

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

Rješenje
po Zahtjevu gospodarskog subjekta Hering d.d. Široki Brijeg protiv Javnog preduzeća
Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar

Sarajevo
lipanj, 2018. godine



Broj: UP-03-26-3-021-40/17
Sarajevo, 07.06.2018. godine

Na temelju članka 25. stavak (1) točka e), članka 42. stavak (1) a u svezi s člankom 4. stavak (1) Zakona o konkurenciji, i članka 193. stavak (2) Zakona o upravnom postupku («Službeni glasnik BiH», br. 29/02 i 12/04) u postupku pokrenutom na temelju Zahtjeva gospodarskog subjekta Hering d.d. Široki Brijeg, Provo bb, Široki Brijeg Bosna i Hercegovina, putem punomoćnika odvjetnika Damira Barbarića i Tomislava Bevande iz ZOU Barbarić&Bevanda iz Širokog Brijega i Adnana Bisera odvjetnika iz Sarajeva, protiv Javnog preduzeća Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar, Ulica Braće Fejića bb Mostar, Bosna i Hercegovina, Konkurencijsko vijeće, na 30. (tridesetj) sjednici održanoj dana 07.06.2018. godine donijelo je sljedeće

R J E Š E N J E

1. Odbija se Zahtjev gospodarskog subjekta Hering d.d. Široki Brijeg, Provo bb, Široki Brijeg Bosna i Hercegovina, podnesen protiv Javnog preduzeća Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar, Ulica Braće Fejića bb Mostar, Bosna i Hercegovina, radi utvrđivanja postojanja zabranjenog sporazuma u smislu članka 4. stavak (1) Zakona o konkurenciji, kao neutemeljen.
2. Odbija se prijedlog za donošenje rješenja o privremenoj mjeri, podnesen od strane gospodarskog subjekta Hering d.d. Široki Brijeg, kao neutemeljen.
3. Odbija se zahtjev gospodarskog subjekta Hering d.d. Široki Brijeg, za naknadom troškova postupka, kao neutemeljen.
4. Ovo Rješenje je konačno i bit će objavljeno u «Službenom glasniku BiH», službenim glasilima entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

O b r a z l o ž e n j e

Konkurencijsko vijeće je dana 10.07.2017. godine, pod brojem UP-03-26-3-021-1/17 zaprimilo Zahtjev za pokretanje postupka u smislu članka 28. Zakona o konkurenciji («Službeni glasnik BiH», br. 48/05, 76/07 i 80/09), (u daljnjem tekstu: Zakon), podnesen od strane gospodarskog subjekta Hering d.d. Široki Brijeg, Provo bb, Široki Brijeg Bosna i Hercegovina (u daljnjem tekstu: Podnositelj zahtjeva ili Hering) zastupan po odvjetnicima Damiru Barbariću i Tomislavu Bevandi iz ZOU Barbarić&Bevanda iz Širokog Brijega i Adnanu Biseru odvjetniku iz Sarajeva, protiv Javnog preduzeća Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar, Ulica Braće Fejića bb Mostar, Bosna i Hercegovina (u daljnjem tekstu: JP Autoceste) zbog sprečavanja, ograničavanja i narušavanja tržišne konkurencije u smislu članka 4. Zakona.

Podnositelj zahtjeva je samoinicijativno dopunio Zahtjev dana 17.07.2017. godine dopisom broj: UP-03-26-3-021-3/17 .

Zaprimljeni Zahtjev nije bio kompletan, te je Podnositelju zahtjeva 05.09.2017. godine pod brojem: UP-03-26-3-021-4/17 upućen zahtjev za dopunu istog.

Podnositelj zahtjeva je dopunio Zahtjev dana 14.09.2017. godine dopisom broj:UP-03-26-3-021-6/17, nakon čega je Konkurencijsko vijeće utvrdilo da je isti kompletan i uredan u smislu članka 28. stavak (1) Zakona, te je na temelju članka 28. stavak (3) Zakona dana 12.10.2017. godine izdalo Potvrdu o primitku kompletnog i urednog Zahtjeva, broj: UP-03-26-3-021-7/17.

1. Pravni okvir predmetnog postupka

Konkurencijsko vijeće je tijekom postupka primijenilo odredbe Zakona, Odluku o utvrđivanju mjerodavnog tržišta („Sl.gl. BiH“, br: 18/06) i Zakon o upravnom postupku („Sl. Gl. BiH“, br:29/02, 12/04 i 88/07).

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između europskih zajednica i njegovih država članica, s jedne strane i Bosne i Hercegovine s druge strane („Službeni glasnik BiH – međunarodni ugovori“ br. 10/08), (u daljnjem tekstu: Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju) odredba čl. 71. o primjeni kriterija i pravne stečevine Europske unije, te članka 43. stavak (1) Zakona, koje omogućuje Konkurencijskom vijeću u svrhu ocjene danog slučaja, da se može koristiti sudskom praksom Europskog suda pravde i odlukama Europske komisije.

Konkurencijsko vijeće je izvršilo uvid i u Zakon o javnim nabavama Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik BiH», br. 39/14), Uputstvo za provođenje tendera Europske investicijske banke, Vodič za nabave Europske investicijske banke (Revidirano izdanje iz lipnja 2011. godine) te Okvirni Sporazum između Bosne i Hercegovine i Europske investicijske banke kojim se reguliraju aktivnosti Europske investicijske banke u Bosni i Hercegovini iz 2007. godine .

2. Stranke u postupku

Gospodarski subjekt Hering d.d. Široki Brijeg, Provo bb, Široki Brijeg Bosna i Hercegovina i Javno preduzeće Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar, Ulica Braće Fejića bb Mostar, Bosna i Hercegovina.

2.1. Gospodarski subjekt Hering d.d.

Gospodarski subjekt Hering d.d. Široki Brijeg je građevinsko poduzeće registrirano kod Općinskog suda u Širokom Brijegu pod brojem 64-02-0002-08, sa sjedištem na adresi Provo bb, Široki Brijeg Bosna i Hercegovina.

Pretežita registrirana djelatost gospodarskog subjekta Hering d.d. je izgradnja cesta i autocesta. Početkom izgradnje koridora Vc kroz Bosnu i Hercegovinu aktivno sudjeluje na izgradnji više dionica autoputa kroz Bosnu i Hercegovinu.

2.2. Gospodarski subjekt JP Autoceste

Gospodarski subjekt JP Autoceste je preduzeće koje je na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine zaduženo za izgradnju, održavanje i upravljanje autocesta. Registrirano je 2010.

godine na temelju Zakona o cestama Federacije Bosne i Hercegovine, Zakona o gospodarskim društvima i Odlukom o statusnim pitanjima JP Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine (Odluka V broj:593/10 od 01.07.2010.g).

3. Mjerodavno tržište

Mjerodavno tržište, u smislu članka 3. Zakona, te čl. 4. i 5. Odluke o utvrđivanju mjerodavnog tržišta («Službeni glasnik BiH», broj 18/06) čini tržište određenih proizvoda/usluga koji su predmet obavljanja djelatnosti na određenom zemljoposnom tržištu.

Prema odredbi članka 4. Odluke o utvrđivanju mjerodavnog tržišta, mjerodavno tržište proizvoda obuhvata sve proizvode i/ili usluge koje potrošači smatraju međusobno zamjenjivim s obzirom na njihove bitne značajke, kvalitetu, namjenu, cijenu ili način uporabe.

Mjerodavno zemljopisno tržište obuhvata cjelokupan ili značajan dio teritorija Bosne i Hercegovine na kome gospodarski subjekti djeluju u prodaji i/ili kupovini mjerodavnog proizvoda pod jednakim ili dovoljno ujednačenim uvjetima i koji to tržište bitno razlikuju od uvjeta konkurencije na susjednim zemljopisnim tržištima.

Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da je mjerodavno tržište u ovom predmetu tržište javnih nabava radova na izgradnji autoceste na Koridoru Vc.

Obzirom da je JP Autoceste nadležno za izgradnju, upravljanje i održavanje autocesta na području Federacije Bosne i Hercegovine mjerodavno zemljopisno tržište predmetnog postupka je područje Federacije Bosne i Hercegovine.

Slijedom navedenog, mjerodavno tržište predmetnog postupka je utvrđeno kao tržište javnih nabava radova na izgradnji autoceste na Koridoru Vc na području Federacije Bosne i Hercegovine.

4. Postupak pred Konkurencijskim vijećem

U svom Zahtjevu, Podnositelj zahtjeva, opisuje činjenično stanje i okolnosti koje su razlog za podnošenje Zahtjeva te u bitnom navodi sljedeće:

- da je Podnositelj zahtjeva gospodarski subjekt Hering d.d. Široki Brijeg građevinsko preduzeće registrovano kod Općinskog suda u Širokom Brijegu pod brojem 64-02-0002-08, te da mu je pretežita registrirana djelatost izgradnja cesta i autocesta.

- da od 2004. godine sa povezanim preduzećem u Hrvatskoj sudjeluje aktivno na izgradnji brojnih objekata (vijadukti, nadvožnjaci, podvožnjaci) na izgradnji autoceste kroz Hrvatsku gdje je stekao i ključno iskustvo. Početkom izgradnje koridora Vc kroz Bosnu i Hercegovinu aktivno sudjeluje na svim tenderima, a do sada je kao partner izvodio radove na izgradnji autoceste Sarajevo-Zenica, dionica Dobrinje-Kakanj, te na dionici Bilješevo-Kakanj. Kao podizvođač je na dionici Zvirovići-Počitelj izgradio do sada najveći most na koridoru Vc, most Studenčica i most Trebižat koji su specifični po posebnoj građevinskoj tehnici kojom su se izvodili (slobodna konzolna gradnja). Trenutno, preduzeće Hering kao samostalni izvođač izvodi radove na poddionici autoceste Drivuša-Klopče u sklopu izgradnje dionice autoceste Donja Gračanica-Drivuša (Zenička zaobilaznica) .

- da je gospodarski subjekt JP Autoceste preduzeće koje je na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine zaduženo za izgradnju, održavanje i upravljanje autocesta. Registrirano je 2010. godine na temelju Zakona o cestama Federacije Bosne i Hercegovine, Zakona o gospodarskim društvima i Odlukom o statusnim pitanjima JP Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine (Odluka V broj:593/10 od 01.07.2010.g).

- da JP Autoceste na području Federacije Bosne i Hercegovine provode procedure raspisivanja tendera za velike projekte izgradnje autocesta na koridoru Vc, koji se uglavnom financiraju iz kreditnih sredstava europskih i drugih finansijskih institucija kao što su (EIB-Europska investicijska banka, EBRD-Europska banka za obnovu i razvoj, KFAER-Kuvajtski fond za arapski ekonomski razvoj i dr.)

- da je sukladno članku 10. stavak 1) točka c. Zakona o javnim nabavama Bosne i Hercegovine isključena primjena ovog Zakona u ugovorima koji se dodjeljuju sukladno sa međunarodnim sporazumima, i u kojima se procedure nabave provode po posebnim zahtjevima kreditora, tako da u ovim slučajevima nije osiguran nikakav institucionalni pravni okvir koji bi osiguravao provođenje procedura po temeljnim principima transparentnosti, pravičnosti i osiguranja aktivne konkurencije.

- da je 11.05.2017. godine na web stranici JP Autoceste objavljen javni poziv za dostavljanje ponuda za izgradnju autoceste na koridoru Vc dionica Počitelj-Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići br. JPAC 841-B80-17, ukupne dužine 11 km, a koja uključuje izgradnju mosta Počitelj preko Neretve, tunel Počitelj i druge objekte. Financijer na ovom projektu je EIB (Europska investicijska banka) pa se procedura treba provesti u skladu sa Vodičem EIB-e.

- da je za ovu istu dionica autoputa i ranije objavljivan tender, te da je dionica bila podjeljena u 2 LOT-a za koje je nakon predkvalifikacijskog postupka u kolovozu 2015. godine objavljen poziv za dostavljanje finansijskih ponuda. Ponude su predane 27.10.2015. godine, a evaluacijski postupak se umjesto planiranih 6 mjeseci produžio na 16 mjeseci. Podnositelj zahtjeva, odnosno gospodarski subjekt Hering je po zadanim kriterijima na oba LOT-a bio „Vodeći partner“ i podnio je najpovoljnije ponude na oba LOT-a.

- da su u postupku evaluacije ponuda napravljeni brojni propusti od strane JP Autoceste, te nakon što se posumnjalo u zakonitost postupanja komisije za evaluaciju, te nakon što je implicirano da su neke odluke donesene pod političkim pritiscima, Banka je u svom dopisu od 28.10.2016. godine obavijestila JP Autoceste da će zastati sa daljnjim izdavanjem „no objection-a“ (davanje suglasnosti na zaključenje ugovora) te da će s obzirom na navedeno posebni odjel Banke za prevare i istrage provesti svoju neovisnu istragu u ovom postupku javne nabave.

- da je radi boljeg razumjevanja Zahtjeva potrebno naglasiti da Banka kao kreditor mora dati potrebne suglasnosti (suglasnost na tendersku dokumentaciju, suglasnost na zapisnik o ocjeni ponuda i saglasnost na izbor ponuđača), ali za zakonitost i provođenje procedura odgovara JP Autoceste kao promotor odnosno korisnik kredita. JP Autoceste upravo koristeći nepropisno ovaj institut „suglasnost“ banke provode nezakonite odluke na način da ih opravdavaju činjenicom „da je Banka tako odlučila, naredila ili naložila“ što nije točno a biti će vidljivo iz dokaza.

- da su predstavnici JP Autoceste prije nego su prezentirani rezultati istrage Banke predložili da se navedene tenderske procedure ponište uz objašnjenje da je razlog za poništenje postupka javnog tendera dug vremenski rok od datuma podnošenja i otvaranja ponuda, do trenutnog datuma, bez završetka postupka evaluacije i da se raspíše novi tender. O navedenom su obavijestili i Banku koja

je sukladno sa procedurom načelno dala suglasnost na poništenje tendera, ali je Banka u svom obraćanju JP Autoceste istakla da je Naručitelj u ovom postupku dužan i kroz institucionalni oblik osigurati da se provođenje budućih tendera provede na otvoren, pravedan i transparentan način sukladno sa Vodičem za nabave EIB-e.

- da je Nadzorni odbor JP Autoceste dana 27.03.2017. godine donio Zaključak kojim je dan nalog Upravi JP Autoceste da se u što kraćem roku raspíše novi tender i to u dva LOT-a kako je bilo i ranije.

- da je Uprava JP Autoceste, iako sukladno sa Statutom JP Autocesta dužna provoditi upute i zaključke Nadzornog odbora, postupila protivno odluci Nadzornog odbora, te dana 11.05.2017. godine raspisala novi tender kao jedan jedinstveni LOT i postavila takve kriterije koji su u potpunosti suprotni sa nalogom Nadzornog odbora.

- da su JP Autoceste donijele odluku o raspisivanju tenderskih usvjeta koji su diskriminatorni i ograničavaju konkurenciju u sljedećim dijelovima tenderske dokumentacije:

- jedan od ključnih kriterija koji se uzima kao referentni pokazatelj sposobnosti za izvođenje određenog projekta je prosječan godišnji promet/prihod koji pojedini gospodarski subjekt ostvari u zadnjih 3-5 godina. Uobičajeno je da se zahtjev za prosječan godišnji prihod postavi tako da procjeni godišnji tijek novaca na način da se ukupna vrijednost projekta podijeli sa predviđenim rokom izvođenja radova. Ponekad se ovakav godišnji tok uvećava sa određenim multiplikatorom, koji do sada nikad nije bio veći od 1,5, a na ovom tenderu je 2,2. Nadalje jedan od ograničavajućih kriterija je i to da je JP Autoceste u svojoj odluci o raspisivanju tendera zatražio da se dokaže „Prosječan promet od ugovora u kojim je Ponuđač u ulozi Glavnog izvođača, Vodećeg partnera ili Partnera u JV“. Ovakav zahtjev nije utemeljen na Zakonku o računovodstvu i reviziji, naime kroz dostupne obrasce bilance stanja i uspjeha nije moguće dokazati odnosno razaznati po kojoj osnovi temeljem kojeg ugovora je ostvaren prihod upisan u financijskim izvješćima.
- drugi ključni kriterij koji se zahtjeva od Ponuđača je da dokažu da posjeduju ključno iskustvo u izvođenju projekata koji su po svojim karakteristikama i opsegu slični onom koji je predmet ugovora. JP Autoceste kao Naručitelj radova postavio je zahtjev da Ponuđač mora dokazati ključno iskustvo u izvođenju dva ugovora slične prirode u vrijednosti najmanje 60 milijuna eura svaki, s naznakom da se priznaje samo iskustvo koje su izvođači stekli kao samostalni izvođači, vodeći partner u JV i partner u JV. U dosadašnjim tenderima traženo je ključno iskustvo u dva ili više ugovora slične prirode od kojih je samo jedan trebao biti u vrijednosti približno onoj kao što je predmetni ugovor. Ovdje je očigledno postavljen zahtjev za dva ugovora od 60 milijuna eura sa ciljem da se iz konkursa eliminira Podnositelj zahtjeva, ali i ostali domaći ponuđači koji su ključno iskustvo u izgradnji autocesta stekli radeći kao podizvođači za strane firme. JP Autoceste su imale institucionalnu osnovu da mogu priznati i podizvođačko iskustvo jer je u standardnim obrascima tenderske dokumentacije EBRD-a (koriste se obrasci EBRD-a jer EIB nema svoje obrasce) obrazac EXP 2 koji predviđa i podizvođačko iskustvo. Ovdje se mora spomenuti i činjenica da je jedan od ključnih objekata u sklopu ovog tendera i most preko rijeke Neretve u Počitelju dužine 945 m na visini od cca 100 m iznad korita Neretve. Glavnim projektom je predviđeno da se most gradi specijalnom građevinskom metodom slobodne konzolne gradnje. Podnositelj zahtjeva je na prethodnoj dionici autoceste upravo u ulozi podizvođača sagradio jedan takav gotovo identičan most

(Most Studenčica dužine 559m i visine 89 m). Odluka JP Autoceste da ovaj projekat ne uvaži ako ključno iskustvo i kao referentan objekt krajnje je diskriminirajuća i ograničavajuća isključivo za Podnositelja zahtjeva, ali i za neke druge domaće podizvođače koji su primjerice izveli radove na izgradnji tunela Bijela Vlaka, Tunela 1 Mart i druge velike i složene projekte na koridoru Vc.

- u tenderima koji se raspisuju po pravilima i procedurama EIB-a i drugih finansijskih institucija uobičajeno je da se odredi učešće Vodećeg partnera u JV (konzorciju) a i pojedinog partnera, što nije slučaj kod našeg Zakona o javnim nabavama. JP Autoceste kao Naručitelj radova morao je poštovati procedure EIB-a i propisati učešće koje se za Vodećeg partnera kreće u rasponu od 60-75% a za partnera od 25-40%.
- kada je EIB dana 08.03.2017. godine uputio suglasnost za poništavanje tendera jasno je naglasio korisniku kredita JP Autoceste da su dužni prezentirati opće mjere koje namjeravaju poduzeti u cilju uspostavljanja institucionalnog/regulatornog okvira za provođenje budućih konkursa, na otvoren, pravedan i transparentan način sukladno Vodiču za nabave EIB-a. Prema tenderskoj dokumentaciji Dio 1, Upute Ponuđačima član 35-Obavijest o dodjeli, te član 35.5 Podatci o tenderu, navedeno je da ponuđači imaju pravo uložiti prigovor/žalbu neovisnom odboru za žalbe kod Federalnog ministarstva saobraćaja i komunikacija. Moramo naglasiti da je Vlada FBiH osnovala JP Autoceste, a ministarstvo saobraćaja i komunikacija kao resorno ministarstvo nadzire i upravlja radom JP Autoceste, pa tako ne možemo govoriti o neovisnom tijelu koje odlučuje o žalbama ponuđača. Također naglašavamo da se u Bosni i Hercegovini inače zakonitost provođenja javnih nabava provodi u dva stepena. Prvi stepen provodi sam Naručitelj, a u drugom stepenu odlučuje neovisno tijelo-Ured za razmatranje žalbi. Također je omogućeno da ponuđači svoja prava potraže i u sudskom postupku kroz vođenje Upravnog spora pred Sudom BiH. Nijedan od ovih institucionalnih oblika zaštite nije primjenjen pa u tom smislu nije ni ispoštovan zahtjev Banke da se osigura institucionalni okvir za zakonito postupanje, čime se ponovo onemogućava zdrava i pravična konkurencija, jer oštećene strane nemaju apsolutnu nikakvu mogućnost pravne zaštite.

- da na temelju svega iznesenog Podnositelj zahtjeva traži od Konkurencijskog vijeća da donese Zaključak o pokretanju postupka radi utvrđivanja postojanja zabranjenog sporazuma iz članka 4. Zakona kao i Rješenje kojim se utvrđuje da predmetni tender predstavlja zabranjeni sporazum kako je navedeno u Zahtjevu za pokretanje postupka, kao i privremenu mjeru kojom se zabranjuje daljnje postupanje po predmetnom javnom tenderu.

Analizirajući Zahtjev i dokumentaciju koju je Podnositelj zahtjeva dostavio uz isti, Konkurencijsko vijeće je ocijenilo da nije moguće bez provedenog postupka utvrditi postojanje povreda Zakona na koje Podnositelj zahtjeva ukazuje, te je na 11. sjednici održanoj dana 11.10.2017. godine, sukladno članku 32. stavak (1) Zakona, donijelo Zaključak o pokretanju postupka broj: UP-03-26-3-021-9/17 (u daljnjem tekstu: Zaključak).

Sukladno članku 33. Zakona, Konkurencijsko vijeće je Zahtjev i Zaključak dostavilo na odgovor JP Autoceste dana, 12.10.2017.godine aktom broj: UP-03-26-3-021-13/17.

JP Autoceste je dana 02.11.2017. godine Konkurencijskom vijeću pod brojem: UP-03-26-3-021-15/17 dostavio odgovor na Zahtjev i Zaključak o pokretanju postupka u kome ističe sljedeće:

- da se prije svega na temelju navoda Podnositelja i dokaza priloženih uz zahtjev može zaključiti da cilj ovog postupka nije dokazivanje zabranjenih elemenata koji su predmet Zakona o konkurenciji, već pokušaj da Podnositelj lično proglasi nezakonitim ovu javnu nabavu kako bi on bio izabran. Prema tome, za razmatranje ovog zahtjeva nedostaju dokazi koji bi ukazali da je „narušena tržišna konkurencija“ kao sistemska pojava uslijed aktivnosti koje su stipulisane u članku 4. stavak 1. Zakona o konkurenciji. Podnositelj de facto dokazuje da je konkretna javna nabava protivna navedenom Zakonu jer podnositelj lično ne ispunjava uvjete iz navedenog postupka javne nabave. Takav individualni interes, bez dokazivanja „bića ovog djela“, a to je je „narušena tržišna konkurencija“ ukazuje na neutemeljenost i cilj da se jednom subjektu omogući da bude izabran u postupku, bez obzira što nije narušena tržišna konkurencija.

- da je navedeni postupak međunarodnog karaktera, proveden po međunarodnopravnim normativima, pri čemu je primjena bh. prava ograničena. Samim tim, i pojam „tržišne konkurencije“ u ovom slučaju bi se morao tumačiti kao „međunarodne tržišne konkurencije“, jer je i cilj ovakvih i sličnih postupaka, a u cilju ostvarenja javnog interesa, da se omogući međunarodna konkurencija. Primjera radi, na ovakvim poslovima mogu učestvovati i gospodarski subjekti, „udruženi poduhvati / tzv. *joint venture*“ i konzorciji koji, kao takvi, uopće nemaju sjedište u Bosni i Hercegovini, konzekventno, ako bi se donijela odluka po zahtjevu podnositelja, „oborili“ bi se međunarodni pravni akti Europske investicione banke (EIB) koji propisuju uvjete pod kojim se: a) daju finansijska sredstva Bosni i Hercegovini i b) procedure kojima se provodi javni interes, a to je daljnja izgradnja međunarodne saobraćajne infrastrukture. To bi bio presedan.

- da se iz svih navoda Podnositelja i dokaza priloženih uz zahtjev je jasno vidljivo da se u konkretnom slučaju ne radi o bilo kakvom „sporazumu“ u smislu odredbe članka 4. stavak 1. Zakona o konkurenciji BiH, te da je zahtjev očigledno rezultat subjektivnih mišljenja i stavova podnositelja koji nisu potkrijepljeni niti jednim mjerodavnim i konkretnim dokazom. Samim tim, nema dokaza ko se s kim sporazumio da narušava, navodno, „međunarodnu tržišnu konkurenciju“. Dokazivanje „postojanja sporazuma“ je, također, biće ovog djela, a za to nema apsolutno nikakvih dokaza.

- da se ovdje posebno ukazuje na činjenicu da se radi o Međunarodnom tenderu oglašenom u postupku javnih nabava radova i nadzora na izgradnji autoceste, koji je, po svojoj pravnoj prirodi, javni poziv za zaključenje ugovora upućen neodređenom broju potencijalnih ugovarača, koji za uspješno učešće u postupku moraju zadovoljiti kriterije koje propisuje ugovorni organ tenderskom dokumentacijom, a koja mora biti sukladna sa pravilima EIB. JP Autoceste kao ugovorni organ uslove javnog poziva određuje isključivo na temelju kriterija iz Vodiča za nabavke EIB-a (što ne spori ni Podnositelj zahtjeva) te niko osim EIB-a ne može preispitivati, ocjenjivati ili mijenjati te uslove što upravo želi postići podnositelj zahtjeva. Podnositelj zahtjeva uopće ne spori ni činjenicu da je EIB dao suglasnost i na poništenje ranijeg tendera, a i na postavljene uvjete u predmetnom tenderu, ali tvrdi, očigledno subjektivno, da tender nije bio otvoren, pravedan i transparentan iako i sam potvrđuje da se procedure provođenja tendera određuju sukladno Vodiču za nabave EIB-a, čime sam sebe dovodi u kontradikciju. Naime, podnositelj zahtjeva je, nesporno, ravnopravno sa ostalim učesnicima, učestvovao u predmetnom tenderu, postupak je bio potpuno transparentan, a EIB, kao jedina ovlaštena institucija i tumač uvjeta je kroz izdavanje svih suglasnosti jasno potvrdio da su i uvjeti i provedena procedura potpuno sukladni sa Vodičem za nabave, tj. da su zakoniti i transparentni. Dakle, ukratko, uvjete i procedure i postupak provođenja tendera određuje i tumači samo EIB kao glavni financijer projekta (ovo ne spori ni podnositelj zahtjeva), kroz primjenu Vodiča za nabavke, a u konkretnom slučaju navedena institucija je jasno potvrdila daje sve bilo sukladno sa Vodičem.

- da su neutemeljene tvrdnje Podnositelja zahtjeva koje impliciraju da je isti ciljano diskriminiran uvjetima danim u predmetnom tenderu. Naime, klauzulom 3.4.1. Vodiča za nabave EIB-a izričito je propisano sljedeće: *"Nikakav predloženi ugovor se ne može dijeliti s namjerom da se izbjegne primjena ovog Vodiča. Posebno, dijeljenje radova na nekoliko malih ugovora sa jedinom svrhom favorizovanja domaćih izvođača nije prihvatljiv za Banku, osim ako investitor može da dokaže da bi to bilo povoljnije za ciljeve ekonomičnosti i učinkovitosti realizacije projekta.*“ U konkretnom slučaju, kada je u pitanju dionica Počitelj - Zvirovići u 2014. godini, bivša Uprava, vodeći se izuzecima propisanim u naprijed citiranoj odredbi Vodiča, uspjela je dogovoriti sa EIB-om podjelu na dva LOT-a u cilju ekonomičnosti i povećanja konkurentnosti, ali na uštrb učinkovitosti koja u tom momentu nije bila ključni parametar jer nije bio završen glavni projekat, a niti postupak eksproprijacije. S obzirom da nakon dvije godine ovaj proces nije pokrenut, a stvoreni su svi preduvjeti za početak izgradnje (završen glavni projekat, izvršena eksproprijacija, odobrena finansijska sredstava) aktualna Uprava JPAC je dovedena u poziciju da mora poništiti tendere iz 2014. godine i, radi postizanja učinkovitosti jer je izgubljeno mnogo vremena, doslovno i rigorozno primjeniti pravila iz Vodiča za nabave EIB-a, te objaviti tender za jedan LOT na što je suglasnost dao EIB, a što je nesporno. O svemu prednje navedenom je Uprava JPAC pravovremeno informisala i Nadzorni odbor. Dakle, upravo raniji tender na koji se poziva Podnositelj zahtjeva je bio izuzetak od striktnih uobičajenih pravila EIB-a, te je isti predstavljao svojevršno favoriziranje domaćih kompanija, pa i podnositelja zahtjeva, (uz odobrenje EIB-a). Sada, u uvjetima kada je raspisan novi tender isključivo prema doslovnim i striktnim pravilima iz Vodiča za nabave EIB-a, apsolutno nema nikakvog uporišta za tvrdnje da je bilo ko, pa i Podnositelj zahtjeva, diskriminiran. Pojednostavljeno, doslovno provođenje klauzule 3.4.1. Vodiča za nabave EIB-a NE MOŽE PREDSTAVLJATI DISKRIMINACIJU, pa su tvrdnje podnositelja zahtjeva isključivo subjektivnog viđenja nezadovoljstva istog odlukom Menadžmenta JPAC o davanju prednosti učinkovitosti projekta i doslovnoj primjeni zakona ti. Vodiča, za što je EIB dao punu podršku i suglasnost.

- da je podneseni zahtjev neutemeljen i očigledno subjektivan potvrđuje i činjenica da se sam Podnositelj poziva na odredbu članka 10. stavak 1. točka (c) Zakona o javnim nabavkama BiH (SI.glasnik BiH br.39/14) koja glasi: *„Od primjene ovog zakona izuzimaju se: c) ugovor koji se dodjeljuje u skladu s međunarodnim sporazumom prema kojem se primjenjuje posebna procedura međunarodnih, kreditnih ili donatorskih aranžmana ili ugovor o javnoj nabavci koji je zaključen u skladu s posebnim pravilima definiranim međunarodnim ugovorom između Bosne i Hercegovine i jedne ili više država za projekte koje će ugovorne strane zajednički izvoditi ili koristiti...“.* Citirana zakonska odredba pored isključenja primjene bosanskohercegovačkog zakonodavstva u slučajevima međunarodnih projekata i postupaka dodjele ugovora (što projekat izgradnje Koridora Vc nesporno jeste) i izravnog upućivanja na primjenu posebnih međunarodnih propisa kao *lex specialis* propisa (u konkretnom slučaju je to Vodič za nabavke Europske investicione banke - EIB), potvrđuje i primjenu posebne procedure koju određuju međunarodni kreditori, a to je u ovom slučaju EIB. Dakle, i uvjeti i procedure su određene Vodičem za nabavke EIB-a, te kako upravo EIB nije imao primjedbi, odnosno dao je suglasnosti kako na proceduru tako i na uvjete predmetnog tendera, to podnositelj zahtjeva iste ne može mijenjati niti preispitivati pred domaćim bosanskohercegovačkim organima, nego iste mora prihvatiti kao takve. Imajući u vidu prednje navedeno potpuno je irelevantno pozivati se na različite odluke i mišljenja pojedinih tijela unutar JP Autoceste FBiH d.o.o. Mostar, te podnositelj zahtjeva nema ni ovlaštenje preispitivati interni rad ovog preduzeća. A čak, i kad bi imao to pravo činiti, isti ne bi imali apsolutno nikakvo značenje jer, ponavljamo, *i procedure i uvjete tendera određuje ustvari međunarodni kreditor - EIB u ovom slučaju i to posebnim lex specialis propisom - Vodičem za nabave.* Cjelokupna nadležnost i odgovornost raspisivanja tendera i realizacije projekata izgradnje autoceste na Koridoru Vc je na Upravi JPAC i njenim

organizacijskim dijelovima, koja jedina prema zakonskim i statutarnim odredbama, ima ljudske i tehničke resurse da procjeni optimalna rješenja za implementaciju projekata.

- da su neutemeljene i netočne i tvrdnje Podnositelja zahtjeva da predmetnim tenderom nije osiguran institucionalni pravni okvir za provođenje istog. Prema Tenderskoj dokumentaciji Dio 1, Upute ponuđačima član 35 - Obavijest o dodjeli, te član 35.5 Podaci o tenderu navedeno je da ponuđači imaju pravo uložiti prigovor/žalbu neovisnom odboru za žalbe kod Federalnog Ministarstva prometa i komunikacija. Naime, u rješenju Federalnog ministarstva prometa i komunikacija o imenovanju Komisije za žalbe, broj: 01-27-824/17 od 10.05.2017.godine, u točki 2. propisuje se nadležnost iste sljedećom formulacijom: „Poslovi i zadaci Komisije su da u svojstvu drugostepenog organa odlučuje o žalbama na Odluke koje donosi JP Autoceste FBiH d.o.o. Mostar kao ugovorni organ u postupku javnih nabavki radova i nadzora na izgradnji autoceste na koridoru Vc, poddionica PočiteihZvirovići. " Kvalifikacije izrečene u zahtjevu podnositelja o neovisnosti odnosno zavisnosti nadležnih organa samo po osnovu načina osnivanja ili biranja istih smatramo neprimjerenim, subjektivnim i apsurdnim, te iste ne želimo posebno analizirati.

- da se iz prednjih navoda je sasvim jasno i očito da je do povećanja kriterija odnosno uvjeta tendera došlo samo zbog objavljivanja za jedan LOT, a ne dva LOT-a što je bio raniji slučaj i što je predstavljalo izuzetak od doslovne primjene pravila EIB-a. Sada su pravila EIB-a doslovno primjenjena zbog promjenjenih okolnosti (završen glavni projekat, izvršena ekspropijacija, odobrena financijska sredstava) u kojima se više nije mogao ishoditi izuzetak kod EIB-a, a što svakako ne može predstavljati nikakvu diskriminaciju bilo kojeg učesnika, pa ni podnositelja zahtjeva.

Gospodarski subjekt JP Autoceste je dalje u svom odgovoru na Zahtjev i Zaključak o pokretanju postupka detaljnije opisao uvjete predmetnog tendera, a koji se problematiziraju u podnesenom Zahtjevu, te u bitnom ističe sljedeće:

1. Prosječan godišnji promet

U Dijelu 1, Sekcija III: Evaluacijski i kvalifikacijski kriteriji propisani su kriteriji koje potencijalni ponuđač mora dokazati da ispunjava kako bi bio kvalifikovan za dodjelu ugovora. Kriterij koji se tiče financijske situacije, propisan točkom 2.3.2. je prosječan godišnji promet. Istim je propisano da ponuđač mora posjedovati prosječni godišnji promet kao glavni ugovarač, u posljednjih pet godina, ne manji od 80.000.000 eura. Naime, prilikom definiranja navedenog kriterija JP „Autoceste FBiH“ se u potpunosti vodilo instrukcijama danim u okviru EBRD-ove standardne tenderske dokumentacije kojom je jasno propisano slijedeće:

„Prosječan godišnji promet: Ponuđač će imati prosječan godišnji promet kao glavni ugovarač (definirano kao radovi u toku i završeni) u proteklih (specificirati broj godina)¹ godina ne manje od EURO (specificirati iznos)***

Dakle, JP „Autoceste FBiH“ su u potpunosti ispoštovalo pomenute instrukcije propisivanjem navednog kriterija. Naime, kao posmatrani period je propisan period od posljednjih pet godina, dok je koeficijent korišten prilikom izračuna iznosa traženog prosječnog godišnjeg prometa 2.

¹ * ovaj period je uobičajno pet godina...

** uobičajno ne manje od 2,5 puta od procijenjenog godišnjeg gotovinskog toka u predloženom ugovoru...Koeficijent može biti manji za veoma velike ili veoma male ugovore, ali ne manji od 1,5“

Isto je jasno ukoliko se uzme u obzir da je procijenjenja vrijednost postupka nabave 100.000.000 eura, dok je planirani rok izgradnje 30 mjeseci. Dakle, prosječan godišnji gotovinski tok je 40.000.000 eura ($100.000.000,00 / 30 = 3.333.333,00 * 12 - 40.000.000,00$). Naime, navedeni zahtjev je u potpunosti kreiran u skladu sa instrukcijom datom u okviru EBRD-ove standardne tenderske dokumentacije. Međutim, kako je i JP „Autoceste FBiH“ upoznato sa lokalnom domaćom računovodstvenom regulativom, te činjenicom da se u bilansama domaćih kompanija iskazuju tri vste prihoda (operativni, finansijski i ostali), JP „Autoceste FBiH“ je kreiranjem obrasca FIN-1 jasno dalo instrukciju ponuđačima na koji način će dokazati ispunjavanje gore navedenog kriterija. Dakle, ponuđači su obvezni dati jasan pregled prihoda (operativni prihod kao prihod iz osnovne djelatnosti preduzeća) u posljednjih godina što će JP „Autoceste FBiH“ i cijeliti prilikom evaluacije ponuda.

2. Ključno iskustvo u izvođenju dva ugovora slične prirode u vrijednosti

U Dijelu 1, Sekcija III: Evaluacijski i kvalifikacijski kriteriji propisani su kriteriji koje potencijalni ponuđač mora dokazati da ispunjava kako bi bio kvalifikovan za dodjelu ugovora. Kriterij koji se tiče iskustva propisan točkom 2.4.1. a) je uspješno iskustvo kao glavnog ugovarača, vodećeg partnera ili partnera u zajedničkom poduhvatu u izvođenju najmanje tri projekta, prirode i kompleksnosti kao predloženi ugovor u posljednjih pet godina. Vrijednost svakog pojedinačnog ugovora ne smije biti manja od 60 milijuna eura. Naime, prilikom definiranja navedenog kriterija JP „Autoceste FBiH“ se u potpunosti vodilo instrukcijama datim u okviru EBRD-ove standardne tenderske dokumentacije kojom je jasno propisano slijedeće:

„Iskustvo: Ponuđač će dokazati da posjeduje uspješno iskustvo kao glavni ugovarač u izvođenju namanje tri ugovora prirode i kompleksnosti kao predloženi ugovor u posljednjih (specificirati broj godina)...“*

kao i u okviru EBRD-ove standardne pretkvalifikacijske tenderske dokumentacije kojom je jasno propisano slijedeće:

„...Pojedinačna vrijednost ugovora treba biti ne manja od 60% procijenjene vrijednosti ugovora.“

Dakle, JP „Autoceste FBiH“ su u potpunosti ispoštovale pomenute instrukcije propisivanjem navednog kriterija. Naime, kao posmatrani period je propisan period od posljednjih pet godina, dok je traženo tri ugovora minimalne vrijednosti 60.000.000 eura. Isto je sasvim jasno ukoliko se uzme u obzir da je procijenjenja vrijednost postupka nabave 100.000.000 eura, dakle 60% iste je 60.000.000 eura.

Nadalje, navod podnositelja zahtjeva da predmetni kriterij nije moguće zadovoljiti udruživanjem u neki od oblika strateškog partnerstva je neutemeljen. Naime, uzimajući u obzir zajedničke i pojedinačne obveze partnera u zajedničkom partnerstvu, što je jasno i navedeno u u okviru EBRD-ove standardne pretkvalifikacijske tenderske dokumentacije, svaki partner će ispuniti ne manje od 30% kvalifikacionih kriterija koji se tiču obrta i finansijske situacije. Upravo postupajući sukladno sa pomenutom instrukcijom, JP „Autoceste FBiH“ je navelo na koji način, u slučaju dostavljanja ponude od strane dva ili više pravnih osoba udruženih u neki oblik strateškog partnerstva, je potrebno dokazati ispunjavanja propisanih kriterija.

3. Učešće vodećeg partnera u JV (učesće partnera)

U Dijelu 1, Sekcija IM: Evaluacijski i kvalifikacijski kriteriji, tablica 2.7 jasno su propisani zahtjevi koji se odnose na JV. Dakle, u slučaju dostavljanja ponude od strane pravnih osoba

udruženih u neki oblik strateškog partnerstva (joint venture, konzorciji i slično) vodeći partner mora ispuniti ne manje od 60%, odnosno ostali članovi ne manje od 30% kvalifikacionih kriterija koji se tiču prosječnog godišnjeg prometa i finansijskih izvora. Naime, prilikom definiranja navedenog kriterija JP „Autoceste FBiH“ se u potpunosti vodilo instrukcijama datim u okviru EBRD-ove standardne tenderske dokumentacije kojom je jasno propisano slijedeće:

„Uzimajući u obzir zajedničke i pojedinačne obaveze partnera u JVC A, svaki od partnera JVCA će ispuniti ne manje od 30% kvalifikacionih kriterija koji se odnose na aplikantov obrt i finansijsku poziciju...“

Dakle, JP „Autoceste FBiH“ su u potpunosti ispoštovale pomenute instrukcije propisivanjem navednog kriterija.

Iz svega navedenog je potpuno jasno da je JP Autoceste FBiH d.o.o. Mostar pri provođenju tenderske procedure postupalo potpuno zakonito, u cjelosti ispoštovalo i primijenilo odredbe Vodiča za nabave EIB-a kao lex specialis propis, dobilo sve potrebne suglasnosti i za uslove i za provedbu procedura predmetnog tendera, te da apsolutno ne postoje nikakvi zabranjeni sporazumi, ugovori, zajednička djelovanja, kao ni odluke ili drugi akti u smislu odredbe članka 4. stavak 1, Zakona o konkurenciji BiH, pa je očigledno da je zahtjev preduzeća Hering d.d. Široki Brijeg potpuno neutemeljen, te predlažemo Konkurencijskom vijeću BiH da isti odbije u cjelosti odnosno da donese konačno rješenje kojim će utvrditi da u predmetnom slučaju ne postoji povreda odredbi iz Zakona o konkurenciji BiH.

JP Autoceste u svome odgovoru na Zahtjev i Zaključak o pokretanju postupka također ističu da institut privremene mjere može biti aktiviran, prije svega, ako postoje dokazi da je zahtjev podnositelja prima facie utemeljen! Međutim, svi gore navedeni dokazi i obrazloženja ukazuju da je ovaj zahtjev prima facie neosnovan. Samim tim, da se donese privremena mjera narušavao bi se javni interes Bosne i Hercegovine. Osim toga, institut privremene mjere može biti aktiviran samo ako podnositelj može dokazati da će nastupiti „nenadoknadiva šteta“ za pojedine gospodarske subjekte. Međutim, apsolutno ne postoje dokazi koji na to ukazuju. Prema tome, donošenje privremene mjere i miješanje u uobičajeni tijek postupka apsolutno nije opravdan u konkretnom slučaju. Još jednom ponavljamo, iz naprijed navedenog i obrazloženog je jasno da ne postoje uvjeti za određivanje privremene mjere iz članka 40. Zakona o konkurenciji BiH jer ne postoje nikakve povrede Zakona u konkretnom slučaju.

Upravo suprotno, određivanjem privremene mjere izravno bi se nanijela šteta JP Autoceste FBiH d.o.o. Mostar kao odgovornom javnom poduzeću, pa i cijeloj državi, jer bi se istom dodatno prolongirao kompletan projekat izgradnje predmetne dionice autoceste na Koridoru Vc, te bi potencijalo bila izgubljena i već odobrena finansijska sredstva od međunarodnih kreditora. Stoga, predlažemo ovom organu da odbije prijedlog za određivanje mjere osiguranja.

5. Usmena rasprava i daljnji tijek postupka

U daljnjem tijeku postupka, budući da se radi o postupku sa strankama sa suprotnim interesima, Konkurencijsko vijeće je zakazalo usmenu raspravu, sukladno članku 39. Zakona, za dan 29.11.2017. godine (pozivi dostavljeni Podnositelju zahtjeva aktom broj: UP-03-26-3-021-17/17 dana 15.11.2017. godine i JP Autoceste aktom broj: UP-03-26-3-021-18/17 dana 15.11.2017. godine). Na osnovu Molbe JP Autoceste da se usmena rasprava zakazana za 29.11.2017. godine odloži zbog nemogućnosti dolaska zakonskog zastupnika, Konkurencijsko vijeće zakazuje novu usmenu raspravu za dan 08.12.2017 (poziv dostavljeni Podnositelju zahtjeva aktom broj: UP-03-26-3-021-20/17 dana 24.11.2017. godine i JP Autoceste aktom broj: UP-03-26-3-021-21/17 dana 24.11.2017. godine).

Na usmenoj raspravi održanoj u prostorijama Konkurencijskog vijeća ispred Podnosioca zahtjeva prisutni su bili punomoćnici advokati Adnan Biser i Tomislav Bevanda, a ispred JP Autoceste punomoćnik odvjetnik Nedim Ademović

Podnositelj zahtjeva, i Protivna strana u postupku su ostali pri dosadašnjim iskazima, kao i dali dodatna pojašnjenja, te raspravili o predmetu postupka, a temeljem dokaza koji su dostavljeni u postupku.

Na pitanje voditelja postupka u kojoj je fazi trenutna provedba predmetnog projekta, punomoćnik JP Autoceste je odgovorio da je tender objavljen po uvjetima koje je odobrila Europska investicijska banka (EIB) i da se sada čeka odobrenje EIB-a.

Također, tokom usmene rasprave stranama je naloženo da dostave dodatnu dokumentaciju kojom će dokazati iznesene tvrdnje na usmenoj raspravi kao i dokumentaciju koja se tiče kriterija za vođenje procedura i raspisivanje tendera.

6. Ocjena dokaza

U postupku utvrđivanja postojana zabranjenog sporazuma iz članka 4. stavak (1) Zakona Konkurencijsko vijeće je u postupku koji je prethodio donošenju rješenja na nesporan način utvrdilo slijedeće činjenice:

- da je gospodarski subjekt JP Autoceste preduzeće koje je na teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine zaduženo za izgradnju, održavanje i upravljanje autocestama. Registrirano je 2010. godine na temelju Zakona o cestama Federacije Bosne i Hercegovine, Zakona o privrednim društvima i Odlukom o statusnim pitanjima JP Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine (Odluka V broj:593/10 od 01.07.2010.g).
- da je 11.05.2017. godine na web stranici JP Autoceste objavljen javni poziv za dostavljanje ponuda za izgradnju autoceste na koridoru Vc dionica Počitelj-Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići br. JPAC 841-B80-17, ukupne dužine 11 km, a koja uključuje izgradnju mosta Počitelj preko Neretve, tunel Počitelj i druge objekte. Financijer na ovom projektu je EIB (Europska Investicijska Banka) pa se procedura treba provesti sukladno sa Vodičem EIB-e.
- da je prethodno, krajem 2014.godine također za istu dionicu autoceste bio objavljen javni poziv za dostavljanje ponuda (u dva LOT-a) na kojem je Podnositelj zahtjeva uredno predao dokumentaciju, ali da je JP Autoceste dopisima broj: 01-01.3-7161-152/14 LH i broj: 01.-01.3-7157-130/14 LH od 31.03.2017. godine obavijestio Podnosioca zahtjeva i ostale ponuđače učesnike na javnom pozivu da je navedeni postupak poništen prije konačne ocjene ponuda iz razloga opsežnog protoka vremena od datuma podnošenja i otvaranja ponuda, do trenutnog datuma.
- da Bosna i Hercegovina ima potpisan Okvirni Sporazum između Bosne i Hercegovine i Europske Investicijske Banke kojim se reguliraju aktivnosti Europske Investicijske Banke u Bosni i Hercegovini iz 2007. godine, kojim se omogućuje lakše financiranje putem kredita, garancija i drugih instrumenata putem Banke za investicione projekte od interesa za Bosnu i Hercegovinu.
- da je člankom 10. stavak 1) točka c) Zakona o javnim nabavama Bosne i Hercegovine propisano da se od primjene ovog Zakona izuzimaju ugovori koji se dodjeljuju sukladno sa međunarodnim sporazumom prema kojem se primjenjuje posebna procedura međunarodnih, kreditnih ili donatorskih aranžmana ili ugovor o javnoj nabavi koji je

- zaključen sukladno s posebnim pravilima definiranim međunarodnim ugovorom između Bosne i Hercegovine i jedne ili više država za projekte koje će ugovorne strane zajednički izvoditi ili koristiti, ili na temelju međunarodnih sporazuma o stacioniranju trupa koje zaključi Bosna i Hercegovina.
- da je Evropska Investicijska Banka dopisom „Tenderski postupak za radove za izgradnju dionice Počitelj-Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići, od 21.12.2017. godine, broj: OPS/MA-3/2013-0476/MR/m/g, obavijestila JP Autoceste da nije u poziciji da dostavi (non-objection) suglasnost za postupak nabave radova na izgradnji autoceste na Koridoru Vc, dionica Počitelj-Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići, te da posljedično EIB neće moći financirati Ugovor o izgradnji koji bi proistekao u slučaju da se postupak nabave okonča i dodjeli Ugovor sukladno sa istim.
 - da je dana 31.01.2018. godine JP Autoceste donio Odluku o poništenju postupka nabave radova na izgradnji autoceste na Koridoru Vc, dionica Počitelj-Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići broj:01-335-4/18.

Konkurencijsko vijeće u predmetnom postupku posebno ističe članak 4. Zakona koji propisuje da su zabranjeni sporazumi, ugovori, pojedine odredbe sporazuma ili ugovora, zajednička djelovanja, izričiti i prešutni dogovori privrednih subjekata, kao i odluke i drugi akti gospodarskih subjekata (u daljnjem tekstu: sporazumi) koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na mjerodavnom tržištu, a koji se odnose na:

- a) izravno ili neizravno utvrđivanje kupovnih i prodajnih cijena ili bilo kojih drugih trgovinskih uvjeta;
- b) ograničavanje i kontrolu proizvodnje, tržišta, tehničkog razvoja ili ulaganja;
- c) podjelu tržišta ili izvora opskrbe;
- d) primjenu različitih uvjeta za identične transakcije s drugim gospodarskim subjektima, dovodeći ih u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;
- e) zaključivanje takvih sporazuma kojima se druga strana uvjetuje da prihvati dodatne obveze koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u svezi s predmetom sporazuma

Na temelju dostavljenih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja, kao i argumentacije iznesene tijekom postupka, savjesnom i detaljnom ocjenom svih dokaza, Konkurencijsko vijeće je razmatralo navedeni predmet i donijelo odluku da se Podnositelj u svom zahtjevu odbije, jer radnje koje se stavljaju na teret gospodarskom subjektu JP Autoceste ne predstavljaju zabranjeni sporazum iz članka 4. Zakona.

Prije svega, za potrebe ocjene predmetnog slučaja, Konkurencijsko vijeće je uvažilo i činjenicu kako predmetni javni poziv za izgradnju autoceste predstavlja javni poziv koji se raspisuje u skladu sa međunarodnim sporazumom prema kojem se primjenjuje posebna procedura međunarodnih, kreditnih ili donatorskih aranžmana, u ovom slučaju Europske Investicijske Banke, te se sukladno članku 10. Zakona o javnim nabavama Bosne i Hercegovine izuzima od primjene istog Zakona.

Cijeneći sve dokaze i činjenice u predmetnom postupku, a posebno činjenicu da se javni poziv za izgradnju autoceste na koridoru Vc dionica Počitelj-Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići br. JPAC 841-B80-17 nije realizovao, odnosno da je poništen prije nego je prouzrokovao bilo kakve posljedice po efektivnu konkurenciju na tržištu, Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da navedeni postupak javne nabave nije utjecao na bilo kakav način na tržišnu konkurenciju na mjerodavnom tržištu, pa shodno tome nije mogao ni prouzrokovati bilo kakve aktivnosti koje za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na mjerodavnom tržištu u smislu članka 4. stavak 1) Zakona.

Na temelju navedenog Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u točki 1. izreke ovog Rješenja.

Članak 40. Zakona o konkurenciji propisuje da Konkurencijsko vijeće može donijeti rješenje o privremenoj mjeri, na temelju preliminarno utvrđene povrede, kada smatra da pojedine radnje sprječavaju, ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenciju, u smislu ovog zakona, prijete nastanku izravnog štetnog utjecaja za pojedine gospodarske subjekte, odnosno pojedine grane gospodarstva ili za interese potrošača.

Analizirajući gore navedene dokaze i činjenice Konkurencijsko vijeće nije moglo preliminarno utvrditi povredu Zakona, koja bi mogla kratkoročno štetno utjecati na pojedine gospodarske subjekte, odnosno dostavljeni podatci iz predmetnog zahtjeva su nedovoljni za utvrđivanje preliminarne povrede, te se na temelju istih nije moglo utvrditi da pojedine radnje sprječavaju, ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenciju, u smislu ovog Zakona, prijete nastanku izravnog štetnog utjecaja za pojedine gospodarske subjekte, odnosno pojedine grane privrede ili za interese potrošača, te ne postoje osnovani razlozi za donošenje rješenja o privremenoj mjeri.

Na temelju navedenog Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u točki 2. izreke ovog Rješenja.

Konkurencijsko vijeće se u ovom postupku nije bavilo odnosima, odnosno nadležnostima menadžmenta i Uprave JP Autoceste, odnosno direktora i Upravnog i Nadzornog odbora JP Autoceste, a na koje je Podnositelj zahtjeva ukazivao u svom zahtjevu, obzirom da je ovo pitanje van nadležnosti Konkurencijskog vijeća. Konkurencijsko vijeće je ispitivalo u okviru Zakona o konkurenciji, a sukladno svojim nadležnostima propisanim istim Zakonom, je li došlo do povreda iz članka 4. Zakona, odnosno da li predmetni javni poziv za izgradnju autoceste može predstavljati zabranjeni sporazum.

7. Troškovi postupka

Na usmenoj raspravi su stranke, u smislu članka 105. stavak (4) Zakona o upravnom postupku, upoznate sa obvezom podnošenja zahtjeva za naknadu troškova postupka (sa specifikacijom troškova).

Podnositelj je u svom Zahtjeva dostavio Zahtjev za naknadu troškova postupka u ukupnom iznosu od 861,0 KM + PDV.

Konkurencijsko vijeće je prilikom određivanja troškova postupka uzelo u obzir odredbe Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“, br29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), i to član 105. stav (2) Zakona o upravnom postupku kada u postupku sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima, stranka koja je izazvala postupak, a na čiju je štetu postupak okončan, dužna je protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su joj nastali sudjelovanjem u postupku.

Konkurencijsko vijeće je odbilo zahtjev Podnositelja zahtjeva za nadoknadu troškova postupka, budući da navedeni gospodarski subjekt nije uspio u postupku, te stoga nema pravo na nadoknadu troškova postupka, u smislu Zakona o upravnom postupku.

Na temelju gore navedenog, Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u točki 3. izreke ovog Rješenja.

8. Pouka o pravnom lijeku

Protiv ovoga Rješenja nije dozvoljen priziv.

Nezadovoljna strana može pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana primitka, odnosno objavljivanja ovoga Rješenja.

Predsjednica

Adisa Begić