



AGENCIJA ZA ZAŠTITU TRŽIŠNOG NATJECANJA	
Datum primitka	26-11-2014



REPUBLIKA HRVATSKA
VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE
Z A G R E B
Frankopanska 16

Poslovni broj: UsII-75/2014-14

U IME REPUBLIKE HRVATSKE

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Marine Kosović Marković, predsjednice vijeća, Arne Vagner Popović i mr.sc. Ivice Kujundžića, članova vijeća, te više sudske savjetnice Ljerke Morović Pavić zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja OBALNE PLOVIDBE d.o.o. Split, zastupane po direktoru Deanu Mladineu, a ovaj po punomoćniku [REDACTED]

[REDACTED] protiv rješenja tuženika Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, Savska cesta 41., klasa:UP/I-034-03/2014-01/001, urbroj: 580-05/84-2014-021 od 3. srpnja 2014., radi utvrđivanja sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja, u sjednici vijeća održanoj 29. listopada 2014.

presudio je

Odbija se tužbeni zahtjev za poništenje rješenja Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, klasa: UP/I-034-03/2014-01/001, urbroj: 580-05/84-2014-021 od 3. srpnja 2014.

Obrazloženje

Osporenim rješenjem tuženika odbačena je inicijativa tužitelja za pokretanje postupka utvrđivanja sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja jer ne postoje uvjeti za pokretanje postupka po službenoj dužnosti.

Tužitelj u tužbi navodi da činjenično pravni zaključak o tržištu pružanja usluga redovnog i izvanrednog trajektnog prijevoza opasnih tvari sadrži unutarnju proturječnost budući se opasne tvari sukladno Pravilniku o rukovanju opasnim tvarima, uvjetima i načinu obavljanja prijevoza u pomorskom prometu, ukrcavanja i iskrcavanja opasnih tvari, rasutog i ostalog tereta u lukama te načinu sprečavanja širenja isteklih ulja u lukama ne mogu prevoziti s putnicima, a redovni trajektni prijevoz je po općepoznatoj praksi kao i po definiciji prijevoz s putnicima. Ako se neke tvari mogu prevoziti s putnicima onda je to isključivo zato jer se te tvari, primjerice, zbog više točke plamišta, ne smatraju opasnim tvarima pa bi se u tom slučaju radilo o tržištu pružanja usluga redovnog i izvanrednog trajektnog prijevoza opasnih i neopasnih tvari tj. tvari općenito. S druge strane, ako se kao mjerodavno tržište u proizvodnom smislu želi promatrati samo tržište pružanja usluga trajektnog prijevoza opasnih tvari onda se može raditi samo o tržištu pružanja usluga izvanrednog trajektnog prijevoza opasnih tvari te je redovni trajektni prijevoz opasnih tvari automatski isključen kao protivan prisilnim propisima. Zbog pogrešno činjenično pravnog pristupa u definiranju mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu pogrešna su i sva ostala tuženikova utvrđenja uključujući i

određivanje mjerodavnog tržišta u zemljopisnom smislu. Smatra da je tuženik nedovoljno istražio status pojedinih naftnih derivata s aspekta imaju li isti status opasnih tvari ili ne te samo paušalno utvrdio da ovisno o visini plamišta određene tvari mogu biti u prijevozu samo izvanrednim trajektnim linijama, a određene tvari mogu biti u prijevozu i izvanrednim i redovnim trajektnim linijama no to nije doveo u vezu s činjenicom da ako neke tvari mogu biti u prijevozu i redovnim trajektnim linijama onda te tvari nisu opasne tvari pa je pogrešan zaključak glede mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu. Također, ako bi se iz mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu isključile redovne trajektne linije na kojima se ne mogu prevoziti opasne tvari tada ne bi bilo nikakvih poveznica između tržišta koje obuhvaća polaske iz luke Kaštel Sućurac i primjerice tržišta na sjevernom dijelu Jadrana koji se odnose na otoke Cres, Lošinj i Rab, budući da na to sjevernom dijelu Jadrana u pružanju usluga trajektnog prijevoza opasnih tvari na izvanrednim linijama sudjeluju poduzetnici koji uopće ne sudjeluju na dijelu Jadrana koji obuhvaćaju polaske iz luke Kaštel Sućurac i obratno. U pogledu dijela obrazloženja rješenja u kojem se analizira (ne)postojanje indicija o zabranjenom sporazumu ističe da Agencija nekritički ne sagledava cjelokupni sadržaj odnosa između INA-e i TANKER d.d. već istog svodi na formalni ugovor između INA-e i TANKER d.d. prema kojem je TANKER navodno najpovoljniji dobavljač. Ukazuje se da je INA kao subjekt koji je osmišljavajući koncept postupka slobodnog nadmetanja, pripremio i predložio tekst ugovora nema pravo eventualno nejasne odredbe naknadno tumačiti u svoju korist jer bi to bilo protivno odredbama Zakona o obveznim odnosima. Indicija o postojanju zabranjenog sporazuma predstavlja sveukupni odnos INA-e i TANKER d.d. koji sadrži značajne besplatne potpore poduzetniku TANKER d.d. od strane INA-e što dovodi u sumnju formalni zaključak da bi TANKER d.d. bio najpovoljniji dobavljač te koji sveukupni odnos očito nije u skladu s ekonomskom logikom. Naime, TANKER d.d. je bio poslovni subjekt kojem je žiro račun kontinuirano blokiran četiri godine, što je INA-i bilo poznato, te je odabir društva TANKER d.d. za faktički isključivog prijevoznika u sebi implicirao kršenje prisilnih propisa te snošenje ekonomskih rizika koji imaju za posljedicu da je stvarna cijena usluga društva TANKER d.d. mnogo veća od formalno iskazane. Angažiranjem TANKERA d.d. INA je išla protivno ekonomskoj logici kako bi se podnositelja inicijative u dogovoru s TANKER d.d. isključilo s tržišta te kako bi se time osigurao društvu TANKER d.d. monopol u pružanju usluga trajektnog prijevoza opasnih tvari na mjerodavnom tržištu. Na ovo je tužitelj upozoravao kao i na to da je na internetskim stranicama FINE objavljeno otvaranje postupka predstečajne nagodbe nad TANKER d.d. o čemu je tužitelj e-mailom obavijestio Agenciju. U pogledu dijela obrazloženja pobijanog rješenja u kojem se analizira (ne)postojanje indicija o zlouporabi vladajućeg položaja vidljivo je da su u obrazloženju rješenja podaci o otpravku rješenja za podnositelja inicijative djelomično izostavljeni. S obzirom na sve okolnosti dade se zaključiti da je Agencija utvrdila da je najveći broj prijevoza za INA-u obavio poduzetnik Jadrolinija koja redovnim trajektnim linijama povezuje većinu otoka na kojima se nalaze Inine benzinske postaje s kopnom i to više od 75% svih vožnji u 2012. i 2013. godini te zatim poduzetnik Rapska plovidba d.d. koji redovnim trajektnim linijama povezuje otok Rab na kojem se nalaze Inine benzinske postaje s kopnom s oko 15%, no, navedeni zaključci temelje se na pogrešnom određenju mjerodavnog tržišta u proizvodnom i zemljopisnom smislu. Također, se ukazuje na okolnost da su podnositelji inicijative TANKER d.d. imali približno jednaki broj vožnji na relacijama iz Kaštel Sućurca u 2012. i 2013. godini što bi značilo da je na tom tržištu TANKER imao udio od 50%, a što je više od 40% te ne znači da TANKER nema vladajući položaj. Upućuje na odredbu članka 12. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz koje proizlazi da poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu iznosi više od 40% može biti u vladajućem položaju, a kad se to poveže da tržišna snaga TANKER d.d. proizlazi

iz njegova sporazuma s INA d.d. te da iz brojnih indicija proizlazi da INA i TANKER d.d. zajednički djeluju i da INA kontinuirano besplatno potpomaže TANKER d.d. tada se ne može reći da TANKER d.d. nema vladajući položaj već upravo suprotno. Također, ističe da je stvarna cijena usluga društva TANKER d.d. mnogo veća od formalno iskazane pa INA nakon sklapanja ugovora s društvom TANKER d.d. kroz cijelo vrijeme izvršavanja ugovora društvo TANKER d.d. kreditira s isporukama pogonskog goriva koje TANKER d.d. uopće nije plaćao niti je mogao plaćati tako da je do 6. lipnja 2014., kad je nad društvom TANKER d.d. otvoren postupak predstečajne nagodbe, narasla nepodmirena tražbina INA-e prema društvu TANKER d.d. po osnovi isporučenog goriva do iznosa od 1.290.503,79 kn (bez kamata) što već predstavlja potencijalno veliku štetu za INA-e i dogovorenu (predatorsku) cijenu prijevoza društva TANKER d.d. Iz svega proizlazi da je TANKER d.d. društvo koje je pod faktičkom kontrolom INA-e pa je neosnovan zaključak tuženika da nije bilo mjesta pokretanju ovog postupka po službenoj dužnosti. Također navodi da je Tanker d.d. u svom očitovanju faktički priznao ugovaranje predatorskih cijena jer je naveo da se prilikom sklapanja posljednjeg ugovora s INA-om odlučio na veliko sniženje cijena prijevoza. Također u svom očitovanju Tanker d.d. napominje kako INA od 2009. godine nije obveznik javne nabave te se prilikom izbora provodi postupak natječaja s višestrukim pregovaranjem koji za posljedicu ima vrlo niske cijene prijevoza a sve to dovodi Tanker do poslovanja s gubicima. Predlaže da se osporeno rješenje poništi i predmet vrati tuženiku na ponovni postupak.

Tuženik u odgovoru na tužbu navodi glede definicije prijevoza opasnih tvari i javnog prijevoza u linijskom obalnom pomorskom prometu, redovnom i izvanrednom trajektnom prijevozu, točkama plamišta opasnih tvari i sl. da tuženik s obzirom na svoje zakonske ovlasti nije u mogućnosti utjecati na provedbu posebnih zakona i propisa koji uređuju određena pitanja i djelatnosti, a za koja su nadležna druga tijela i/ili institucije, kako je navedeno u obrazloženju osporenog rješenja. Tuženik je navode iz predmetne inicijative ocjenjivao isključivo s aspekta propisa o zaštiti tržišnog natjecanja. Navodi da je imajući u vidu odredbu članka 8. i 13. Zakona potpuno irelevantno jesu li navedeni poduzetnici postupali protivno propisima kojima su određeni uvjeti i način obavljanja prijevoza, ukrcanja i iskrcavanja opasnih tvari ili obavljanje javnog prijevoza u linijskom obalnom pomorskom prometu. Glede tvrdnje tužitelja da je tuženik nedovoljno istražio status pojedinih naftnih derivata s aspekta imaju li isti status opasnih tvari ili ne te da se tuženik za eventualna pojašnjenja treba obratiti ministarstvu ističe da iako tužitelj u svojoj inicijativi nije nikakvim dokazima, ispravama i/ili dokumentima potkrijepio, u smislu članka 37. stavka 2. točke 4. Zakona, svoje navode iz inicijative o sklapanju zabranjenog sporazuma i zlouporabe vladajućeg položaja u smislu članaka 8. i 13. Zakona od strane INA-e i Tankera d.d., tuženik je proveo detaljno prethodno ispitivanje stanja na mjerodavnom tržištu kako bi provjerio sve navode tužitelja iz predmetne inicijative te utvrdio postojanje dostatnih indicija za pokretanje postupka utvrđivanja sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja protiv INA-e i Tankera d.d. kao i sve relevantne činjenice i okolnosti za donošenje odluke u konkretnom predmetu kako je to detaljno obrazloženo u osporenom rješenju. Također je od tužitelja zatraženo pojašnjenje i dokazi o tome kako Tanker d.d. pruža usluge izvanrednog trajektnog prijevoza opasnih tereta faktički kao isključiv pružatelj usluga s pre niskim – predatorskim cijenama koje nemaju ekonomsko opravdanje iako postoji ugovor INA-e s tužiteljem koji se zbog pasivnosti INA-e na predmetnim relacijama faktički ne izvršava tužitelj je u svom podnesku od 5. veljače 2014. samo naveo primjer hipotetskog narušavanja tržišnog natjecanja bez relevantnih činjenica i okolnosti vezanih uz prethodnu inicijativu. Dokazi koje je tuženik prikupio nisu ukazivali na postojanje dostatnih indicija za pokretanje postupka utvrđivanja sprječavanja ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja sklapanjem zabranjenog sporazuma i/ili zlouporabom

vladajućeg položaja protiv INA-e i Tankera d.d. Glede navoda tužbe koji se odnose na mjerodavno tržište tuženik ističe da iz sadržaja predmetne natječajne dokumentacije INA-e od 1. kolovoza 2013. odnosno Tehničke specifikacije jasno proizlazi kako je predmet ugovaranja bio trajektni prijevoz autocisterni s naftnim derivatima i kamionima s UNP bocama prema potrebama INA-e za opskrbu tržišta na jadranskim otocima na redovitim i izvanrednim trajektnim linijama. Svi su se ponuditelji mogli natjecati za sve linije koje su bile predmet navedenog natječaja te su svi ponuditelji mogli ponuditi cijenu za redovne vožnje, u slučaju da posjeduju koncesiju za pojedine trajektne linije i kadrovsku – tehničku osposobljenog za održavanje tih linija. Stoga je tuženik za potrebe konkretnog predmeta u proizvodnom smislu promatrao tržište pružanja usluga redovnog i izvanrednog trajektnog prijevoza opasnih tvari a s obzirom na činjenicu da konačna definicija mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu nije utjecala na ishod konkretnog predmeta ona je ostala otvorena kako je to i navedeno u osporenom rješenju. Također, niti konačna definicija mjerodavnog tržišta u zemljopisnom smislu nije utjecala na ishod konkretnog predmeta pa je ista ostala otvorena. Ističe da je u predmetnoj natječajnoj dokumentaciji u dijelu pod nazivom „Kriterij odabira ponude“ navedeno kako će INA kao naručitelj, između prihvatljivih ponuda, nakon pregovaračkog postupka odabrati najpovoljniju ponudu ili više njih te da INA zadržava pravo, po vlastitoj odluci, modificirati nadmetanje u bilo kojem trenutku, pregovarati s jednim ili više ponuditelja, odabrati jednog ili više ponuditelja, odnosno poništiti predmetno nadmetanje u bilo kojem trenutku i bez obzira na razloge. Također INA je po završetku predmetnog natječaja putem elektroničke pošte obavijestila tužitelja da je odabran za pojedine relacije kao dobavljač prvog reda odnosno drugog reda. Dopisom od 31. siječnja 2014. INA je pojasnila podnositelju inicijative kako je povoljnija cijena usluge koju su pojedini poduzetnici ponudili na predmetnom natječaju razlog zašto on nije angažiran u istoj mjeri kao drugi poduzetnici. Uvidom u sadržaj ugovora koji je INA sklopila s poduzetnicima koji su se javili na predmetni natječaj tuženik je utvrdio kako je INA sklopila ugovore sa svim poduzetnicima na svim relacijama na koji su se oni javili, pri čemu ih je rangirala po prioritetima na temelju ponuđenih cijena, a u svim ugovorima jasno su definirane relacije za koje se sklapa pojedini ugovor. Rangiranje po prioritetima temelji se na ponuđenim cijenama na način da je najpovoljnija ponuda rangirana na prvom mjestu, druga najpovoljnija na drugo itd. Nadalje prava i obveze ugovornih stranaka koje proizlaze iz ugovora uređuje Zakon o obveznim odnosima a pravna zaštita u slučaju povrede odredaba tog Zakona osigurana je putem suda. Glede prigovora da je tuženik po službenoj dužnosti trebao uzeti u obzir i podatke koji su javno objavljeni na internetskim stranicama FINA-e o otvaranju postupka predstečajne nagodbe nad Tankerom d.d. te sadržaj same prijave tražbine INA-e od 1. srpnja 2014. u tom postupku, koja je zaprimljena kod FINA-e 3. srpnja 2014. dakle isti dan kad je tuženik donio osporeno rješenje pa da je tek nakon analize te prijave tuženik trebao donijeti odluku u predmetnoj upravnoj stvari ističe se da je za utvrđivanje jesu li INA i Tanker d.d. u konkretnom slučaju spriječili, ograničili ili narušili tržišno natjecanje sklapanjem zabranjenog sporazuma u smislu članka 8. Zakona i/ili zlouporabom vladajućeg položaja u smislu članka 13. Zakona potpuno je irelevantno pokretanje postupka predstečajne nagodbe s ciljem da se dužniku koji je postao nelikvidan i/ili insolventan omogući financijsko restrukturiranje na temelju kojeg će postati likvidan i solventan te vjerovnicima omogućiti povoljniji uvjeti nadmetanja njihovih tražbina od uvjeta koje bi vjerovnici ostvarili da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak. Također, glede prigovora da se ne može reći da Tanker nema vladajući položaj već upravo suprotno jer da je na tom tržištu imao udio od 50% treba reći da sam tržišni udjel nekog poduzetnika ne daje dovoljnu osnovu na temelju koje bi se u svakom pojedinom slučaju moglo govoriti o vladajućem položaju poduzetnika. Potrebno je utvrditi

ostale sudionike na tržištu i njihov položaj na tržištu, financijsku snagu, povezanost s drugim poduzetnicima, prednosti u pristupu i izvorima nabave ili tržištu, promjene tržišnih udjela u određenom vremenskom razdoblju, pravne ili činjenične zapreke pristupa drugih poduzetnika tržištu, sposobnost nametanja tržišnih uvjeta s obzirom na ponudu ili potražnju, sposobnost isključivanja konkurenata s tržišta i sl. Nadalje, sa stajališta propisa o zaštiti tržišnog natjecanja vladajući položaj sam po sebi nije zabranjen već je zabranjena njegova zlouporaba. U postupku je pak utvrđeno da se Tanker d.d. ne nalazi u vladajućem položaju na promatranom tržištu pa nije niti mogao pružati usluge trajektnog prijevoza opasnog tereta na predmetnim relacijama primjenom predatorskih cijena s ciljem da se tužitelj dovede u financijske poteškoće i prisili na povlačenje s tržišta kako je to navedeno u predmetnoj inicijativi. Predlaže da se tužbeni zahtjev odbije.

Zainteresirana osoba u ovom upravnom sporu INA - Industrija nafte d.d. Zagreb, u odgovoru na tužbu navodi da su tvrdnje tužitelja da je tuženik pogrešno definirao mjerodavno tržište neutemeljene jer je upravo u rješenju navedeno da za ocjenu predmetne inicijative nije niti potrebno točno utvrditi mjerodavno tržište. Također tuženik nije definirao mjerodavno tržište u teritorijalnom smislu jer kao što je i kod mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu definicija ostala otvorena iz razloga što sama definicija nema utjecaja na činjenicu je li došlo do povrede zakona ili nije isto je primijenilo i na definiciju mjerodavnog tržišta u teritorijalnom smislu. Naime, kao što je i sam tužitelj u tužbi naveo dio stvari za čiji je prijevoz INA raspisala natječaj ne smatraju se opasnim tvarima pa se iste u tom smislu mogu prevoziti i u redovnom trajektnom prijevozu. Dakle, nejasno je zašto tužitelj, suprotno svojim argumentima, koje je naveo kod definicije mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu, ovdje inzistira na tome da bi se iz mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu isključile redovne linije jer se opasne tvari ne mogu prevoziti redovnim linijama. Na nadmetanju koje je obavila INA ponuđeno je više relacija ukupno njih 22 za koje su ravnopravno mogli konkurirati svih ponuditelji koji mogu obavljati trajektni prijevoz autocisterni s naftnim derivatima i kamiona s UNP bocama za opskrbu tržišta na jadranskim otocima na redovnim i izvanrednim trajektnim linijama. Stoga je po mišljenju zainteresirane osobe zaključak tuženika da za potrebe predmeta u zemljopisnom smislu promatra područje unutarnjih voda i teritorijalnog mora Republike Hrvatske osnovan. Glede prigovora da je INA angažiranjem Tankera d.d. za prijevoz autocisterni s naftnim derivatima i kamiona s UNP-om išla protivno ekonomskoj logici a sve kako bi u dogovoru s Tankerom d.d. tužitelja izbacila i time osigurala Tankeru d.d. monopol ističe se da se INA u svom odgovoru na inicijativu detaljno očitovala o provedenom postupku nabave predmetnih usluga. INA je postupak nabave provela transparentno te upravo u skladu s ekonomskom logikom cjenovno najpovoljnije ponude rangirala kao prioritetne. Naime, postojanje konkurencije na ovom ili bilo kojem drugom tržištu koje je relevantno za INI-no poslovanje od posebnog je interesa za INU. Postojanje konkurencije INI jamči učinkovito tržišno natjecanje – bolju kvalitetu, nižu cijenu usluge te sigurnost da će se u slučaju da jedan prijevoznik iz nekog razloga ne može pružiti uslugu isto učiniti drugi. INA je sklopila ugovor s tužiteljem a sve s namjerom da u slučaju da pružatelj usluge prvog prioritetnog reda ne bude u mogućnosti obaviti uslugu da za isto bude angažiran tužitelj. Upravo je ovo vidljivo iz činjenice da usprkos iznesenim tvrdnjama od strane tužitelja INA redovno angažira tužitelja za pružanje predmetnih usluga prijevoza sukladno ugovoru koji su INA i tužitelj sklopili kao i utvrđenoj listi prioriteta. Glede otvaranja postupka predstečajne nagodbe nad Tankerom d.d. i postojanje duga Tankera d.d. prema INI, što prema mišljenju tužitelja upućuje na to da je INA s Tankerom d.d. dogovorila predatorske cijene za predmetnu uslugu prijevoza smatra da kako je zaključak pogrešan. INA je sukladno internim propisima raspisala otvoreni natječaj za prikupljanje ponuda u pogledu pružanja usluga

trajektnog prijevoza. Ničim nije ograničila sudjelovanje potencijalnih ponuditelja u natječaju, upravo suprotno, poduzela je dodatne radnje kako bi se krug proširio te je sklopila ugovore sa svim ponuditeljima uz davanje prvenstva cjenovno najpovoljnijim ponuditeljima. Osim toga analizirajući ponude INA nije primijetila neuobičajeno odstupanje u pogledu cijena koje je ponudio Tanker d.d. od cijena drugih ponuditelja. Predlaže da se tužbeni zahtjev odbije.

Zainteresirana osoba u ovom upravnom sporu Tanker d.d. nije ovom Sudu dostavio odgovor na tužbu.

Sukladno odredbi članka 6. Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10. i 143/12.) odgovor na tužbu tuženika i zainteresirane osobe dostavljen je tužitelju, zainteresiranoj osobi i tuženiku. Na iste se očitovao tužitelj te naveo da je tužitelj i zainteresirana osoba Tanker d.d. s INA-om sklopili ugovor o prijevozu opasnih tvari izvanrednim trajektnim prijevozom s ukrcajnom lukom za opasne terete – Kaštel-Sućurac, dok je Jadrolinija sklopila s INA-om ugovor o prijevozu neopasnih tvari na redovnim trajektnim linijama s ukrcajnom lukom za putnike i neopasne terete Split. Usluga prijevoza opasnih tvari ni u kom slučaju nije zamjenjiva s uslugama prijevoza neopasnih tvari pa je pogrešno definirano mjerodavno tržište u proizvodnom smislu. Ističe da mu dokument pod nazivom „Metodologija usporedbe ponuda“ nikad nije dostavljen međutim dostavlja dokumentaciju iz koje proizlazi da ni trajekt Rabljanka ni trajekt Blace s kojim Tanker d.d. pruža usluge prijevoza za INA-u d.d. nisu ovlašteni krcati više od tri vozne jedinice s opasnim tvarima koji je maksimum od tri vozne jedinice u suprotnosti s odredbom točke 14. Tehničke specifikacije. Naime, INA i Tanker d.d. pokušali su stvoriti privid isplativosti prijevoza putem trajekta društva Tanker d.d. time što bi povremeno u luci za opasni teret Kaštel Sućurac ukrcali dodatne vozne jedinice s teretom koji bi deklarirali kao neopasni, a za prijevoz kojeg neopasnog tereta Tanker d.d. nema sklopljeni ugovor s INA-om budući je za prijevoz neopasnog tereta INA sklopila ugovor s Jadrolinijom a ne s Tanker d.d. Dokument „Metodologija usporedbe ponuda“ tužitelju nije dostavljen na uvid pa upućuje na zaključak da su podaci koje je INA d.d. dostavila tuženiku u tom dokumentu netočni. Također tuženik u odgovoru na tužbu navodi da je definicija mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu ostala otvorena u mjeri u kojoj činjenice utvrđene tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu ostaju iste neovisno o tome temelji li se na užoj ili široj definiciji mjerodavnog tržišta. Dakle isto implicira stav tuženika da bi stanje na mjerodavnom tržištu ostalo isto čak i kad bi se temeljilo i na užoj definiciji mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu neovisno radi li se o opasnim ili neopasnim tvarima a što je suprotno obrazloženju osporenog rješenja. U osporenom rješenju nije navedeno da bi činjenice utvrđene tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu ostale iste u slučaju uže definicije mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu dakle kada bi bili isključeni prijevoznici koji prijevoz obavljaju redovnim trajektnim linijama. Ukazuje da u svojoj inicijativi nije tražio od Agencije da postupa izvan svoje nadležnosti ali je iznosio činjenice iz kojih proizlazi da su INA d.d. i Tanker d.d. postigli neformalni (usmeni) sporazum da sustavnim kršenjem propisa iz područja sigurnosti plovidbe ostvaruju protupravnu imovinsku korist koja okolnost, ako bi se pokazala točnom, može predstavljati jedan od mogućih motiva sklapanja zabranjenog sporazuma. Onaj tko tvrdi da ne postoji usmeni zabranjeni sporazum mogao bi dokazivati da ne postoji baš nikakav motiv za njegovo sklapanje dok je za onog koji tvrdi da zabranjeni sporazum postoji u pogledu motiva dovoljno dokazati da postoji jedan ili više mogućih motiva za takav sporazum te nije dužan dokazivati koji bi od eventualno više mogućih motiva bio onaj glavni motiv. Tužitelj je izrazio stajalište u svom očitovanju od 13. travnja 2014. da je svjestan da Agencija ne može nadomjestiti neučinkovitost ostalih institucija kao što su nadzorna tijela. No pri tom se pod učinkovitosti razumijeva brzina u postupanju u smislu da

Agencija ne može u slučaju postojanja zabranjenih sporazuma koji su motivirani stjecanjem protupravne imovinske koristi putem kršenja prisilnih propisa i koji bi za posljedicu imali narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu djelovati toliko brzo koliko to mogu nadzorna inspekcijska tijela. Ističe da je u svojoj inicijativi iznio brojne navode i dokaze o povezanosti INA i Tanker d.d. kroz duže razdoblje te potpori (bez adekvatne imovinske protuvrijednosti) koju INA d.d. pruža Tankeru d.d. (INA d.d. je Tankeru d.d. u cca u polugodišnjem razdoblju nakon sklapanja ugovora o prijevozu, a prije otvaranja postupka predstečajne nagodbe dana 6. lipnja 2014. bez adekvatnog osiguranja jer zadužnice kod blokiranih računa i imovine pod hipotekom to nisu, faktični donirala skoro svo gorivo za potrebe prijevoza u navedenom razdoblju u vrijednosti od 1.318.657,23 kn dajući mu prednost u pristupu izvorima nabave koja sredstva su za INA-u d.d. potpuno izgubljena u slučaju nepotvrđivanja ili nerealiziranja predstečajne nagodbe) što upućuje na zaključak da financijska snaga Tanker d.d. kroz duže razdoblje proizlazi iz financijske snage INA-e d.d. Također iz priloženih dokaza proizlazi da gotovo tijekom cijelog vremena izvršavanja posljednjeg ugovora o trajektnom prijevozu sklopljenog s INA-om Tanker d.d. INA-i d.d. nije plaćao zaprimljeno gorivo, no INA mu je unatoč tome i dalje isporučivala gorivo dajući mu besplatnu potporu, a kakav tretman kod INA-e tužitelj nikad nije imao niti ima. Stoga je očito da društvo koje ima podupiratelja kao što je INA d.d. ima vladajući položaj na tržištu čak i ako ima tržišni udio od 50%. Nadalje navodi da nije točno da bi INA redovno angažirala tužitelja budući je u 2014. godini angažirala tužitelja za samo dva prijevoza iz ukrajne luke Kaštel Sućurac a Tanker d.d. ima u dva mjeseca prihode od INA-e d.d. na ime prijevoznih usluga u iznosu od cca 1,9 milijuna kn. Da je INA htjela osigurati da na tržištu pružanja usluga trajektnog prijevoza opasnih tvari uvijek budu barem dva konkurirajuća poduzetnika onda bi utvrdila najnižu cijenu koju može ostvariti na tržištu te bi potom tu cijenu javno objavila zajedno s „Metodologijom usporedbe ponuda“ i ponudila svim zainteresiranim poduzetnicima sklapanje adhezijskog ugovora po toj najnižoj cijeni s tim da bi se ukupan fond mjesečnih prijevoza za INA-u d.d. svaki mjesec ravnomjerno raspoređivao na sve zainteresirane prijevoznike koji bi pristupili tom ugovoru. Isključujući tužitelja s predmetnog vrlo ograničenog tržišta prijevoza opasnih tvari, koje tržište se tim postupcima svodi samo na prijevoznika Tanker d.d. a koje postupanje se i u odgovoru INA-e ocjenjuje kao postupanje suprotno svakoj ekonomskoj i poslovnoj logici, proizlazi skriveni motiv da INA želi Tankeru d.d. osigurati monopol. Zbog toga tužitelj ustraje u svom tužbenom zahtjevu.

Tužbeni zahtjev nije osnovan.

Ocjenjujući zakonitost osporenog rješenja u granicama zahtjeva iz tužbe Sud nalazi da time što je inicijativa tužitelja odbačena jer ne postoje uvjeti za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, tuženik nije povrijedio Zakon na štetu tužitelja.

Pri tom Sud prihvaća razloge koji je za svoju odluku tuženik dao u obrazloženju osporenog rješenja i odgovoru na tužbu, jer su isti utemeljeni na podacima sveza spisa i pravilnoj primjeni mjerodavnog materijalnog prava.

Naime, prema odredbi članka 38. stavak 5. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09. i 80/13.) ako Agencija na temelju inicijative iz članka 37. ovoga Zakona tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu u smislu članka 32. točke 1a) i b) utvrdi da nema uvjeta za pokretanje postupka u smislu odredaba ovoga Zakona, dužna je nakon utvrđenja stanja na mjerodavnom tržištu, a najkasnije u roku od 6 mjeseci od dana zaprimanja inicijative za pokretanje postupka, o tome donijeti rješenje i isto dostaviti podnositelju inicijative iz članka 37. ovoga Zakona. Prema stavku 9. citiranog članka Zakona, Agencija je u rješenju iz stavka 4., 5., 6. i 7. ovoga članka dužna, na nedvojbena način navesti razloge zbog kojih nema javnog interesa za pokretanje postupka odnosno nema uvjeta za

pokretanje postupka s time da ne postoji obveza Agencije da ocjenjuje i obrazlaže svaki prijedlog podnositelja inicijative pojedinačno.

Iz podataka spisa predmeta, dostavljenih Sudu uz odgovor na tužbu, proizlazi da je tužitelj tuženiku podnio inicijativu za pokretanje postupka utvrđivanja sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja u smislu odredbe članka 8. i 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja od strane poduzetnika INA-industrija nafte d.d., Zagreb i Tanker d.d., Split a navodi inicijative navedeni su u obrazloženju osporenog rješenja.

Tužitelj u tužbi ističe da tuženik nije pravilno definirao mjerodavno tržište u proizvodnom i zemljopisnom smislu te da je nedovoljno istražio status pojedinih naftnih derivata s aspekta opasnih tvari te prijevoza istih redovnom i izvanrednom trajektnom prijevozu.

Prema odredbi članka 7. stavka 1. Zakona u smislu tog Zakona, mjerodavno tržište određuje se kao tržište određene robe i/ili usluga koja su predmet obavljanja djelatnosti poduzetnika na određenom zemljopisnom području.

Prema članku 4. stavak 1. Uredbe o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta (Narodne novine, broj 9/11.) mjerodavno tržište utvrđuje se na način da se utvrdi njegova proizvodna dimenzija (mjerodavno tržište u proizvodnom smislu) i zemljopisna dimenzija (mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu).

Tuženik je osnovano, imajući u vidu odredbe naprijed navedene Uredbe, kao i odredbe Zakona o prijevozu opasnih tvari (Narodne novine, broj 79/07.) te Pravilnika o rukovanju opasnim tvarima, uvjetima i načinu obavljanja prijevoza u pomorskom prometu, ukrcavanja i iskrcavanja opasnih tvari, rasutog i ostalog tereta u lukama, te načinu sprječavanja širenja isteklih ulja u lukama (Narodne novine, broj 51/05., 127/10., 134/13. i 88/13.) a s obzirom na sadržaj dokumentacije za nadmetanje od 1. kolovoza 2013. glede predmeta nabave usluga trajektnog prijevoza autocisterni i kamiona s UNP i naftnim derivatima broj SN-952/13/BI prema kojem ista obuhvaća prijevoz predmetnih opasnih tvari izvanrednim i redovnim trajektnim linijama te je prema popisu većina istih relacija i na izvanrednim i na redovnim linijama, zaključio da se za potrebe ovog postupka u proizvodnom smislu treba promatrati tržište pružanje usluga redovnog i izvanrednog trajektnog prijevoza opasnih tvari iako ostaje otvoreno pitanje može li se raditi i o širem tržištu broskog prijevoza opasnih tvari ali s obzirom da konačna definicija mjerodavnog tržišta u proizvodnom smislu ne utječe na ishod ovog konkretnog predmeta ista može ostati otvorena.

Nadalje, osnovano zaključuje tuženik da je potrebno, sukladno odredbi članka 6. naprijed citirane Uredbe prema kojoj mjerodavno tržište u zemljopisnom smislu obuhvaća zemljopisno područje na kojem poduzetnik sudjeluje u ponudi ili nabavi proizvoda, promatrati šire zemljopisno područje budući je u predmetnom nadmetanju ponudeno više relacija. Naime, ponudene su ukupno 22 relacije i to za trajektni prijevoz autocisterni s naftnim derivatima i kamionima s UNP bocama prema potrebama INA-e za opskrbu tržišta na jadranskim otocima na redovitim i izvanrednim trajektnim linijama. Stoga je sukladno i odredbama Pomorskog zakonika (Narodne novine, broj 181/04., 76/07., 146/08., 61/11. i 56/13.) tuženik u zemljopisnom smislu promatrao područje unutarnjih morskih voda i teritorijalnog mora Republike Hrvatske. Međutim, kako konačna definicija mjerodavnog tržišta i u zemljopisnom smislu nije utjecala na ishod konkretnog predmeta ista je ostala otvorena a kako je to i navedeno u obrazloženju osporenog rješenja.

Glede prigovora tužitelja o postojanju indicija o zabranjenom sporazumu treba reći da su sukladno odredbi članka 8. stavak 1. Zakona zabranjeni svi sporazumi između dva ili više neovisnih poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje, koje kao cilj ili posljedica ima narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu a osobito oni kojima

se: 1. izravno ili neizravno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene, odnosno drugi trgovinski uvjeti, 2. ograničava ili nadzire proizvodnja, tržište, tehnološki razvoj ili ulaganje, 3. dijele tržišta ili izvori nabave, 4. primjenjuju nejednaki uvjeti na istovrsne poslove s različitim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurenciju, 5. uvjetuje sklapanje ugovora prihvaćanjem od drugih ugovornih strana dodatnih obveza, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u vezi s predmetom tih ugovora.

Naime, iz dokumentacije za nadmetanje u predmetu nabave usluga trajektnog prijevoza autocisterni i kamiona s UNP i naftnim derivatima proizlazi da je INA d.d. objavila poziv za nadmetanje za navedeni trajektni prijevoz na jadranskim otocima na redovnim i izvanrednim trajektnim linijama i to za ukupno 22 relacije na kojima su ravnopravno mogli sudjelovati svi natjecatelji. Kao kriterij odabira ponude navedeno je da će naručitelj između prihvatljivih ponuda, nakon pregovaračkog postupka, odabrati najpovoljniju ponudu ili više njih. Također navedeno je da naručitelj zadržava pravo, po vlastitoj odluci, modificirati nadmetanje u bilo kojem trenutku, pregovarati s jednim ili više ponuditelja, odabrati jednog, ili više ponuditelja, odnosno poništiti predmetno nadmetanje u bilo kojem trenutku i bez obzira na razloge.

Međutim, nakon završetka predmetnog natječaja a imajući u vidu naprijed navedene kriterije odabira ponuda, INA je sa svim ponuditeljima koji su javili na predmetni natječaj sklopila ugovore na svim relacijama za koje su se oni javili pa je sukladno kriteriju najniže cijene iste rangirala kao ponuditelje prvog prioriteta odnosno drugog prioriteta itd. Stoga je, tužitelj, a imajući u vidu upravo kriterij najniže cijene, na određenim relacijama angažiran kao poduzetnik prvog reda, odnosno na određenim relacijama kao poduzetnik drugog reda u kojima njegova cijena nije bila najniža. Isto se odnosi i na Tanker d.d. te ostale ponuditelje. Da li je najniža cijena koju je ponudio Tanker d.d., a čemu tužitelj prigovara, za Tanker d.d. ekonomski isplativa nije predmet ovog postupka.

Također, upravo analizom ugovora koji su zaključeni između INE i svih ponuditelja, a imajući u vidu uvjete predmetnog natječaja, pravilno je tuženik zaključio da INA nije sklopila zabranjeni sporazum s poduzetnikom TANKER u smislu naprijed citirane odredbe članka 8. Zakona, jer su ugovori sklopljeni sa svim onim poduzetnicima na relacijama na kojima su se oni javili pri čemu su sukladno kriteriju odabira ponude isti svrstani na prvo mjesto odnosno drugo mjesto itd.

Tužitelj prigovara da se TANKER nalazi u vladajućem položaju odnosno da isti zloroporabljava vladajući položaj, a što proizlazi iz obrazloženja osporenog rješenja u kojem su podaci u otpravku istog za tužitelja djelomično izostavljeni i koji se zaključci temelje na pogrešnom određenju mjerodavnog tržišta te da bi proizlazilo da TANKER ima udio od 50% (što je više od 40%) iz čega proizlazi da ne znači da TANKER nema vladajući položaj. Naime, prema odredbi članka 12. stavak 2. Zakona, na koji upućuje tužitelj, u smislu ovoga Zakona, poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu iznosi više od 40% može biti u vladajućem položaju.

Odredbom članka 13. Zakona, propisano je da je zabranjena svaka zloroporaaba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika na mjerodavnom tržištu, a osobito: 1. izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, odnosno drugih nepravednih trgovinskih uvjeta, 2. ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvitka na štetu potrošača, 3. primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s drugim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurenciju, 4. uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom drugih ugovornih strana na dodatne obveze, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u izravnoj vezi s predmetom tih ugovora.

Međutim, suprotno tvrdnji tužitelja u postupku koji je prethodio donošenju osporenog rješenja tuženik je proveo iscrpan dokazni postupak, omogućio tužitelju i zainteresiranim osobama izjašnjenje u svezi s prikupljenim dokazima te analizirajući podatke o broju vožnji i prihoda u vremenskom periodu od 2011. godine do 2014. godine kako tužitelja tako i zainteresirane osobe TANKER, pravilno utvrdio da su i tužitelj i zainteresirana osoba obavili približno jednak broj vožnji i također približno jednak broj vožnji za INU kao i da su ostvarili i približno jednak prihod od tih vožnji. Konačno, najveći broj prijevoza za INU su obavili drugi poduzetnici, a oko 10% prijevoza tužitelj, TANKER i drugi poduzetnici iz čega je osnovano zaključeno da se TANKER ne nalazi u vladajućem položaju na promatranom tržištu niti je takav položaj zloupotrijebio. Osim toga, vladajući položaj sam po sebi nije zabranjen već je zabranjena njegova zloupotrijeba. Također, osnovano upućuje tuženik u odgovoru na tužbu da sam tržišni udjel nekog poduzetnika ne daje dovoljnu osnovu na temelju koje bi se u svakom pojedinom slučaju moglo govoriti o vladajućem položaju poduzetnika već je potrebno utvrditi ostale sudionike na tržištu i njihov položaj na tržištu, financijsku snagu, povezanost s drugim poduzetnicima, prednosti u pristupu, izvorima nabave ili tržištu, promjene tržišnih udjela u određenom vremenskom razdoblju, pravne ili činjenične zapreke pristupa drugih poduzetnika tržištu, sposobnost nadmetanja tržišnih uvjeta s obzirom na ponudu ili potražnju, sposobnost nadmetanja tržišnih uvjeta s obzirom na ponudu ili potražnju, sposobnost isključivanja konkurenta s tržišta i sl. Kako je i po ocjeni Suda u postupku, koji je prethodio donošenju osporenog rješenja utvrđeno pravilno da Tanker nema vladajući položaj na promatranom mjerodavnom tržištu te da isti nije mogao pružati usluge trajektnog prijevoza opasnog tereta primjenom predatorskih cijena s ciljem da se tužitelj dovede u financijske teškoće to se osporeno rješenje, uz obrazloženje kakvo je njime dano, ne može ocijeniti nezakonitim.

Nadalje, glede prigovora tužitelja da je na internetskim stranicama FINE objavljeno otvaranje postupka predstečajne nagodbe za Tanker d.d. o čemu je tužitelj e-mailom obavijestio Agenciju, isto nije od utjecaja za utvrđenje da li postoji zabranjeni sporazum odnosno da li je došlo do zloupotrijeba vladajućeg položaja.

Prigovori tužitelja koji se odnose na eventualne nezakonitosti glede trajektnog prijevoza opasnog tereta od strane Tanker d.d. te eventualnom sustavnom kršenju propisa iz područja sigurnosti plovidbe ne mogu biti od utjecaja na rješenje ove stvari budući da je tuženik ovlašten nakon provedenog prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu utvrditi samo da li je u konkretnom slučaju došlo do sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja imajući pri tome u vidu naprijed navedene odredbe Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja.

Kako su u obrazloženju osporenog rješenja izneseni, prema ocjeni Suda, valjani i potpuni razlozi, koji s obzirom na utvrđeno činjenično stanje upućuju na osnovanost odluke tuženika, to se osporeno rješenje ne može ocijeniti nezakonitim.

Trebalo je po odredbi članka 57. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10. i 143/12.), riješiti kao u izreci.

U Zagrebu 29. listopada 2014.

Predsjednica vijeća
Marina Kosović Marković, v.r.

Za točnost otpis - ovlašten službenik

Tanja Nemčić

