

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренцијски савет

ZAKLJUČAK

**o odbacivanju Zahtjeva za pokretanje postupka gospodarskog subjekta Hering d.d.
Široki Brijeg protiv gospodarskog subjekta JP Autoceste Federacije Bosne i
Hercegovine d.o.o. Mostar radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu
članka 10. stavak (2) točke b) i c) Zakona o konkurenciji**

**Sarajevo
prosinac, 2018. godine**



Broj: UP- 04-26-2-025-13/18
Sarajevo, 27.12.2018. godine

Konkurencijsko vijeće BiH, na temelju članka 25. stavak (1) tačka e), članka 42. stavak (2), a u svezi sa člankom 26. Zakon o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09) i člankom 58. stavak (4) Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), rješavajući po Zahtjevu za pokretanje postupka gospodarskog subjekta Hering.d.d. za projektiranje i graditeljstvo Široki Brijeg, Provo bb, Široki Brijeg protiv gospodarskog subjekta JP Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o., Braće Fejića bb, Mostar, radi utvrđivanja zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članka 10. stavak (2) točke b) i c) Zakona o konkurenciji, na 43. (četrdesettrećoj) sjednici održanoj dana 27.12.2018. godine, donijelo je sljedeći:

ZAKLJUČAK

1. Odbacuje se Zahtjev za pokretanje postupka gospodarskog subjekta Hering d.d. za projektiranje i graditeljstvo, Široki Brijeg protiv JP Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o. Mostar, radi utvrđivanja zabranjenog konkurencijskog djelovanja u smislu članka 10. stavak (2) točke b) i c) Zakona o konkurenciji, zbog stvarne nenadležnosti.
2. Ovaj Zaključak će biti objavljen u „Službenom glasniku BiH“, službenim glasilima entiteta i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

Obrazloženje

Konkurencijsko vijeće je zaprimilo, pod brojem: UP- 04-26-2-025-1/18 dana 31.07.2018. godine, Zahtjev za pokretanje postupka (u daljnjem tekstu: Zahtjev) gospodarskog subjekta Hering d.d. za projektiranje i graditeljstvo Široki Brijeg, Provo bb, Široki Brijeg (u daljnjem tekstu: Hering ili Podnositelj zahtjeva), zasupanog putem odvjetnice Amine Đugum, Fra Andela Zvizdovića 1, BC UNITIC, Tower B/II, 71000 Sarajevo, protiv gospodarskog subjekta JP Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine d.o.o., Braće Fejića bb, Mostar (u daljnjem tekstu: JP Autoceste) u svezi zlouporabe vladajućeg položaja na mjerodavnim tržištima u Bosni i Hercegovini.

Zahtjev je samoinicijativno dopunjen dana 01.08.2018. godine podneskom broj: UP- 04-26-2-025-2/18.

Uvidom u zaprimljeni Zahtjev Konkurencijsko vijeće je utvrdilo da isti treba dopuniti te je u tom smislu dana 09.08.2018. godine aktom broj: UP- 04-26-2-025-3/18 uputilo Zahtjev za dopunom Zahtjeva za pokretanjem postupka.

Podnositelj zahtjeva je traženu dopunu dostavio dana 17.08.2018. godine podneskom broj: UP- 04-26-2-025-4/18 i podneskom broj: UP- 04-26-2-025-5/18.

U Zahtjevu i naknadnim dopunama Zahtjeva se, između ostalog, navodi sljedeće:

- Hering je građevinsko preduzeće registrirano u Registru poslovnih subjekata kod Općinskog suda u Širokom Brijegu pod brojem 64-02-0002-08, sa sjedištem na adresi Provo bb, Široki Brijeg, Bosna i Hercegovina. Osnovna registrirana djelatnost gospodarskog subjekta Hering je izgradnja cesta i autocesta;
- JP Autoceste registrirano je 2010. godine na temelju Zakona o cestama Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj 12/10 i 16/10), Zakona o gospodarskim društvima ("Službene novine Federacije BiH", broj 81/15) i Odlukom o statusnim pitanjima JP Autoceste Federacije Bosne i Hercegovine (Odluka V broj: 593/10 od 01.07.2010. godine) koju je donijela Vlada Federacije Bosne i Hercegovine na 149. sjednici održanoj 1. srpnja 2010. godine u Sarajevu; na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine je isključivo zaduženo za upravljanje, građenje, rekonstrukciju, održavanje i zaštitu autocesta i brzih cesta;
- Gospodarski subjekt JP Autoceste je na temelju Zakona o cestama FBiH te Odluke broj: 593/10 zaduženo za upravljanje, građenje, rekonstrukciju, održavanje i zaštitu autocesta u FBiH, što predstavlja *de facto* i *de jure* monopol, odnosno vladajući položaj u smislu članka 9. Zakona o konkurenciji.

Izvođenje radova gradnje, rekonstrukcije i održavanja autocesta JP Autoceste ustupaju po postupku i na način utvrđen Zakonom o javnim nabavama, pri čemu JP Autoceste u predmetnom slučaju narušavaju i ograničavaju konkurenciju kroz raspisivanje nezakonitih tendera, jer se isti kreiraju na način da efektivno ograničavaju konkurenciju. Gospodarski subjekt JP Autoceste definiše kriterije za sudjelovanje u pojedinačnim postupcima pa je tako, kako se navodi u Zahtjevu, i sa spornim pozivima za dostavljanje ponuda za gradnju dionice autoputa Koridora Vc, Počitelj-Zvirovići.

Predmetni Zahtjev tiče se aktivnosti JP Autoceste koje predstavljaju zlouporabu vladajućeg položaja u smislu članka 10. Zakona tako što je neopravdano raspisivao tender sa diskriminatornim i ograničavajućim karakteristikama, koje narušavaju učinkovitu konkurenciju na mjerodavnom tržištu Bosne i Hercegovine. Podnositelj zahtjeva ističe da se oblici zlouporabe vladajućeg položaja primarno mogu svrstati u one koji su obuhvaćeni odredbama članka 10. stavak (2), točke b) i c) Zakona o konkurenciji.

JP Autoceste je ograničio Podnositelju zahtjeva i drugim konkurentima sudjelovanje na nizvodnom tržištu te je kroz ciljanu promjenu tenderskih uvjeta namjeravao Podnositelju zahtjeva i drugim sudionicima uskratiti mogućnost participacije u samom tenderu.

Prema Zakonu o cestama FBiH, upravitelji cesta, kao što je JP Autoceste, izravno ne izvode radove gradnje, rekonstrukcije i održavanja javnih cesta. Izuzetno, mogu izvoditi navedene radove, ako imaju potrebne kapacitete i ukoliko je to u funkciji racionalnosti, boljeg funkcioniranja sustava i ako je tehnološki i ekonomski opravdano.

Podnositelj zahtjeva predlaže da mjerodavno tržište predmetnog postupka bude tržište javnih nabava radova na izgradnji autoceste na Koridoru Vc na području FBiH.

Imajući u vidu da je gospodarski subjekt JP Autoceste osnovan kroz Zakon o cestama FBiH, na osnovu čega mu je i dano ovlaštenje za upravljanje, građenje, rekonstrukciju, održavanje i zaštitu autocesta i brzih cesta, njegov tržišni udjel na ovom mjerodavnom tržištu je 100%.

JP Autoceste se na mjerodavnom tržištu može ponašati potpuno neovisno od stvarnih ili mogućih konkurenata, pošto je jedini sudionik na mjerodavnom tržištu. Sukladno tome, kako se pretpostavlja da gospodarski subjekt ima vladajući položaj ako je njegov tržišni udjel veći od 40%, a kako JP Autoceste imaju tržišni udjel od 100% na mjerodavnom tržištu - JP Autoceste imaju vladajući položaj na mjerodavnom tržištu.

Sukladno navedenom, JP Autoceste imaju vladajući položaj na mjerodavnom tržištu javnih nabava radova na izgradnji autoceste na Koridoru Vc na području FBiH, u smislu članka 9. Zakona.

Podnositelj zahtjeva, dalje u Zahtjevu, navodi na koji način JP Autoceste vrše zlouporabu vladajućeg položaja i to:

- Prije svega, tenderska procedura za projekat izgradnje autoceste na koridoru Vc dionica Počitelj Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići provodi se treći put;
 - Prvi put, tender je bio raspisan u dva LOT-a (LOT 1 Čvor Počitelj- Most Počitelj (km 0+000,00 do km 4+404,00) JPAC 612-B64-14 i LOT 2 Most Počitelj- Zvirovići (km od 4+404 do 11+075.00) JPAC 616-B65-14). Nakon predkvalifikacijskog procesa i predaje finansijskog dijela ponuda, u postupku evaluacije dogodili su se propusti i radnje koje su upućivale na nepravilnosti i vanjske pritiske zbog čega je i posebni odjel Europske investicione banke i to odjel za prevare i istrage vodio posebnu istragu. Postupak javne nabave je na kraju poništen, a rezultati istrage nikada nisu prezentirani. Hering kao vodeći partner u konzorciju Hering & Viadukt na ovom tenderu je zadovoljio uvjete tendera i konzorcij Hering & Viadukt je dao najjeftiniju ponudu za oba LOT-a.
 - Drugi tender je bio raspisan kao jedinstveni tender bez podjele na LOT-ove iako je postojao zaključak Nadzornog odbora JP Autoceste i nalog Upravi JP Autoceste da se tender raspiše u dva LOT-a po istim uvjetima kao i prvi. Kvalifikacijski kriteriji su bili postavljeni tako visoko da ih Hering nije mogao zadovoljiti niti kao partner, pa je u tenderu sudjelovao kao predloženi podizvođač konzorciju Azvirt & Power China koji je na ovom tenderu dao i najpovoljniju ponudu. Ponovno su u evaluacijskom procesu napravljeni propusti koji su doveli do poništenja tendera. Konkretno, direktor JP Autoceste je prije okončanja postupka javnih nabava javno objavio da je izvođač radova Konzorcij Strabag & Euroasfalt, čime je narušio povjerljivost postupka i objavio podatke vezane za tender prije nego su oni predočeni ponuđačima.

JP Autoceste je u oba ova tendera predlagao da kao izvođač bude izabran skuplji ponuđač i to oba puta isti - konzorcij Strabag & Euroasfalt.

Prema navodima iz Zahtjeva treći put se raspisuje tender, a već je nakon drugog tendera jasna bila namjera JP Autoceste da eliminira iz natječajne procedure pojedinačne učesnike, te na taj način eliminira konkurenciju. Kriteriji koji su sad postavljeni ukazuju da se iz natjecanja željelo ukloniti Podnositelja zahtjeva ali i druge koji su sa Podnositeljem zahtjeva do sada surađivali. Pored toga, ovakvi kriteriji su prezahtjevni i toliko ograničavajući da je općenito konkurentnost na ovom tenderu dovedena u pitanje. Objava tendera u dva LOT-a samo je prividno napravljena. Naime, iako je formalno ovaj tender objavljen u dva LOT-a, postoji

ograničenje sudjelovanja jer ukoliko se ponuđač prijavljuje za oba LOT-a mora zadovoljiti kumulativne zahtjeve u pogledu prosječnog godišnjeg prometa u posljednjih 5 godina.

Na prvom tenderu natječaj je bio podijeljen na dva LOT-a koji su imali svoje pojedinačne zahtjeve u pogledu tehničkih i financijskih kvalifikacijskih zahtjeva i ponuđači su mogli odabrati da sudjeluju na jednom ili oba LOT-a bez ograničenja, ukoliko su ispunjavali pojedinačne zadane kriterije. U ovom natječaju također je i sama podjela izvršena neprirodno i metodološki nelogično, pa shodno tome i diskriminatorno.

Jedan ugovor (LOT 1) obuhvaća izgradnja dijela trase autoputa tunel i mostove od čvora Zvirovići do mosta Počitelj (na desnoj strani rijeke Neretve) i dio trase iza mosta Počitelj na lijevoj strani rijeke Neretve (4+404,00 do km 11+075,00). Da bi se došlo do ove pozicije rada (s lijeve strane) potrebno je voziti preko 20 km. Za razliku od ove nelogične podjele prva objava tendera koja je također bila u dva LOT- a, bila je zemljopisno i organizacijski logična jer je jedan LOT bio od čvora Zvirovići do mosta Počitelj, a drugi je bio sam most i nastavak trase do stacionaže 11+075,00, što je i kraj ove dionice. Podjela u prvom raspisu je bila i financijski uravnotežena jer su oba LOT-a bila otprilike iste vrijednosti (po pola). Sada to nije slučaj jer LOT 1 ima puno veću vrijednost radi dodavanja dijela koji tehnološki i logički tamo ne pripada.

Podnositelj zahtjeva dodatno naglašava i same kriterije između prvog, drugog i trećeg tendera. Evidentno je da se kroz izmjene kriterija pojedinačnih tendera favorizira pojedinačan konzorcij te ograničava pristup ostalim sudionicima sukladno dokumentaciji i podacima prikupljenim na prva dva tendera. Naime, ovakva podjela na LOT-ove, kao što je sada slučaj u trećem tenderu, favorizira konzorcij sa društvom Euroasfalt.

Zahtjevi za iskustvo u izvođenju sličnih radova ili iskustvo u ključnim aktivnostima na ovom tenderu, osobito za LOT 2, su toliko nesrazmjerni predmetu nabavke i toliko ograničavajući da je konkurencija za ovaj LOT u potpunosti upitna. Zahtjev je da izvođač mora imati uspješno iskustvo u ulozi glavnog izvođača (jedan izvođač ili član u JV/konzorciju) u najmanje 3 projekta prirode i kompleksnosti slične kao predloženi ugovor (gradnja punog profila autoceste) sa vrijednošću ne manjom od 22 milijuna EUR za svaki, od kojih jedan treba biti gradnja most/vijadukta vrijednosti ne manje od 35 miliona EUR, i koji ima minimalne karakteristike da su mu je raspon minimalno 140 m, visina stupova 90m, a širina 20m.

Ovakav zahtjev je jako visok i u pogledu vrijednosti s obzirom da procijenjena vrijednost samog mosta Počitelj iz ranijih tendera iznosi cca 25 miliona EUR. Nadalje kombinaciju ovih zahtjeva je jako teško ostvariti budući da su fiksno dane i jasno određene.

Ovaj zahtjev je i dodatno ograničen činjenicom da partneri u konzorciju ne mogu zahtjeve specifičnog iskustva i iskustva u ključnim aktivnostima ispuniti kumulativno nego je izričito traženo da ove zahtjeve mora ispuniti isključivo vodeći partner.

Smisao ovog zahtjeva je da se dokaže da potencijalni izvođač ima iskustvo u gradnji sličnih objekata, a ne da se precizira visina, širina i raspon mosta. Ovaj zahtjev JP Autoceste je mogao formulirati i na način da neke okvirne parametre definira, zatim sličnost po metodologiji, po materijalima, a ne konkretno zadani objekt.

S druge strane, LOT 1 koji je sada financijski i tehnički zahtjevniji i obimniji, ima znatno manje zahtjeve (a ostali su skoro jednaki kao kod prvog tendera), tako da se traži ključno iskustvo u gradnji punog profila autoceste u tri ugovora u zadnjih 5 godina u vrijednosti od 41 milijun EUR (ranije je bilo 40 milijuna EUR i jedan ugovor) s tim da ovo iskustvo može biti i u ulozi podizvođača pa čak i zbrajanjem više ugovora, što je znatno manji zahtjev u odnosu na sami projekt.

Podnositelj zahtjeva napominje da je za LOT 1 povećan samo zahtjev godišnjeg prometa na način da Partner mora zadovoljiti minimalno 40% dok je na prvom tenderu bilo samo 25%. Sve ovo ukazuje na neekvivalentost tendera (odnosno već samih LOT-ova) u pogledu aspekta prava konkurencije.

JP Autoceste, na temelju prošlih tendera može jasno utvrditi koji procenat Podnositelj zahtjeva može ispuniti, međutim, Podnositelj zahtjeva smatra da ovakvo neopravdano postupanje i uvećanje udjela minimalnih kriterija predstavlja jednostrano postupanje, čiji opravdanje se ne može ni tehnološki ni ekonomski objektivno argumentirati te služe samo u jednu svrhu - narušavanju konkurencije kroz favoriziranje pojedinačnih učesnika, odnosno prilagođavanja kriterija pojedinačnom konzorciju.

Činjenica da je Banka (EIB) dala svoju suglasnost na kvalifikacijske kriterije na prvom tenderu dokazuje da su ispravni i da se po njima mogao raspisati i uspješno provesti natječaj, pa su izmjene kvalifikacijskih kriterija vršene isključivo na inicijativu JP Autoceste koji su bez ekonomskih i proceduralnih opravdanja samovoljno mijenjali kvalifikacijske kriterije iz tendera u tender.

Što se tiče ograničavanja konkurencije vezano za povezana lica Podnositelj zahtjeva ističe da u je **članku** 17.5. Podataka o tenderu (Tender data sheet) gospodarski subjekt JP Autoceste naveo da Ponuđači ne mogu koristiti iskustvo i kapacitete povezanih poduzeća, kćerka poduzeća niti supsidijarnih društava. Iskustvo koje će se uzeti u obzir je samo ono vlastito iskustvo ponuđača.

Podnositelj zahtjeva smatra da je ovakav kriterij jako ograničavajući osobito kada je poznato da većina svjetskih kompanija posluju kao korporacije ili grupacije više gospodarskih subjekata pa ovakvo ograničavanje u bitnom narušava konkurenciju na način da JP Autoceste očevidno sprečavaju ulazak na tržište gospodarskih subjekata koji pripadaju većim grupacijama, što, pored što je protivno pravilima slobodne tržišne utakmice, narušava i sve ekonomske zakonitosti jer je za očekivati da su veće grupacije spremnije ispunjavati svoje obveze iz tendera.

Imajući u vidu ove kvalifikacije Podnositelj zahtjeva ističe, da su kvalifikacijski zahtjevi korektno postavljeni treći put kada je objavljen tender, nesporno je da bi Podnositelj obzirom na dosadašnje iskustvo na sličnim projektima, bar zadovoljavao uvjete za partnera, no tenderski uvjeti su prilikom objave trećeg tendera upravo kreirani tačno na način da se isključuje Podnositelj zahtjeva (odnosno da se tender prilagodi konzorciju Strabag & Euroasfalt).

Ovakvim postupanjem od strane JP Autoceste, Podnositelj zahtjeva navodi da je doveden u situaciju da nije u mogućnosti da obavlja svoju osnovnu djelatnost, odnosno da ne može uopće da se pojavi kao ponuđač (konkurent) na predmetnom tenderu, a zbog u cijelosti neopravdanog i nezakonitog postupanja od strane JP Autoceste prilikom propisivanja uvjeta za tender. Štetni utjecaj koji ovakvo postupanje ima u odnosu na Podnositelja je izgubljena dobit uslijed neopravdane nemogućnosti sudjelovanja Podnositelja na tenderu.

U Zahtjevu i kasnije zaprimljenim podnescima se također navodi i da dobavljači koji nemaju jednak tretman u postupku javnih nabava imaju mogućnost ulaganja prigovora odnosno žalbi prema Zakonu o javnim nabavama, dok ta mogućnost u predmetnim tenderima nije data. Naime, kako je već samo Konkurencijsko vijeće utvrdilo u Rješenju br.: UP- 03-26-3-021-40/17 od 07.06.2018. godine, Ured za razmatranje žalbi javnih nabava za navedene slučajeve nije nadležan. Naime sukladno članku 10. stavak 1) Zakona o javnim nabavama isključena je primjena istog u ugovorima koji se dodjeljuju sukladno 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 osnovnim principima transparentnosti, pravičnosti i osiguranja aktivne konkurencije.

Podnositelj zahtjeva se stoga obratio Konkurencijskom vijeću da na zahtjev Podnositelja zahtjeva pokrene postupak te utvrdi neusuglašenost tendera sa Zakonom o konkurenciji na način da su svojim postupanjem JP Autoceste zlorabile svoj vladajući položaj, što, shodno tome, predstavlja povredu Zakona o konkurenciji.

Podnositelj zahtjeva u Zahtjevu navodi da sve navedeno govori u prilog činjenici da postoji realna indikacija da će realizacijom predmetnog tendera biti oštećeni svi ponuđači koji ne ispunjavaju ovakve neopravdane uvjete koji su prilagođeni isključivo preferiranom konzorciju Strabag & Euroasfalt, odnosno da su ispunjeni uvjeti iz članka 40. Zakona o konkurenciji da Konkurencijsko vijeće odredi privremenu mjeru i naloži obustavu postupanja po predmetnom tenderu, do okončanja postupka pred Konkurencijskim vijećem, a a po Zahtjevu da se utvrdi da je JP Autoceste zlorabio vladajući položaj na tržištu, odnosno do naloga Konkurencijskog vijeća da JP Autoceste usklade predmetni tender i svoje postupanje na tržištu sukladno Zakonu o konkurenciji.

Pored svega navedenog, Podnositelj zahtjeva je u dopuni Zahtjeva od 17.08.2018. godine dodatno naveo da su, sukladno sa tenderskom dokumentacijom zainteresirani sudionici na tenderu, dana 01.08.2018. godine obavili obilazak terena u organizaciji JP Autoceste što je uobičajna procedura sa sličnim tenderima putem koje se potencijalni ponuđači upoznaju sa detaljima terena i pristupa kako bi mogli napraviti najbolje ponude uzimajući u obzir sve bitne elemente i okolinu samog projekta; iz zapisnika se može vidjeti koje osobe su bile zainteresirane za sudjelovanje na tenderu, ali prema saznanjima Podnositelja zahtjeva uvjete koji su formulirani tenderom ispunjava samo gospodarski subjekt Strabag; ostale osobe koje su bile zainteresirane, iako imaju značajno iskustvo, prema uvjetima JP Autoceste, neće moći uzeti učešće na tenderu, koji je predvidio uvjete koje ispunjava samo jedan zainteresirani sudionik na tržištu. Dok god JP Autoceste raspisuju uvjete na ovaj način (minimalne visine, dužine i širine pojedinačnih elemenata), bez uzimanja u obzir principa proporcionalnosti u kojim bi se i drugi sudionici koji ispunjavaju slične uvjete mogli kvalificirati, takvi uvjeti će imati restriktivan učinak na konkurenciju.

Prema Podnositelju zahtjeva je dana 21.09.2018. godine aktom broj: UP – 04-26-2-025-6/18 upućen Zahtjev za dostavom dodatnih informacija i pojašnjenja i to u svezi ranijeg postupka koji se vodio pred Konkurencijskim vijećem, a koji je okončan donošenjem Rješenja broj: UP – 03-26-3-021-40/18 dana 07.06.2018. godine.

U odgovoru koji je zaprimljen dana 26.09.2018. godine pod brojem: UP- 04-26-2-025-7/18 Podnositelj zahtjeva je naveo da smatra da predmetni postupak nije u svezi sa predmetom koji je okončan Rješenjem broj UP- 03-26-3-021-40/18 od dana 07.06.2018. godine, obzirom da se bazira na drugim materijalnim činjenicama i drugom pravnom osnovu za pokretanje postupka. Raniji postupak se odnosio na tadašnji poziv za izgradnju autoceste na koridoru Vc dionica Počitelj Bijača, br. JPAC 841-B80-17, koji je bio poništen prije nego je prouzrokovao bilo kakvu posljedicu koja bi mogla biti od uticaja na konkurenciju. Predmet trenutnog postupka je način provođenja nove tenderske procedure vezano za LOT 1 Čvor Počitelj - početak mosta Počitelj & kraj mosta Počitelj-Zvirovići, ref. JPAC 975- B96-18 i LOT 2 Most Počitelj Ref. JPAC 976-B97-18. Riječ je o drugim postupcima koji predstavljaju nove materijalne činjenice vezano za koje se Konkurencijsko vijeće moli za provođenje postupka utvrđivanja zlorabe vladajućeg položaja. Pravni temelj zahtjeva u predmetu okončanom Rješenjem: UP-03-26-3-021-40/18 bio je isključivo članak 4. Zakona o konkurenciji (zabranjeni sporazum), dok u ovom predmetu Podnositelj smatra da materijalne činjenice zbog kojih je podnio zahtjev predstavljaju kršenje odredbi članka 10. Zakona o konkurenciji (zlorabu vladajućeg položaja).

Podnositelj zahtjeva je naveo u Odgovoru da nema potpuna saznanja niti uvid u svu potrebnu dokumentaciju, ali koliko je upoznat, EIB je dao tzv. „non-objection“ (potvrda da nema primjedbi) na tendersku proceduru i dokumentaciju.

Također, Podnositelj zahtjeva je istakao da JP Autoceste samostalno i bez sudjelovanja EIB-a postavlja kriterije za kvalifikaciju i da sam odgovara za realizaciju projekta. Prema svim relevantnim propisima i pravilnicima EIB-a, ova financijska institucija se ne upušta u tenderske kriterije (pogotovo ne one tehničke prirode za koje i nema eksperte), nego svoj nadzor ograničava samo na najbitnije aspekte administrativnih odredbi tenderskih dokumenata. Shodno tome, postupanje JP Autoceste, koja je predmet Zahtjeva se, prema stavu Podnositelja zahtjeva, ne bi moglo smatrati odobrenim od strane EIB-a.

Imajući u vidu navedeno, Podnositelj zahtjeva je naveo da ostaje kod svih prijedloga iz Zahtjeva te moli Vijeće za hitno postupanje, posebno u odnosu na predloženu privremenu mjeru.

Konkurencijsko vijeće se aktom broj: UP- 04-26-2-025-8/18 od 02.10.2018. godine obratilo gospodarskom subjektu JP Autoceste zatraživši informacija koje sve suglasnosti po pitanju tenderske procedure daje Europska investicijska banka (EIB) kada je riječ o raspisivanju i provođenju tendera koji se financiraju na ovaj način. U Upitu je tražena i informacija da li JP Autoceste samostalno i bez sudjelovanja EIB-a postavlja kriterije za kvalifikaciju, da li se Europska investicijska banka uključuje u izradu tenderskih kriterija, posebno kriterija tehničke prirode, ili je monitoring EIB usmjeren na isključivo administrativne odredbe tenderske dokumentacije.

JP Autoceste se dana 11.10.2018. godine podneskom zaprimljenim pod brojem: UP- 04-26-2-025-9/18 očitovalo na traženo te tom prilikom istaklo da se postupci nabave radova i usluga nadzora čije je financiranje obezbjeđeno iz kreditnih aranžmana zaključenih sa Europskom investicijskom bankom (u daljnjem tekstu "Banka") provode u skladu sa Vodičem za nabave za projekte koje financira EIB (revidovana verzija dokumenta iz lipnja 2011. godine). Aneksom 2 - pregled odluka o nabavama od strane Banke za projekte locirane izvan EU definisani su koraci koji se moraju poštovati kako slijedi:

„Međunarodni postupci nabave

1. Investitor treba da pošalje obavijest o nabavci i tendersku dokumentaciju (kao i predkvalifikacionu dokumentaciju, ukoliko je potrebno) Banci najmanje dvadeset dana prije očekivanog datuma objavljivanja obavijesti.
2. Politika Banke je da se ne vrši sveobuhvatan pregled ponuda ili pred-kvalifikacione dokumentacije, što je u potpunosti odgovornost Investitora. Ipak, Banka može da pregleda osnovne administrativne klauzule ovih dokumenata, te da određene komentare, naročito u vezi sa faktorima pred-kvalifikacije i kriterijumima za ocenjivanje ponude. U svakom slučaju, to ne predstavlja odobrenje kompletnog sadržaja ovih dokumenata.
3. Ukoliko je potrebno, Banka će pregledati i organizirati objavljivanje obavijesti o nabavi u „Službenom glasu Evropske unije“ (SGEU) u ime Investitora.
4. U slučaju pred-kvalifikacije, Investitor mora da pošalje Banci na „suglasnost“ ("non-objection") izvještaj o pred-kvalifikaciji i predloženu listu pred-kvalificiranih kandidata.
5. Tijekom pripreme tendera, Investitor mora odmah da obavijesti Banku o bilo kakvim pisanim žalbama koje je eventualno primio od ponuđača.

6. Nakon analize ponuda, Investitor mora poslati Banci svoje izvješće o procjeni, navodeći jasnu preporuku za dodjeljivanje ugovora. Banka će dati „suglasnost” ("non-objection") ili odgovarajuće komentare.

7. Odmah nakon što je ugovor potpisan, Investitor mora da pošalje Banci obavijest o dodjeli koje će, ukoliko je potrebno, Banka objaviti u SGEU u ime Investitora.

8. Konačno, Investitor mora da pošalje Banci kopiju potpisanog ugovora (i Izjave o integritetu) prije prvog zahtjeva za isplatu po osnovu ugovora.

Specifični slučajevi ugovora za konzultantske usluge

Banka pregleda predloženi opseg usluga i opis poslova (uključujući i odabrani postupak), izvještaj o užem izboru koji objašnjava kako je pripremljen preporučeni uži izbor konsultanata, izbor, zahtjev za ponude, izvještaj o ocjeni koji opravdava predloženi postupak, i nacrt konzultantskog ugovora, kako bi se osiguralo da može da financira odgovarajuće usluge.

1. Investitor mora poslati Banci opis poslova, predloženi uži izbor konsultanata i izvještaj o užem izboru (ili obavijest o nabavi u slučaju da je izabran otvoreni ili ograničeni postupak) i zahtjev za ponude.

2. Banka će poslati svoju „suglasnost” ("non-objection") ili komentare o ponudi. Takođe, Banka može da izvrši pregled glavnih administrativnih klauzula zahtjeva o ponudama i dati određene komentare, posebno one koji se odnose na kriterijume ocjene ponude. U svakom slučaju, ovo se ne smatra odobrenjem za cjelokupni sadržaj dokumentacije.

3. U slučaju otvorenih ili ograničenih postupaka, Banka će, po potrebi, organizirati objavljivanje obavijesti o nabavi u SGEU ime Investitora.

4. U slučaju ograničenog postupka, Investitor mora da pošalje izvješće o predkvalifikaciji Banci na „suglasnost” ("non-objection").

5. Nakon analize ponuda, Investitor mora da pošalje Banci svoje izvješće o ocjeni, ističući jasne preporuke za dodjelu ugovora, i nacrt konzultantskog ugovora. Banka daje svoju „suglasnost” ("non-objection") ili odgovarajuće komentare.

6. U slučaju otvorenog ili ograničenog postupka, odmah nakon potpisivanja ugovora, Investitor mora da pošalje Banci obavijest o dodjeli koje će Banka, po potrebi, objaviti u SGEU u ime Investitora.

7. Konačno, Investitor mora da pošalje Banci kopiju potpisanog ugovora (i Izjave o integritetu, Aneks 3, za međunarodni postupak) prije svog prvog zahtjeva za isplatu po ugovoru."

Pored navedenog JP Autoceste je u svom odgovoru dalje naveo da, poštujući pravila i procedure propisane Vodičem, JP Autoceste FBiH d.o.o. Mostar kompletnu tendersku dokumentaciju (koja zavisi od faze postupka može biti u slučaju nabave radova pretkvalifikaciona dokumentacija i tenderska dokumentacija, te u slučaju nabave usluga poziv za iskaz interesa i poziv za dostavljanje ponuda) prije objavljivanja i dostavljanja aplikantima, dostavlja Banci na pregled i komentare. Banka daje svoju suglasnost odnosno "no comment" ili odgovarajuće komentare. Banka vrši pregled kompletne dokumentacije tj. formalno-pravnog dijela, kao i tehničkog dijela odnosno kvalifikacionih kriterija. Izdavanjem "no

comment" Banka je suglasna sa sadržajem kompletne tenderske dokumentacije. U suprotnom, Banka daje komentare i smjernice koje izmjene trebaju biti izvršene.

Nadalje, kako je navedeno u Vodiču, a dostavljeno Konkurencijskom vijeću od strane gospodarskog subjekta JP Autoceste "Banka ima pravo i obvezu da osigura poštovanje, u slučaju projekata u Europskoj uniji, odredbi Zajednice (EU) u ovoj oblasti, ili u slučaju projekata izvan EU, relevantnih kriterija za propisno upravljanje njenim financiranjem, te da je proces nabave pravedan i transparentan, kao i da je izabrana ekonomski najpovoljnija ponuda".

JP Autoceste na kraju napominju da se gore navedeni koraci, koji se moraju poštovati, predstavljaju standardni tok postupka nabave roba odnosno usluga, osim u posebnim slučajevima kada Banka daje instrukcije i smjernice Investitoru o metodi i načinu provođenja postupka.

U cilju potpunog informisanja Konkurencijsko vijeće se dodatno obratilo gospodarskom subjektu JP Autoceste dana 16.11.2018. godine aktom broj: UP – 04-26-2-025-10/18, a zatim i urgencijom na zahtjev za dostavljanjem informacija dana 10.12.2018. godine aktom broj: UP – 04-26-2-025-11/18 upitom da li je po pitanju tenderske procedure vezano za LOT 1 Čvor Počitelj - početak mosta Počitelj & kraj mosta Počitelj-Zvirovići, ref. JPAC 975- B96-18 i LOT 2 Most Počitelj Ref. JPAC 976-B97-18 Evropska investicijska banka dala tzv. „non-objection" (potvrda da nema primjedbi) na kompletnu tendersku proceduru, uključujući raspisivanje tendera, uvjete iz tendera i tendersku dokumentaciju.

JP Autoceste je na upit odgovorilo podneskom zaprimljenim dana 13.12.2018. godine pod brojem: UP – 04-26-2-025-12/18 ističući da, obzirom da se projekt realizuje kreditnim sredstvima Europske investicijske banke, kompletan proces nabave oba lota se vrši sukladno sa pravilima i politikama nabave ove međunarodne financijske institucije. U fazi pripreme tendera to podrazumijeva korištenje standarde tenderske dokumentacije EBRD-a i drugih međunarodnih financijskih institucija priznatih od strane EIB-a uz poštovanje i uključivanje EIB-ovog Vodiča za nabave.

U pripremi tenderske dokumentacije, posebno kvalifikacionih kriterija, bio je uključen i konsultant zadužen za pružanje tehničke pomoći (također izabran po međunarodnom pozivu i u skladu sa pravilima EIB-a), a aktivnu ulogu imao je i neovisni posmatrač kojeg je izravno imenovao kreditor.

U odgovoru JP Autoceste se daljnje navodi da je tenderska dokumentacija poslana na pregled i suglasnost EIB-u koji je na istu dao „no comment“ 29. juna 2018. godine. Ovim aktom data je suglasnost na objavu tendera u Službenim novinama EU kao i u domaćim sredstvima informisanja. Tender je objavljen 10.07.2018. godine, a ponude su otvorene 10.10.2018. godine.

U cilju postizanja maksimalne zaštite povjerljivosti postupaka predmetna nabavka se provodi po sistemu tzv dvije koverta. Prvo se otvaraju i evaluiraju tehničke ponude, a tek nakon što EIB izda „no-objection“ na Izvještaj o tehničkoj evaluaciji, pristupa se otvaranju financijske ponude (druga koverta). Po okončanju financijske evaluacije sačinjava se novo izvješće sa prijedlogom za dodjelu ugovora koji se također šalje Banci na „no-objection“.

Uvidom u podneseni Zahtjev i ostale podneske Podnositelja zahtjeva, Konkurencijsko vijeće je ocijenilo da opisano činjenično stanje ne spada u nadležnosti Konkurencijskog vijeća.

Konkurencijsko vijeće je organ nadležan za zaštitu tržišne konkurencije, koji u okviru nadležnosti propisanih člankom 25. stavak 1) Zakona, između ostalog, odlučuje o zahtjevima

za provođenje postupka, vodi postupak i donosi upravne akte kojima se okončava postupak pred Konkurencijskim vijećem.

Zahtjev za pokretanje postupka se odnosi na provođenje tenderske procedure izgradnje dijela autoceste Vc dionica Počitelj – Bijača, poddionica Počitelj-Zvirovići koji se financira iz sredstava Europske investicijske banke (EIB). Postupci nabave radova i usluga nadzora čije je financiranje obezbjeđeno iz kreditnih aranžmana zaključenih sa Europskom investicijskom bankom provode se u skladu sa Vodičem Europske investicijske banke za nabave za projekte koje financira EIB (revidovana verzija dokumenta iz lipnja 2011. godine). Aneksom 2 - pregled odluka o nabavama od strane Banke za projekte locirane izvan EU definirani su koraci koji se moraju poštovati. JP Autoceste dostavlja tendersku dokumentaciju Banci na pregled i komentare. Banka daje svoju suglasnost, odnosno "no comment" ili odgovarajuće komentare.

Pored toga, primjenom članka 10. stavak (1) točka c) Zakona o javnim nabavama isključena je primjena ovog Zakona u ugovorima koji se dodjeljuju u skladu s međunarodnim sporazumom prema kojem se primjenjuje posebna procedura međunarodnih, kreditnih ili donatorskih aranžmana ili ugovorima 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.

Obzirom na naprijed navedeno, Konkurencijsko vijeće nema osnova za pokretanje postupka, u smislu odredbi članka 10. stavak (2) točke b) i c) Zakona o konkurenciji, na koje se poziva Podnositelj zahtjeva, niti bilo kojeg drugog članka istog Zakona.

Imajući u vidu navedeno, Konkurencijsko vijeće je odlučilo kao u izreci.

Pouka o pravnom lijeku

Protiv ovog Zaključka nezadovoljna strana može pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana primitka ovog Zaključka.

Predsjednica

Adisa Begić