mora, turizma, prometa i razvitka, studeni 2006. str. 100-109.

⁶⁶ Primjer države kod koje su površine javnog dobra na kojima je moguće dodijeliti koncesiju za luku nautičkog turizma ograničene zasigurno je Malta. U toj državi pomorsko dobro smatra se javnim dobrom i u vlasništvu je države, ali *ex commercium*. Njime upravlja malteška Uprava za promet (*Authority for transport in Malta*) čije su nadležnosti propisane posebnim zakonom (*Authority for transport in Malta act*) iz 2009. godine. Koncesije, uključujući i one na javnom dobru regulirane su Pravilima o ugovorima o koncesijama iz 2016. godine (*Concession Contracts Regulations*) koja su usklađena s europskom pravilima o dodjeli koncesija, odnosno Direktivom 2014/23/EU, a ne Direktivom 2006/123/EZ. Uprava za promet također je nadležna za provođenje postupka dodjele koncesija na pomorskom dobru koji uključuje i objavu obavijesti o dodjeli koncesije na razini EU, odnosno u Službenom listu EU.

2.4. Zaključno o primjenjivom pravu

Pitanje odnosa ZPDML-a i Uredbe o postupku davanja koncesije s jedne strane i ZOK-a s druge strane, te pitanje utjecaja Direktiva 2006/123/EZ i 2014/23/EU na tumačenje zakonskih odredbi koje se primjenjuju u konkretnom slučaju vrlo je kompleksno, ali ujedno i od iznimne je važnosti za svaku temu vezanu uz koncesije na pomorskom dobru, pa tako i za temu valorizacije ulaganja učinjenih u lukama nautičkog turizma.

Za zaključiti je da prilikom primjene domaćih propisa na pitanja koncesioniranja na pomorskom dobru prvenstveno treba voditi brigu o ostvarenju cilja i svrhe Direktive 2014/23/EU, odnosno načela na kojima ona počiva. Njezino je polje primjene, međutim, ograničeno na koncesije iznad vrijednosnog praga od 5.225.000 EUR-a (i na koncesije za radove i usluge) pa će kod koncesija iznad navedenog vrijednosnog praga tumačenje suprotno cilju i svrsi Direktive predstavljati povredu europskog prava. S druge strane, primjena odredbi nacionalnog prava suprotnog cilju i svrsi Direktive za koncesije ispod vrijednosnog praga ne bi imala za posljedicu povredu europskog prava. Stoga valja odvojeno razmotriti ove situacije.

U odnosu na koncesije iznad vrijednosnog praga, ukoliko se prihvati kriterij specijalnosti, odredbe ZPDML-a i Uredbe o postupku davanja koncesije imale bi primat nad odredbama ZOK-a pa bi ih trebalo primijeniti gdje god je to moguće, odnosno gdje one nisu suprotne cilju i svrsi Direktive. Odredbe ZPDML-a koje su suprotne odredbama Direktive, odnosno njezinim načelima, cilju i svrsi ne bi se smjele primijeniti već bi trebalo primijeniti odredbe ZOK-a, čije je donošenje upravo posljedica implementacije Direktive 2014/23/EU. Odredbe ZOK-a trebalo bi odgovarajuće primijeniti i u odnosu na pitanja koja nisu regulirana ZPDML-om. Ukoliko se prihvati vremenski kriterij, zbog svih razloga navedenih (*supra* 2.1.) trebalo bi primijeniti odredbe ZOK-a, a odredbe ZPDML-a i Uredbe tek tamo gdje je to ZOK-om izrijeком dopušteno i ukoliko su u skladu s ciljem i svrhom Direktive 2014/23/EU.

Što se tiče koncesije ispod vrijednosnog praga propisanog Direktivom na sva područja (i pomorsko dobro i luke) i nove vrste koncesija (koncesiju za gospodarsko korištenje pomorskog dobra), koje Direktivom nisu obuhvaćene, ali ZOK-om jesu, situacija je složenija. Tu postoje dvije mogućnosti. Jedna daje prednost potrebi za koherentnošću pravnog sustava i nalagala bi jednako tumačenje i za one koncesije koje inače nisu obuhvaćene poljem primjene Direktive 2014/23/EU, odnosno na koncesije ispod vrijednosnog praga utvrđenog Direktivom (u kojem slučaju, kako je ranije izloženo opet postoji mogućnost dvaju različitih rješenja).

Druga je mogućnost prednost dati posebnim pravilima, ali ne preispitujući njihovu usklađenost s odredbama Direktive (budući da su izvan njezine primjene), a odredbe ZOK-a primjenjivati tek podredno, radi popunjavanja pravnih praznina.

Čini se da bi se, radi potrebe za koherentnim pravnim sustavom i ujednačenim tumačenjem prava neovisno o vrsti i vrijednosti koncesije, trebalo ići na takvo tumačenje koje prednost daje ZOK-u, za kojega je zakonodavac izrazio namjeru da bude krovni zakon, a da se odredbe ZPDML-a primjenjuju samo tamo gdje ZOK na njih upućuje, ukoliko su u skladu sa svrhom i ciljem Direktive 2014/23/EU.

U svakom slučaju, navedene dvojbe i mogućnosti različitog tumačenja stvaraju veliku pravnu nesigurnost čime ulaganja u luke nautičkog turizma (koje imaju zaista velik potencijal za razvoj) čine neatraktivnima. Zakonodavac bi rješavanju ovih dvojbi usklađivanjem ZPDML-a i ZOK-a (u mjeri u kojoj to nađe opravdanim) trebao konačno dati siguran pravni okvir za koncesioniranje na pomorskom dobru uopće, a time i za ulaganja u nautički turizam.

U odnosu na Bolkestein direktivu smatramo kako se prilikom primjene ZPDML-a na koncesije za luke nautičkog turizma njegove odredbe ne trebaju tumačiti u skladu s navedenom Direktivom. Budući da se radi o djelatnostima koncesionara koje su puno više od pukog pružanja usluga na općem dobru i obuhvaćaju obavljanje i lučkih djelatnosti te određenih javnih ovlasti, a koncesije se dodjeljuju na županijskoj, odnosno državnoj razini uz vrlo široke mogućnosti razvijanja novih luka nautičkog turizma kako je predviđeno Studijom, ne može se govoriti ni o "oskudnim prirodnim resursima", niti o pružanju usluga u smislu Bolkestein Direktive. Luke nautičkog turizma predstavljaju specifičan način gospodarskog iskorištavanja općeg dobra te nesporno postoje elementi za njihovo isključenje iz primjene članaka 12. i 13. Bolkestein Direktive.

3. PRAVO NA NAKNADU ZA ULAGANJA U SLUČAJU PRESTANKA KONCESIJE ISTEKOM VREMENA

3.1. Pravo na naknadu za ulaganja *de lege lata*

Prestankom koncesije istekom vremena na koji je koncesija dana za koncesionara prestaje pravo gospodarski iskorištavati pomorsko dobro i nastaje obveza vraćanja posjeda koncesioniranog pomorskog dobra davatelju koncesije, odnosno osobi koja pomorskim dobrom upravlja. Koncesionaru koji je na temelju koncesije na pomorskom dobru izgradio zgrade i druge građevine, odnosno luku nautičkog turizma, za povećanje vrijednosti pomorskog dobra ne pripada

nikakva naknada. ZPDML doduše ne sadrži odredbu kojom bi ovo pravilo bilo izriječno propisano, ali to proizlazi iz nekoliko zakonskih odredbi. U prvom redu takav zaključak proizlazi iz odredbe čl. 33. st. 1. i 2. ZPDML-a prema kojoj koncesionar ima pravo uzeti prinove koje je izgradio, ako nisu trajno povezane s pomorskim dobrom i ako je to moguće po prirodi stvari, dok se sve ostale prinove smatraju pripadnošću pomorskog dobra. Zaključak o nepostojanju prava koncesionara na naknadu po isteku koncesije proizlazi i iz odredbe čl. 29. ZPDML-a u kojoj je propisano kako koncesionar u slučaju opoziva koncesije ima pravo na naknadu troškova za građevinu koju je izgradio na temelju koncesije, ali samo u razmjeru prema vremenu za koje je prikraćen u korištenju koncesije. *Argumentum a contrario*, ako koncesionar ne bi bio prikraćen u korištenju građevine koju je izgradio (a u slučaju isteka roka na koji je koncesija dana ne bi bio) ne bi imao niti pravo na naknadu troškova. Za istaknuti je, nadalje, da svaki potencijalni koncesionar ulazi u koncesiju na temelju studije gospodarske opravdanosti iz čl. 17. st. 4. ZPDML-a, u kojoj prikazuje plan ulaganja i amortizacije ulaganja, svjestan da kao koncesionar preuzima operativni rizik.⁶⁷

U Direktivi 2014/23/EU razrađena je definicija koncesija⁶⁸ pozivanjem na koncept tzv. značajnog operativnog rizika (*substantial operative risk*).^{69, 70} Takvu

⁶⁷ Iako ZPDML ne spominje operativni rizik, već je on definiran ZOK-om kao rizik izloženosti tržišnim uvjetima, koji obuhvaća rizik ponude i/ili rizik potražnje, upravo je prijenos rizika na koncesionara jedno od bitnih obilježja instituta koncesije.

⁶⁸ Direktiva 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji, čl. 5/1, i čl. 3. st. 6. i 7. ZOK.

⁶⁹ U svrhu ocjenjivanja operativnog rizika, neto sadašnja vrijednost svih ulaganja, troškova i prihoda koncesionara trebala bi se uzeti u obzir na dosljedan i ujednačen način. Vidjeti 20. recital Direktive 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji.

⁷⁰ Različita tumačenja koncepta koncesije i javnog ugovora uzrokovala su na razini EU veliku razinu pravne nesigurnosti za gospodarske subjekte te su bila izvor brojnih sporova koji su potaknuli donošenje niza presuda Suda Europske unije. Direktiva ukazuje na specifična obilježja ugovora o koncesijama, po kojima je moguće razlikovati tu vrstu ugovora od javnih ugovora. Iz odluka Europskog suda ne može se nedvojbeno utvrditi koja razina i vrste operativnog rizika trebaju biti prenesene na koncesionara da bi se određeni ugovor mogao smatrati ugovorom o koncesiji. Odluke Europskog suda u predmetima C-437/07, *COM v Italy* [2008] I-00153 i C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR v AOK Rheinland* [2009], ECR I-04779 ne daju odgovor na to pitanje. Dok je npr. rizik potražnje za uslugama prihvaćen kao bitni sastojak ugovora o koncesijama kojima je predmet pružanje usluga, sudska praksa nije utvrdila koje su još vrste rizika u tom smislu značajne. U svezi s pitanjem vrste rizika Europski je sud u predmetu *Eurawasser* naveo kako se općeniti rizik koji proizlazi iz izmjene pravila tijekom izvršenja ugovora ne može smatrati relevantnim jer ne postoji i kod drugih vrsta ugovora. Vidjeti predmet C-206/08, *WAZV Gotha v Eurawasser Aufbereitungs und Entsorgungsgesellschaft mbH*, [2009] ECR I-08377, točka 79. Vidjeti, Bulum, Božena; Batur, Tomislav; Oršulić, Ivana, *Financiranje morskih luka u svjetlu donošenja nove Direktive Europske unije o dodjeljivanju ugovora o koncesiji*, *Poredbeno pomorsko pravo – Comparative Maritime Law*, 51 (2012) 166, str. 159.

je definiciju preuzeo i ZOK. Sukladno Direktivi i ZOK-u, dodjela koncesije za izvođenje radova ili pružanje usluga uključuje prijenos na koncesionara značajnog operativnog rizika gospodarske prirode u iskorištavanju tih radova ili usluga koji obuhvaća rizik potražnje ili rizik ponude ili oboje. Rizik potražnje tumači se kao rizik koji je povezan sa stvarnom potražnjom za radovima i uslugama koji su predmet ugovora, a rizik ponude kao rizik povezan s pružanjem radova ili usluga koji su predmet ugovora, posebice rizik da pružanje usluga ne odgovara potražnji. Sukladno Direktivi, osnovno obilježje koncesije, prava na iskorištavanje radova ili usluga, uvijek podrazumijeva prijenos operativnog rizika gospodarske prirode na koncesionara koji uključuje mogućnost da se ulaganja možda neće nadoknaditi, kao ni troškovi nastali u dodijeljenom izvođenju radova ili pružanju usluga u normalnim radnim uvjetima, čak i ako dio rizika snosi javni naručitelj ili naručitelj. Dio rizika prenesen na koncesionara uključuje stvarno izlaganje nepredvidivim promjenama tržišta, tako da bilo kakav potencijalni procijenjeni gubitak koji je pretrpio koncesionar nije tek nominalan i zanemariv.⁷¹ Operativni rizik trebao bi proizlaziti iz čimbenika koji su izvan kontrole stranaka. Rizici poput onih koji su povezani s lošim upravljanjem, neispunjavanjem ugovornih obveza od strane gospodarskih subjekata ili s razlozima više sile nisu presudni u klasifikaciji za koncesiju, jer su ti rizici sastavni dio svakog ugovora.⁷² Primjena posebnih pravila koja uređuju dodjelu koncesija ne bi bila opravdana u slučaju da javni naručitelj ili naručitelj oslobodi gospodarski subjekt od svakog potencijalnog gubitka jamčeći minimalni prihod, jednak ili viši od uloženi sredstava i troškova koje gospodarski subjekt ima vezano uz izvršenje ugovora. Nadalje, određeni aranžmani koji su u isključivo plaćeni od strane javnog naručitelja ili naručitelja trebali bi se smatrati koncesijama u slučajevima kada nadoknada uloženi sredstava ili troškova koje je imao subjekt pri izvršenju radova ili pružanju usluga ovisi o stvarnoj potražnji za uslugom ili imovinom ili ponudi usluge ili imovine.

Uvažavajući koncept prijenosa “značajnog operativnog rizika” na koncesionara (neovisno o tome primjenjuje li se primarno ZPDML ili ZOK) potrebno je istaknuti da se koncesije za luke nautičkog turizma daju na relativno dugačka vremenska razdoblja, pa je za očekivati da će se u praksi pojaviti potreba za ulaganjima koja nisu bila predviđena ni studijom gospodarske opravdanosti niti odlukom i ugovorom o koncesiji. Ta, naknadna i nepredviđena ulaganja mogu biti različite prirode. Primjerice, moguće je da se radi zadovoljavanja tehničkih,

⁷¹ Vidjeti Direktivu 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji, čl. 5/1. Definicija operativnog rizika iz Direktive 2014/23/EU preuzeta je ZOK-om.

⁷² Vidjeti 20. recital Direktive 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji.

ekoloških, sigurnosnih ili nekih drugih standarda koncesionarima zakonom nametnu neplanirane investicije; moguće je da zbog elementarnih nepogoda luci budu nanesena velika oštećenja koja koncesionar mora sanirati; moguće je i da koncesionar odluči u luku dodatno investirati radi podizanja njezina standarda. Naravno da je katalog slučajeva u kojima koncesionar može imati nepredviđena ulaganja širi od naprijed navedenih primjera. U daljnjem dijelu rada ispitati će se mogućnosti valorizacije takvih ulaganja *de lege lata* i dati prijedlozi *de lege ferenda*.

3.2. Valorizacija ulaganja produljenjem koncesije prema čl. 22. ZPDML-a

Među odredbama ZPDML-a, postoji tek jedan članak, čl. 22, čijom bi se primjenom koncesionaru omogućilo isplativost izvanrednih ulaganja, a na čiju primjenu upućuje i sam ZOK i to u dvije odredbe; u čl. 62. st. 1. t. 3. ZOK-a, u kojem je propisano da se ugovor o koncesiji može izmijeniti bez pokretanja novog postupka davatelja koncesije u slučaju kada je to određeno posebnim propisom i u čl. 17. st. 6. ZOK-a, u kojem je propisano da se rok na koji je dana koncesija za gospodarsko korištenje općeg dobra može produljiti u skladu s odredbama posebnog zakona. Odredbom čl. 22. ZPDML-a je propisano da u slučajevima kada nove investicije to gospodarski opravdavaju, kao i ukoliko nastupi viša sila, davatelj koncesije može, iznimno, na zahtjev ovlaštenika produžiti koncesiju, uz istovremenu izmjenu i ostalih uvjeta iz odluke te uz izmjenu ugovora o koncesiji. Koncesija koju dodjeljuje županijska skupština moći će biti produžena na ukupno najviše trideset godina, dok će se koncesija koju dodjeljuje Vlada moći produžiti na najviše šezdeset godina.⁷³

Razlozi navedeni u odredbi čl. 22. ZPDML-a, na temelju kojih koncesionar može tražiti produljenje koncesije vrlo su generalni – “ako nove investicije to gospodarski opravdavaju” i “ako nastupi viša sila” pa bi se gotovo sve veće izvanredne investicije zapravo mogle podvesti pod jednu od ove dvije točke. Međutim, budući da ZPDML-om nije propisan ni postupak po kojem se ovakvo produljenje dopušta, niti kriteriji za donošenje takve odluke, njezino je donošenje prepušteno na diskrecijsku ocjenu davatelju koncesije. Odluka bi, doduše, u skladu s odredbom čl. 98. ZOUP-a⁷⁴ trebala biti obrazložena na način da se iz nje vide razlozi koji su bili odlučujući pri ocjeni zahtjeva, donosno razlozi zbog kojih nije usvojen zahtjev koncesionara. Odredbom čl. 22. ZPDML-a nije propisano niti

⁷³ Županijska skupština koncesiju dodjeljuje za korištenje i gradnju na rok do 20 godina, a Vlada na rok do 50 godina (čl. 20, st. 2. i 3 ZPDML).

⁷⁴ Zakon o općem upravnom postupku, NN, 47/2009.

u kojem trenutku koncesionar može postaviti zahtjev za produljenje pa ga treba tumačiti na način da to može učiniti u bilo kojem trenutku tijekom trajanja koncesije kada nastupe razlozi za traženje produljenja. Nije nedvojben niti odgovor na pitanje koliko se puta takav zahtjev može podnijeti. Zbog svoje podnormiranosti, iznimka od pravila da koncesija prestaje protekom vremena na koji je dana, iako može biti iznimno korisna, može biti i nepravilna prema koncesionarima.

Iako to zakonom nije propisano, odgovarajuća primjena odredaba o davanju koncesije ovdje bi svakako bila moguća. Zahtjev bi trebao biti popraćen studijom gospodarske opravdanosti kojom bi koncesionar dokazao da raspolaže odgovarajućim tehničkim, stručnim i organizacijskim sposobnostima za ostvarenje produljene koncesije, da ima jamstvo za ostvarenje plana i programa, te iz koje bi bila vidljiva visina planiranih ulaganja i način amortizacije (*arg. ex* čl. 17., st. 1. i 2. ZPDML-a). Davatelj koncesije mogao bi od koncesionara koji podnosi zahtjev tražiti i dodatne podatke potrebne za donošenje odluke o zahtjevu.

Budući da po ZPDML-u produljenje roka trajanja koncesije prati i izmjena odluke o koncesiji i ugovora o koncesiji, a ZPDML ne uređuje postupak za izmjenu ugovora o koncesiji, odredbe čl. 64-65. ZOK-a o radnjama koje prethode izmjeni ugovora o koncesiji te odluci o izmjeni odluke o davanju koncesije trebale bi se odgovarajuće primijeniti.

Iako na primjenu odredbe čl. 22. ZPDML-a upućuje sam ZOK, čini se da ovdje treba preispitati je li odredba čl. 22. ZPDML-a u skladu s ciljem i svrhom Direktive 2014/23/EU. Jedno od osnovnih obilježja koncesija prema ovoj Direktivi je njihova vremenska ograničenost, kako bi se izbjeglo sprječavanje pristupa tržištu i ograničavanje tržišnog natjecanja. Trajanje mora biti ograničeno na vrijeme neophodno za nadoknadu uložениh sredstava te ostvarenje povrata uložеноg kapitala, uzimajući u obzir ulaganja potrebna za ostvarenja posebnih ciljeva ugovora, a ulaganja uzeta u obzir za potrebe izračuna uključuju i početna ulaganja i ulaganja tijekom trajanja koncesije.⁷⁵

Produljenje koncesije je mjera koja ograničava tržišno natjecanje i zatvara tržište, čak iako je samo jednokratno i to radi nadoknade uložениh sredstava i povrata kapitala. Ipak, prema Direktivi takva bi mogućnost bila moguća, ali trebala bi biti predviđena već u dokumentaciji za nadmetanje.⁷⁶

S obzirom na navedeno, prilikom ocjene usklađenosti ove odredbe s Direktivom, treba razlikovati nekoliko situacija. Prvi su slučaj koncesije za luke

⁷⁵ Čl. 18. st. 2. Direktive 2014/23/EU.

⁷⁶ Vidjeti 52. recital Direktive 2014/23/EU.

nautičkog turizma ispod vrijednosnog praga predviđenog Direktivom, koje ne ulaze u polje primjene Direktive; drugi slučaj su koncesije koje po vrijednosnom pragu ulaze u polje primjene Direktive 2014/23/EU, među kojima treba posebno razmotriti status koncesije dodijeljene prije stupanja na snagu ZOK-a od onih koje su dodijeljene nakon njegova stupanja na snagu.

U odnosu na koncesije ispod vrijednosnog praga iz Direktive 2014/23/EU, postupanje sukladno čl. 22 ZPDML-a nije suprotno pravu EU, odnosno svrsi i cilju Direktive budući da je njome izrijekom propisano da se ne primjenjuje na takve koncesije (čl. 8).

U odnosu na koncesije iznad vrijednosnog praga iz Direktive, dodijeljene prije stupanja na snagu ZOK-a, kojim je Direktiva 2014/23/EU implementirana u hrvatsko zakonodavstvo, moglo bi se braniti stajalište da je produljenje koncesija temeljem članka 22. ZPDML-a doduše protivno pravu EU, odnosno Direktivi 2014/23/EU, ali predstavlja samo "prijelaznu mjeru" za prijelaz na potpuni režim propisan Direktivom, odnosno ZOK-om. Produljenje tih koncesija moglo bi se opravdati razlozima pravne sigurnosti jer se, na taj način, zainteresiranim osobama omogućava da ostvare povrat ulaganja, s obzirom na to da su mogle legitimno očekivati⁷⁷ da će im koncesije biti produljene u skladu s propisima koji su bili na snazi kada su one dodijeljene, odnosno prije donošenja ZOK-a kojim je Direktiva 2006/123/EZ prenesena u hrvatsko pravo. Međutim, činjenica je da koncesionari po ZPDML-u nisu nikada ni imali pravo na automatsko produljenje, već samo pravo na postavljanje zahtjeva za produljenjem (iako je u praksi ono funkcioniralo upravo kao automatsko produljenje). Neproduljenjem bi koncesionar čijem zahtjevu nije udovoljeno bio stavljen u nepovoljniji položaj, dakle

⁷⁷ "Načelo zaštite legitimnih očekivanja do izražaja dolazi u slučajevima izmjene pravnoga režima, kada novo pravno uređenje dolazi u sukob s potencijalnim ostvarivanjem prava onih osoba kojima takva promjena pravnoga režima ide na štetu. Ono se ogleda u dva različita smjera: u legitimnom očekivanju daljnjega korištenja prava koja je pojedinac stekao pravomoćnom upravnom odlukom te u legitimnom očekivanju kako će uprava pri donošenju odluke postupiti na način koji utvrđuje pravo u trenutku formalnog zahtijevanja toga prava. Stoga, bez obzira mijenja li se pravni režim zakonskim putem, podzakonskim općim aktima ili jednostavno promijenjenom upravnom praksom, postavlja se pitanje trebaju li pojedincima kojima je ranije, u skladu s prijašnjim pravnim režimom priznato kakvo pravo ili su sukladno prijašnjem režimu osnovano očekivali ostvarivanje nekoga prava te se nalazili u specifičnom pravnom položaju, omogućiti ostvarivanje toga prava, premda ono nije usklađeno s novim pravnim režimom...Sud Europske unije također odlučujući o ukidanju ovlašćujuće upravne odluke u svojim se presudama na ovo načelo počeo pozivati na izmaku 50-ih godina 20. stoljeća, a krajem 70-ih utvrdio ga je jednim od temeljnih načela prava Unije i neizostavnim elementom pravne sigurnosti pojedinaca." D. Đerđa, *Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu*, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 34, br. 1 (2013), str. 85, 86.

diskriminiran, od svih ostalih kojima je do sada to produljenje bilo odobreno. Pitanje je na koji bi način Sud Europske unije reagirao na takvu situaciju.⁷⁸

Kako je jedno od temeljnih obilježja koncesije, sukladno Direktivi 2014/23/EU, njena vremenska ograničenost koja je nužna kako bi se izbjeglo sprječavanje pristupa tržištu koncesija i ograničavanje tržišnog natjecanja, na koncesije za luke nautičkog turizma koje su dodijeljene nakon srpnja 2017. godine, odnosno nakon prenošenja Direktive 2014/23/EU u hrvatsko zakonodavstvo, a prelaze vrijednosni prag iz Direktive 2014/23/EU, produljenje po čl. 22. ZPDML-a neće biti moguće.

3.3. Valorizacija ulaganja primjenom odredbi ZOK-a o izmjeni ugovora o koncesiji

Primjena odredbe čl. 22 ZPDML-a je, kako smo vidjeli, ograničenoga dometa. U onim situacijama u kojima bi primjena odredbe čl. 22. ZPDML-a bila suprotna cilju i svrsi Direktive trebalo bi primijeniti odredbe ZOK-a. Zanimljivo je još jednom naglasiti da je na primjenu odredbe čl. 22. ZPDML-a, zapravo uputio sam ZOK svojim čl. 17. st. 6., kojim je ostavljena mogućnost da se rok na koji je dana koncesija za gospodarsko korištenje općeg ili drugog dobra može produljiti u skladu s odredbama posebnog zakona. Preostaje stoga ispitati mogućnost produljenja ugovora kada je ono nužno radi izmjene ugovora o koncesiji (čl. 17.

⁷⁸ Paralela bi se mogla povući s već citiranim spojenim predmetima, C-458/14 i C-67/15, C-458/14 i C-67/15, C-458/14 Promoimpresa srl protiv Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, o.c. u bilješki 58. Tužitelji u glavnim postupcima i talijanska vlada tvrdili su da se produljenje predmetnih koncesija može zbog pravne sigurnosti opravdati kao prijelazna mjera nužna kako bi se zainteresiranim osobama omogućilo da ostvare povrat ulaganja, s obzirom na to da su mogle legitimno očekivati da će ovlaštenja biti automatski produljena u skladu s propisima koji su bili na snazi kada su dodijeljena (2004. i 2006. godine), odnosno prije donošenja Uredbe sa zakonskom snagom br. 59/2010 kojom je Direktiva 2006/123/EZ prenesena u talijansko pravo. Isto stajalište zastupala je i talijanska vlada, koja je isticala kako je produljenje tih koncesija prijelazna mjera u sklopu prelaska sa sustava automatskog produljenja na sustav dodjeljivanja s postupkom nadmetanja te je opravdana nužnošću da se koncesionarima omogući povrat ulaganja u skladu s načelom zaštite legitimnih očekivanja. Suprotno tome, Sud je bio stava da je zakonodavac Unije već vodio računa o legitimnim interesima nositelja ovlaštenja, s obzirom na to da je u članku 12. stavku 2. Direktive 2006/123 predvidio da ovlaštenja, ako je njihov broj ograničen zbog oskudice prirodnih izvora, moraju imati odgovarajuće trajanje. Ipak, Sud u svojoj odluci nije u potpunosti isključio primjenu tog načela jer je naveo da mogućnost za njegovu primjenu treba ocjenjivati u svakom pojedinom slučaju, kako bi se na osnovi konkretnih činjenica utvrdilo je li nositelj ovlaštenja mogao legitimno očekivati da će mu ono biti produljeno i da je izvršio odgovarajuća ulaganja. Suprotno tome, načelo legitimnih očekivanja ne može se valjano isticati kao argument u prilog automatskom produljenju koje je uveo talijanski zakonodavac i primijenio ga bez razlike na sva ovlaštenja.

st. 5. ZOK-a). Među relativno brojim razlozima za izmjenu ugovora bez provođenja novog postupka nekoliko ih je potencijalno primjenjivih. U prvom redu primjenjiv može biti onaj iz čl. 62. st. 5. t. 1. ZOK-a – kada su uvjeti i mogućnosti za nastanak izmjene bili predviđeni u dokumentaciji za nadmetanje i ugovoru o koncesiji na jasan, nedvosmislen i precizan način, s time da se ne smiju predviđati izmjene koje bi izmijenile vrstu i/ili predmet koncesije. Ovo je, naravno, mogućnost koju će na raspolaganju imati samo koncesionari onih koncesija u čijoj su dokumentaciji za nadmetanje i ugovoru takve mogućnosti izmjene bile izrijeком predviđene. Druga odredba koja bi se mogla primijeniti je odredba čl. 62. st. 5. t. 2. ZOK-a, kojom je propisano da se ugovor o koncesiji može izmijeniti bez provedbe novog postupka davanja koncesije za dodatne radove ili usluge koncesionara koji su se pokazali potrebnima i koji nisu bili uključeni u prvotnu koncesiju, ako bi promjena koncesionara prouzročila značajne poteškoće ili znatno povećanje troškova za davatelja koncesije. Vezano uz posljednju mogućnost zanimljivo je da je u t. 75. Recitala Direktive 2014/23/EU pojašnjeno "...kako bi se osigurala pravna sigurnost, ova bi Direktiva trebala predvidjeti pragove 'de minimis' ispod kojih se ne zahtijeva postupak nabave. Izmjene koncesije iznad tih pragova trebale bi biti moguće bez potrebe provođenja novog postupka dođjele u onoj mjeri u kojoj su te promjene u skladu s određenim uvjetima. To bi, na primjer, mogao biti slučaj izmjena koje su postale potrebne zbog želje da se ispune zahtjevi javnih naručitelja ili naručitelja, uzimajući u obzir sigurnosne zahtjeve i posebnosti takvih djelatnosti".⁷⁹ Dakle, radi zadovoljavanja zakonskih standarda moglo bi se tražiti izmjenu ugovora o koncesiji. Treća odredba ZOK-a, koja zapravo nudi najšire mogućnosti izmjene ugovora o koncesiji, je ona iz čl. 62. st. 5. t. 4. ZOK-a. Njome je propisano da je ugovor o koncesiji moguće mijenjati bez provedbe novog postupka davanja koncesije ako izmjene, bez obzira na njihovu vrijednost nisu bitne prema čl. 63. st. 2. ZOK-a.⁸⁰ Zbog činjenice da se Direktivom 2014/23/EU zahtijeva da koncesija bude vremenski ograničena na način da njeno trajanje bude utvrđeno već u dokumentaciji za nadmetanje pitanje je bi li ove izmjene, ako bi one obuhvaćale i produljenje koncesije, bile u skladu s ostalim odredbama te Direktive.

⁷⁹ T. 75 Recitala Direktive 2014/23/EU.

⁸⁰ Čl. 63. st. 2. propisano je da je izmjena ugovora o koncesiji bitna kada je ispunjen jedan od sljedećih uvjeta: 1. izmjena uvodi uvjete koji bi, da su bili dio postupka davanja koncesije, učinili mogućim odabir nekog drugog ponuditelja umjesto onog koji je odabran kao najpovoljniji ili bi učinili mogućim sklapanje ugovora o koncesiji s drugim ponuditeljem; 2. izmjena utječe na ekonomsku ravnotežu koncesije u korist koncesionara; 3. izmjena znatno proširuje opseg djelatnosti koncesije radi uključivanja radova ili usluga koji nisu bili uključeni u ugovor o koncesiji; 4. mijenja se koncesionar.

3.4. Ostale mogućnosti valorizacije ulaganja *de lege lata*

Koncesionaru koji ne uspije s produljenjem ugovora, bilo primjenom čl. 22. ZPDML-a, bilo primjenom odredaba ZOK-a, a izvrši neplanirana ulaganja u pomorsko dobro, postojanje prava na naknadu za ulaganje vrlo je upitno. U tom će slučaju postojanje eventualnog prava na naknadu ovisiti o prirodi ulaganja koja je učinio.

Ukoliko se potreba za izvanrednim investicijama pojavi kao posljedica potrebe za osiguranjem tržišne održivosti projekta luke nautičkog turizma, koncesionar, nažalost, ne bi imao pravo na naknadu. Naime, koncesija daje svom ovlašteniku vremenski ograničeno pravo da gospodarski iskorištava pomorsko dobro dobiveno u koncesiju, uz prijenos operativnog rizika. Kada se koncesija daje na dugi vremenski period od dvadeset, trideset, pedeset ili više godina studijom gospodarske opravdanosti, ma kako studiozno ona bila napravljena, neće se moći predvidjeti ni zahtjeve tržišta, koji se u današnje vrijeme mijenjaju nevjerojatnom brzinom, niti ulaganja potrebna za održanje luke nautičkog turizma konkurentnom na tržištu. Koncesionar će prije svakog ulaganja na koje nije obvezan po zakonu, procijeniti da li mu je takva investicija gospodarski isplativa. Ukoliko procijeni da nije, nastavit će s iskorištavanjem luke kakva jest, ograničavajući investicije na redovno održavanje.

Potreba za izvanrednim investicijama može se pojaviti i kao posljedica raznih elementarnih nepogoda i drugih izvanrednih događaja, u kojim je slučajevima potrebna sanacija nastalih šteta. Iz odredbe čl. 11. st. 4. ZPDML-a, kojim je propisano da izvanredno upravljanje pomorskim dobrom obuhvaća sanaciju pomorskog dobra izvan luka uslijed izvanrednih događaja, proizlazi da sanacija takvih šteta u lukama posebne namjene pada na koncesionara. Ove će štete (ali samo stvarna šteta, ne i izgubljena dobit) u pravilu biti pokrивne osiguranjem. Niti ovdje investicije nije moguće valorizirati.

U nešto drugačijoj poziciji se nalazi koncesionar koji je investirao u luku nautičkog turizma radi udovoljavanja zakonskim propisima (radi zadovoljavanja tehničkih, ekoloških, sigurnosnih ili nekih drugih standarada) koji su doneseni nakon odluke o koncesiji i ugovora o koncesiji. Ukoliko bi se radilo o investicijama u građevine koje se po prestanku koncesije ne mogu uzeti zbog njihove trajne povezanosti s pomorskim dobrom, koncesionaru bi trebalo na neki način valorizirati ta ulaganja jer se njima povećala vrijednost pomorskog dobra. Čini se da bi bilo mjesta za postavljanje zahtjeva za povrat stečenoga bez osnove, odnosno za isplatu nadoknade vrijednosti stečenoga bez osnove.⁸¹

⁸¹ Čl. 1111 Zakona o obveznim odnosima, NN, 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015.

O mogućnosti primjene instituta stjecanja bez osnove na pomorskom dobru raspravljano je u presudi Visokog trgovačkog suda⁸² te, povodom žalbe, u presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske.⁸³ Visoki trgovački sud je zauzeo stav kako primjena instituta stjecanja bez osnove nije moguća kada se ulaganjima poveća vrijednost pomorskog dobra, budući da pomorsko dobro nije ni u čijem vlasništvu, pa vrijednost ulaganja nije prešla u imovinu Republike Hrvatske koja je u konkretnom slučaju bila tuženica. Vrhovni je sud, s druge strane, mišljenja kako primjena instituta stjecanja bez osnove nije nemoguća na pomorskom dobru zbog same činjenice da se radi o dobru koje nije ni u čijem vlasništvu. Prema stavu Vrhovnog suda, imovina se treba tumačiti u svjetlu obveznog prava, kao svaka moguća korist ili mogućnost povećanja imovine ili prava jedne osobe, a ne samo pravo vlasništva i druga stvarna prava. Davanjem pomorskog dobra na gospodarsko korištenje na temelju koncesije uz obvezu koncesionara na plaćanje koncesijske naknade davatelj koncesije ostvaruje korist iz povećane vrijednosti pomorskog dobra, iako ono nije njegovo vlasništvo, pa se na taj način povećava imovina davatelja koncesije.⁸⁴

3.5. Mogućnosti valorizacije ulaganja *de lege ferenda*

Neovisno o odredbama čl. 22. ZPDML-a i čl. 62. ZOK-a, nesporno je da postojeći zakonodavni okvir ne daje osnovu za naknadu investicija koje bi se poduzimale radi podizanja kvalitete luke nautičkog turizma kontinuirano, tijekom čitavog razdoblja trajanja koncesije. Zbog takve pravne regulative koncesionari će nakon završetka investicijskog perioda, odnosno perioda gradnje luke nautičkog turizma, a posebice u završnim godinama koncesijskog razdoblja ograničiti svoja ulaganja na minimalno redovno održavanje koje su dužni po zakonu i iz luke će iscrpiti maksimum, što će imati za posljedicu pad standarda luke, umjesto njegov rast. Takva politika koncesioniranja loša je za postojećeg koncesionara koji ne može razvijati svoj brend i nuditi sve višu razinu usluga, loša je i za sljedećeg koncesionara, koji dobiva luku koju treba u potpunosti obnoviti i razviti, i konačno, loša je za razvoj nautičkog turizma Republike Hrvatske.

Stoga se čini da bi zakonodavac mogao uvesti i mjere koje bi *de lege ferenda* propulzivno djelovale na ulaganje u luku nautičkog turizma tijekom čitavog

⁸² VTS, Pž-1558/08-5 od 25. studenoga 2008.

⁸³ VSRH, Revt-73/09-2 od 2. ožujka 2010.

⁸⁴ Danas treba voditi računa i o tome da se koncesijska naknada dijeli na tri dijela, trećina ide u korist državnog proračuna, trećina u korist proračuna županije, a trećina u korist proračuna grada ili općine (čl. 13. ZPDML), dok je prema PZ/1994 koncesijska naknada bila prihod davatelja koncesije.

trajanja koncesijskog razdoblja, poticale razvoj novih usluga i korištenje novih tehnologija, a na korist cjelokupnog nautičkog turizma u Republici Hrvatskoj. Za svaku potencijalnu mjeru treba ispitati njezinu usklađenost s propisima europskog prava.

Koncesionari koji su luku nautičkog turizma izgradili, ne samo u građevinskom smislu, nego i kao brend, u pravilu su zainteresirani da i u novom koncesijskom razdoblju budu koncesionari i nastave poslovanje u već uhodanom poslu. Ovdje se kao moguća nameću dva rješenja za one koncesionare koji su u ispunjavanju svojih obveza iz ranijeg koncesijskog razdoblja bili uredni: automatsko produljenje koncesije i pravo na prvenstvenu koncesiju. Međutim, pitanje je jesu li ove mjere u skladu s europskim pravom.

Kada je riječ o mogućnosti produljenja koncesijskog razdoblja urednom koncesionaru ili koncesionaru koji je za vrijeme trajanja koncesije izvršio određene radove na pomorskom dobru, koje nije uspio amortizirati tijekom koncesijskog razdoblja, treba naglasiti kako su pravila ovih Direktiva po tom pitanju vrlo restriktivna. Jedno od bitnih obilježja koncesije, sukladno Direktivi 2014/23/EU, je njena vremenska ograničenost.⁸⁵ Trajanje koncesije trebalo bi biti ograničeno kako bi se izbjeglo sprječavanje pristupa tržištu i ograničavanje tržišnog natjecanja. Naime, koncesije izuzetno dugog trajanja vjerojatno će rezultirati zatvaranjem pristupa tržištu, čime se ugrožava slobodno kretanje usluga u Uniji i primjena načela slobode poslovnog nastana. Stoga države članice svojim implementacijskim mjerama moraju predvidjeti da se koncesija uvijek dodjeljuje na određeno vrijeme koje već u dokumentaciji za nadmetanje mora biti istaknuto ili u njoj treba biti jasno naznačeno da je trajanje koncesije predmet pregovora u postupku dodjele koncesije.⁸⁶ S ciljem zaštite javnog interesa čl. 18/2 Direktive 2014/23/EU, propisano je da za koncesije koje traju više od pet godina najdulje trajanje koncesije neće prelaziti vrijeme u kojem se očekuje da bi koncesionar mogao nadoknaditi uložena sredstva za izvršenje radova ili pružanje usluga te ostvariti povrat uloženog kapitala, uzimajući u obzir ulaganja potrebna za ostvarivanje posebnih ciljeva ugovora.⁸⁷ Takva procjena treba se napraviti već u trenutku dodjele koncesije. Štoviše, Direktiva 2014/23/EU zahtijeva da se u takvu procjenu uključe početna ulaganja i sva ulaganja tijekom trajanja koncesije koja se smatraju nužnima za izvršenje koncesije, posebno rashodi za infrastrukturu,⁸⁸ autorska prava,

⁸⁵ Derđa, Dario, *Pravno uređenje koncesija u pravu Europske unije*, Hrvatska pravna revija, 15 (2015), 3, str. 48.

⁸⁶ Vidjeti recital 52. Direktive.

⁸⁷ Ti bi se ciljevi mogli odnositi primjerice na kvalitetu ili cijenu za korisnike. Vidjeti recital 52. Direktive.

⁸⁸ Ova vrsta rashoda posebno je značajna u slučaju luka nautičkog turizma.

patenti, oprema, logistika, najam, obuka osoblja i početna ulaganja.⁸⁹ Pitanje koje se nameće je da li je već u tom trenutku moguće predvidjeti sva ulaganja koja će biti potrebna tijekom cijelog koncesijskog razdoblja?! Posebno kada se uzme u obzir da je riječ o dugotrajnim ugovorima koji ponekad mogu trajati 20, 30, 50 i do 100 godina.⁹⁰ Pored toga, kada je riječ o lukama nautičkog turizma kako bi se održala funkcionalnost luke, njena konkurentnost te usklađenost s pravilima o sigurnosti, zaštiti okoliša i sl.⁹¹ moguće je da se za vrijeme trajanja koncesije pojave okolnosti koje opravdavaju dodatna ulaganja koja nisu bila predviđena u trenutku dodjele koncesije. Međutim, Direktivom 2014/23/EU, kao općim propisom o dodjeli koncesija nisu regulirani takvi slučajevi. Njome se striktno propisuje da je produžiti trajanje koncesije dopušteno samo ako je u dokumentaciji za nadmetanje izričito utvrđena takva mogućnost izmjene ugovora o koncesiji. Sukladno toj Direktivi (čl. 43/1/a), ugovor o koncesiji može se izmijeniti kada god su izmjene utvrđene dopuštenima u dokumentaciji za nadmetanje, bez obzira na njihovu financijsku vrijednost. Jedino je važno da su one utvrđene u ugovoru o koncesiji te da ne mijenjaju prirodu dodijeljene koncesije. Prema Direktivi 2014/23/EU, ugovor o koncesiji dopušteno je izmijeniti bez provedbe novoga postupka dodjele koncesije u brojnim slučajevima koji su njome propisani,⁹² no nijedan od njih izričito ne predviđa mogućnost produljenja koncesije zbog ulaganja koje je koncesionar poduzeo kojima je povećao vrijednost pomorskog dobra. Na istom tragu nalazi se i hrvatski (opći zakon o koncesijama) ZOK koji je usklađen s odredbama Direktive 2014/23/EU, o izmjenama ugovora o koncesiji za vrijeme njenog trajanja.⁹³

U odnosu na koncesije ispod vrijednosnog praga, u svakom slučaju postoji obveza poštivanja općih pravnih načela koja proizlaze iz UFEU, načela transparentnosti,⁹⁴ jednakosti postupanja, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije na temelju nacionalnosti iz UFEU.

⁸⁹ Vidjeti recital 52. Direktive.

⁹⁰ Što je više od prosječnog trajanja ljudskog vijeka.

⁹¹ Opširnije o razlozima zbog kojih koncesionar može imati nepredviđena ulaganja vidjeti supra, t.3.3.

⁹² Vidjeti čl. 43. Direktive. Neki pravni teoretičari drže kako Direktiva vrlo liberalno pristupa jednome od najstrožih zahtjeva koji se inače vezuju uz institut koncesija, izmjeni ugovora o koncesiji tijekom njezine provedbe. Đerđa, Dario, *Pravno uređenje koncesija u pravu Europske unije*, o.c. u bilješci 87, str. 51.

⁹³ Vidjeti čl. 62-66. ZOK-a.

⁹⁴ U predmetu *Telaustria*, Sud Europske unije je naveo kako tijela koja dodjeljuju koncesije moraju postupati u skladu s načelima transparentnosti i jednakosti postupanja iz čega proizlazi obveza osiguravanja publiciteta postupka dodjele koncesije. Predmet C-324/98, *Teleaustria vand Telefonadress v Telekom Austria*, [2000] ECR I-10754.

Iako dodjela koncesija za luke nautičkog turizma u Republici Hrvatskoj po našem mišljenju ne podliježe odredbama Bolkestein Direktive jer koncesionar pored turističkih usluga u nautičkom turizmu obavlja i lučke djelatnosti, a na njega se prenose i određene javne ovlasti, treba istaknuti da i ona propisuje kako ovlaštenje koje se dodjeljuje za pružanje usluga na općim ili javnim dobrima, koja u pravilu predstavljaju oskudne prirodne izvore, mora imati odgovarajuće vremensko ograničenje i ne smije biti predmet automatskog produljenja.

Daljnji modus za poticanje ulaganja u luku nautičkog turizma moglo bi biti i pravo na prvo-koncesiju, odnosno pravo oblikovano po uzoru na pravo prvokupa. Prema njemu bi dosadašnji koncesionar imao pravo da dobije koncesiju, ali ne automatizmom i po starim uvjetima, već pod uvjetima koje je ponudio najpovoljniji ponuditelj iz provedenog postupka dodjele koncesije.

Ni Direktiva 2014/23/EU, niti Direktiva 2006/123/EZ ne predviđaju pravo na prvenstvenu koncesiju za one koncesionare koji su u ispunjavanju svojih obveza iz ranijeg koncesijskog razdoblja bili uredni, odnosno koji su učinili određena ulaganja na pomorskom dobru koja nisu uspjeli amortizirati tijekom koncesijskog razdoblja.

Urednog koncesionara moglo bi se stimulirati i dodatnim bodovima prilikom sljedećeg postupka dodjele koncesije za luku. Takvoj se mjeri ne bi mogla uputiti zamjerka da njome stiže monopolistički položaj. Iako bi izbor pouzdanog partnera s uspješnim rezultatima bio u interesu i davatelja koncesije i razvoja nautičkog turizma uopće,⁹⁵ i ovdje se može postaviti pitanje zašto je potrebno posebno nagrađivati nekoga tko je uredno izvršavao svoje dužnosti, kada je on to bio dužan, po zakonu, odnosno po odluci i ugovoru o koncesiji. Međutim, ovakvi bi kriteriji bili suprotni osnovnim načelima na kojima počiva Direktiva 2014/23/EU – načelu jednakog postupanja i nediskriminacije.

U odnosu na koncesije ispod vrijednosnog praga, kao i ranije, postoji obveza poštivanja općih pravnih načela koja proizlaze iz UFEU.

⁹⁵ Slična je mjera već postojala u Uredbi o postupku davanja koncesije na pomorskom dobru (u verziji koja je bila na snazi do veljače 2017.) u kojoj su se kao kriteriji za ocjenu ponuda uzimali i oni u gospodarskom poslovanju podnositelja ponude (prihod od redovne djelatnosti u prethodnoj godini, ostvarena dobit prije oporezivanja uvećano za amortizaciju u prethodnoj godini i iskustvo ponuditelja u obavljanju djelatnosti za koju traži koncesiju) i gotovo je nevjerojatno da su ti kriteriji brisani te da se danas koncesionar bira isključivo po ključu visine koncesijske naknade i visine ulaganja. U čl. 41. Direktive propisano je da koncesije treba dodjeljivati na temelju objektivnih kriterija pomoću kojih bi se utvrdila sveobuhvatna gospodarska prednost za davatelja koncesije. Međutim, ovime se, zapravo, ne bi rješavalo pitanje valorizacije ulaganja u proteklom koncesijskom razdoblju.

Urednom koncesionaru moglo bi se priznati i pravo na novčanu naknadu za određena ulaganja. Naknada bi se mogla priznati za one nužne i korisne troškove odnosno ulaganja koja nisu bila predviđena studijom gospodarske opravdanosti, odlukom i ugovorom o koncesiji, ali umanjene za amortiziranu vrijednost. Za troškove koji nisu ni nužni ni korisni, već bi se smatrali luksuznima, koncesionaru ne bi pripadalo pravo na naknadu, što ne isključuje mogućnost da se raniji koncesionar dogovori s davateljem koncesije ili novim koncesionarom o preuzimanju i onih prinova koje bi po čl. 33. st. 1. ZPDML-a koncesionar mogao uzeti. Obveznik plaćanja naknade bio bi davatelj koncesije, a koji bi tu obvezu mogao prenijeti na novog koncesionara. Ukoliko bi se raniji koncesionar javio na novi natječaj imao bi mogućnost u novom koncesijskom razdoblju ulaganje do kraja amortizirati. Čini se da ova mjera ne bi bila suprotna Direktivi 2014/23/EU, budući da i sama definicija ugovora o koncesiji predviđa mogućnost da se koncesionarova naknada za radove ili usluge sastoji od prava na iskorištavanje radova ili usluga ili od tog prava i plaćanja (čl. 5. st. 1. t. 1. a i b Direktive 2014/23/EU i čl. 3. st. 4. i 5. ZOK-a).

4. ZAKLJUČAK

Prestankom koncesije za koncesionara prestaje pravo gospodarski iskorištavati pomorsko dobro i nastaje obveza vraćanja posjeda pomorskog dobra osobi koja pomorskim dobrom upravlja. Zgrade i druge građevine izgrađene na pomorskom dobru pripadnost su pomorskog dobra, a koncesionaru za povećanje vrijednosti pomorskog dobra ne pripada nikakva naknada. Njegova naknada za izgradnju luke i investicije predviđene studijom gospodarske opravdanosti sastoji se u pravu na pružanje usluga u izgrađenoj luci nautičkog turizma. Postojeći zakonodavni okvir, međutim, ne daje (sigurnu) osnovu za naknadu izvanrednih investicija koje bi se poduzimale tijekom trajanja koncesije, odnosno onih investicija koje nisu bile predviđene studijom gospodarske opravdanosti, odlukom i ugovorom o koncesiji. Takva pravna regulativa predstavlja kočnicu za kontinuirani razvoj luka nautičkog turizma, nepoticajna je za postojećeg koncesionara koji ne može razvijati svoj brend i nuditi novije i atraktivnije usluge, nije povoljna ni za koncesionara koji će takvu luku preuzeti, i, možda najvažnije, nepovoljna je za razvoj nautičkog turizma Republike Hrvatske.

Iznalaženje modela koje bi zakonodavac mogao iskoristiti za valorizaciju nepredviđenih zakonitih ulaganja u lukama nautičkog turizma, učinjenih s ciljem podizanja kvalitete postojećih usluga, pružanja novih usluga, korištenja novih tehnologija, podizanja standarda, dakle, u razvoj luke nautičkog turizma, znat-

no je ograničeno odredbama europskog prava (ne samo Direktive 2014/23/EU, nego općim pravnim načelima koja proizlaze iz UFEU, poput načela transparentnosti, jednakosti postupanja, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije na temelju nacionalnosti čija je primjena, sukladno sudskoj praksi Suda EU, obvezna u svim postupcima dodjele koncesija).

Činjenica je da je neusklađenost ZPDML-a s općim zakonima o koncesijama (od 2008. do danas), a potom i nesnalaženje u novim kriterijima tumačenja propisa koje nam je donijelo pristupanje Europskoj uniji, rezultiralo dugogodišnjim nepostojanjem koherentnog i logičnog sustava koncesioniranja na pomorskom dobru te time unijelo veliku pravnu nesigurnost. Proturječna pravna regulativa stavlja u vrlo nezavidan položaj ne samo sve one koji ova pravila moraju primjenjivati nego se negativno odražava i na uvjete za razvoj nautičkog turizma u Republici Hrvatskoj.

Prema postojećoj regulativi u Republici Hrvatskoj produljenje koncesije kao modus valorizacije zakonitih ulaganja koncesionara predviđeno je člankom 22. ZPDML-a. Iako su razlozi na temelju kojih koncesionar može postaviti zahtjev za produljenje vrlo općeniti, pa se pod njih može podvesti doista veliki broj mogućih izvanrednih investicija, kako ZPDML-om nije propisan ni postupak po kojem se ovakvo produljenje dopušta, niti kriteriji za donošenje takve odluke, njezino donošenje u velikoj mjeri ovisi o diskrecijskoj ocjeni davatelja koncesije. Ono o čemu svakako treba voditi računa jest je li odredba čl. 22. ZPDML-a u skladu s ciljem i svrhom Direktive 2014/23/EU. U odnosu na koncesije ispod vrijednosnog praga iz Direktive 2014/23/EU, postupanje sukladno čl. 22 ZPDML-a nije suprotno pravu EU, odnosno toj Direktivi budući da je njome izrijekom propisano da se ne primjenjuje na takve koncesije (čl. 8). U odnosu na koncesije iznad vrijednosnog praga iz Direktive, dodijeljene prije stupanja na snagu ZOK-a, kojim je Direktiva 2014/23/EU implementirana u hrvatsko zakonodavstvo, moglo bi se braniti stajalište da je produljenje koncesija temeljem članka 22. ZPDML-a doduše protivno pravu EU, odnosno Direktivi 2014/23/EU, ali predstavlja samo "prijelaznu mjeru" za prijelaz na potpuni režim propisan Direktivom, odnosno ZOK-om. Produljenje tih koncesija moglo bi se opravdati razlozima pravne sigurnosti jer se, na taj način, zainteresiranim osobama omogućava da ostvare povrat ulaganja, s obzirom na to da su mogle legitimno očekivati da će im koncesije biti produljene u skladu s propisima koji su bili na snazi kada su one dodijeljene, odnosno prije donošenja ZOK-a kojim je Direktiva 2006/123/EZ prenesena u hrvatsko pravo. Na koncesije za luke nautičkog turizma koje su dodijeljene nakon srpnja 2017. godine, odnosno nakon prenošenja Direktive

2014/23/EU u hrvatsko zakonodavstvo, a prelaze vrijednosni prag iz Direktive 2014/23/EU, produljenje po čl. 22. ZPDML-a neće biti moguće. U tim slučajevima preostaje jedino mogućnost produljenja ugovora kada je ono nužno radi izmjene ugovora o koncesiji (čl. 17. st. 5 ZOK).

Neovisno o odredbi čl. 22. ZPDML-a, postojeći zakonodavni okvir u Republici Hrvatskoj ipak ne daje osnovu za naknadu investicija koje bi se poduzimale radi podizanja kvalitete luke nautičkog turizma kontinuirano, tijekom čitavog razdoblja trajanja koncesije. Stoga bi zakonodavac *de lege ferenda* mogao uvesti i mjere koje bi stimulirale koncesionare na ulaganje u luku nautičkog turizma tijekom čitavog trajanja koncesijskog razdoblja. Nažalost mnoge potencijalno zanimljive moduse valorizacije ulaganja nije moguće unijeti u naše zakonodavstvo zbog njihove suprotnosti pravilima Europskog prava. Urednom koncesionaru moglo bi se priznati pravo na novčanu naknadu za određena ulaganja. Naknada bi se mogla priznati za one nužne i korisne troškove odnosno ulaganja koja nisu bila predviđena studijom gospodarske opravdanosti, odlukom i ugovorom o koncesiji, ali umanjene za amortiziranu vrijednost. Obveznik plaćanja naknade bio bi davatelj koncesije, a koji bi tu obvezu mogao prenijeti na novog koncesionara. Ova mjera ne bi bila protivna Direktivi 2014/23/EU, budući da definicija ugovora o koncesiji predviđa mogućnost da se koncesionarova naknada za radove ili usluge sastoji od prava na iskorištavanje radova ili usluga ili od tog prava i plaćanja. Na taj način pridonijelo bi se postizanju ravnoteže između dviju čini se suprotstavljenih ciljeva, razvoja nautičkog turizma u Hrvatskoj i poštivanja pravila i načela na kojima je utemeljeno unutarne europsko tržište koncesija.

BIBLIOGRAFIJA

Knjige:

1. Bolanča, Dragan, *Pravni status morskih luka kao pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Split, 2003.
2. Bolanča, Dragan - Naprta, Rajko, *More naše plavo, Pomorsko dobro, Zbirka propisa*, "Biblioteka NADING", Nading d.o.o., Zagreb - Split 2013.
3. Hartkamp, Arthur; Sieburgh, Carla; Devroe, Wouter, *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017.

Članci:

1. Bolanča, Dragan, *Osnovne značajke Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama iz 2003. godine*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, 1-2 (2004).

2. Bolanča, Dragan, *Koncesije na pomorskom dobru – novine u hrvatskom zakonodavstvu*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, 1(2009).
3. Bulum, Božena; Batur, Tomislav; Oršulić, Ivana, *Financiranje morskih luka u svjetlu donošenja nove Direktive Europske unije o dodjeljivanju ugovora o koncesiji*, Poredbeno pomorsko pravo – Comparative Maritime Law, 51 (2012) 166.
4. Dotterud Leiren; Merethe, Parks, Louisa, *When trade unions succeeded: Cases of blocked liberalisation in the common market*, European Journal of Political Research, Vol. 53, 1 (2014), str. 47.
5. Đerđa, Dario, *Pravno uređenje koncesija u pravu Europske unije*, Hrvatska pravna revija, 15 (2015), 3.
6. Đerđa, Dario, *Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu*, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 34, br. 1 (2013), str. 85, 86.
7. Đerđa, Dario, *Opće pravno uređenje koncesija u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska pravna revija, 15 (2015), 6.
8. Perić, Berislav, *Država i pravni sustav*, Informator, Zagreb, 1994.
9. Staničić, Frane, *Koncesije na pomorskom dobru – nužnost usklađivanja Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama sa Zakonom o koncesijama*, Informator, Zagreb, 63, 2015.
10. Staničić, Frane; Bogović, Maja, *Koncesije na pomorskom dobru – odnos Zakona o koncesijama i Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama*, Pravni vjesnik, god. 33, br. 1., 2017.
11. Usai, Andrea, *Caught between the Public Procurement Principles and “Public Procurement Function” of Directive 2006/123/EC*, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 4 (2014).
12. Chang, Dominik; Hanf, Michele; Pelkmans, Jacques, *The Services Directive: Trojan Horse or White Knight?*, European Integration, Vol. 32, 1 (2010).

Propisi:

1. Ustav Republike Hrvatske (NN, 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014).
2. Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (NN, 158/2003, 100/2004, 141/2006, 38/2009, 123/2011, 56/2016).
3. Zakon o koncesijama (NN 69/2017).
4. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN, 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 90/2010, 143/2012, 152/2014).
5. Zakon o općem upravnom postupku (NN, 47/2009).
6. Uredba o postupku davanja koncesije na pomorskom dobru (NN, br. 23/2004, 101/2004, 39/2006, 63/2008, 125/2010, 102/2011, 83/2012, 10/2017).
7. Uredba o postupku utvrđivanja granice pomorskog dobra (NN, 8/2004 i 82/2005).
8. Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji (SL L 94, 28.3.2014.).
9. Ispravak Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji (SL L 114, 5.5.2015.).

10. Direktiva 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu (SL L 376, 27.12.2006.).
11. Zakona o pružanju usluga u turizmu (NN 68/2007, 88/2010, 30/2014, 89/2014, 152/2014).
12. Uredba o razvrstaju luka otvorenih za javni promet (NN, 110/2004, 82/2007).
13. Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma (NN, br. 72/2008).

Sudska praksa:

1. Predmet C-106/ 89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, ECLI:EU:C:1990:395.
2. Predmet C-333/92, *Teodoro Wagner Miret v Fondo de Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:1993:945.
3. Predmet C-397/01 *Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) and Matthias Döbele (C-403/01) v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584.
4. Spojeni predmeti C-458/14 i C-67/15, C-458/14 i C-67/15, C-458/14 *Promoimpresa srl protiv Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro i C-67/15 Mario Melis, Tavolara Beach Sas, Dionigi Piredda, Claudio Del Giudice protiv Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio*, ECLI:EU:C:2016:558.
5. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Macieja Szapunara od 25. veljače 2016. godine, ECLI:EU:C:2016:122, toč. 74.
6. Predmet C-324/98, *Teleaustria vand Telefonadress v Telekom Austria*, [2000] ECR I-10754.
7. Predmet C-226/09 *Commission v Ireland*, (2010) ECR I-11807.
8. Upravni sud u Rijeci, 5 Usl-1972/14-4 od 13. studenoga 2015.
9. Visoki trgovački sud, Pž-1558/08-5 od 25. studenoga 2008.
10. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revt-73/09-2 od 2. ožujka 2010.
11. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gzz-131/03-2 od 2. srpnja 2003.
12. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gzz-131/03 od 2. srpnja 2003.
13. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-17/1997 od 9. listopada 1997.
14. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-495/03 od 2. ožujka 2005.

Internetske stranice:

1. www.iusinfo.hr
2. <http://www.dkom.hr>
3. www.pomorskodobro.com
4. <http://www.sabor.hr>

Summary:

THE ISSUE OF VALORISATION OF LEGITIMATE INVESTMENTS IN NAUTICAL TOURISM PORTS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

With the construction of a nautical tourism port in the Republic of Croatia its concessionaire, except the right to economically exploit the port he built, in accordance with the decision and contract on concession, has no other rights on the port and objects he built. Everything incorporated, later added or in any way permanently attached to maritime domain will remain its part, consequently its value will be increased. The aim of this paper is to determine in which cases the concessionaire who invested in maritime domain in the Republic of Croatia, and in that way increased its value has right to compensation for the investments he made. Although Maritime Domain and Seaports Act (MDSA) and Concession Act (CA) prescribe a whole series of reasons for termination of concession, the paper analyses exclusively the issue of valorisation of investments in case of its termination by expiration of time on which it is granted. Special attention will be devoted to issues of extension of concession (including its automatic renewal) right to priority concession, financial compensation which will be assigned by application of institute of gains without legal foundation, compensation of necessary and useful expenses which were not foreseen in the documentation on concession, as possible forms of reimbursement of that what the concessionaire has invested and what exceeds the amounts of resources anticipated with the decision and contract on concession. In relation to that matter, the issue of applicable national legal rules is particularly analysed, respectively the relation between CA and MDSA. We also investigate the influence of rules of the European Union on award of concession contracts and services in the internal market, respectively Directive 2014/23/EU and Directive 2006/123/EC on the interpretation and application of national rules. Judicial practice of the Court of Justice of the European Union which refers to interpretation of the relevant provisions of these Directives is analysed. Further, it is pointed to some solutions and doubts that emerged in comparative laws in relation to issues of awarding and extension of concession. Finally, solutions with respect to possibilities of valorization of the concessionaire's investment in nautical tourism ports in the Republic of Croatia de lege ferenda are submitted.

Keywords: *maritime domain; nautical tourism ports; extension of concession; priority concession; gains without legal foundation; Concession Act; Maritime Domain and Seaports Act; Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and Directive 2006/123/EC on services in the internal market.*