

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'A' followed by a horizontal line.

Р Ј Е Ш Е Њ Е
по Захтјеву за покретање поступка Удружења представника страних произвођача лијекова у
Босни и Херцеговини против Владе Кантона Сарајево

Сарајево,
мај, 2019. године



Број: 05-26-3-025-60-П/16
Сарајево: 07.05.2019. године

На основу члана 25. став (1) тачка е), члана 42. став (1) тачка а), у вези члана 4. став (1) тачка б) и д) Закона о конкуренцији („Службени гласник БиХ“, бр. 48/05, 76/07 и 80/09) и чланова 105. и 108. Закона о управном поступку ("Службени гласник БиХ", бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16) и члана 62. Закона о управним споровима («Службени гласник БиХ», бр. 19/02, 88/07, 83/08 и 74/10), у поступку покренутом по Захтјеву Удружења представника страних произвођача лијекова у БиХ, Хасана Бркића 2, 71000 Сарајево, заступан по пуномоћнику, адвокату Алмиру А. Селимовићу, Маршала Тита 29/П, 71000 Сарајево против Владе Кантона Сарајево, Реиса Џемалудина Чаушевића 1, 71000 Сарајево ради утврђивања постојања забрањеног споразума из члана 4. став 1. тачка б) и д) Закона о конкуренцији, заprimљеног под бројем: 05-26-3-025-П/16 дана 15.07.2016. године, а поступајући по Пресуди Суда Босне и Херцеговине број: С1 3 У 025836 17 У од 24.01.2019. године, Конкуренијски савјет на 52. (педестдругој) сједници одржаној дана 07.05.2019. године, је донио

РЈЕШЕЊЕ

1. Одбија се Захтјев поднесен од стране Удружења представника страних произвођача лијекова у БиХ, Хасана Бркића 2, 71000 Сарајево, поднесен против Владе Кантона Сарајево, Реиса Џемалудина Чаушевића 1, 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина, ради утврђивања постојања забрањеног споразума у смислу члана 4. став (1) тачке б) и д) Закона о конкуренцији, као неоснован.
2. Ово Рјешење је коначно и биће објављено у "Службеном гласнику БиХ", службеним гласилима ентитета и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине.

Образложење

Овим Рјешењем извршава се Пресуда Суда Босне и Херцеговине, број: С1 3 У 025836 17 У од 24.01.2019. године (у даљем тексту: Пресуда), којом је Суд Босне и Херцеговине уважио Тужбу Удружења представника страних произвођача лијекова у БиХ, Хасана Бркића 2, 71 000 Сарајево (у даљем тексту: Подносилац захтјева или Удружење) и поништио Рјешење Конкуренијског савјета, број: 05-26-3-025-40-П/16 од 07.06.2017. године (у даљем тексту: Рјешење), те предмет вратио Конкуренијском савјету на поновно рјешавање.

Конкуренијски савјет је пресуду запримио дана 29.01.2019. године под бројем: 05-26-3-025-49-П/16 у којој је Конкуренијском савјету наложено да у поновном поступку донесе рјешење у овом предмету.

Према члану 62. Закона о управним споровима („Службени гласник БиХ“, бр. 19/02, 88/07, 83/08 и 74/10), када суд поништи акт против којег је био покренут управни спор, предмет се враћа у стање у којем се налазио прије него што је поништени акт донесен, те је при доношењу новог рјешења везан правним схватањима и примједбама суда у вези с поступком.

Конкурenciјски савјет је дана 07.06.2017. године, донио рјешење број: 05-26-3-025-40-II/16, којим се одбија Захтјев Подносиоца захтјева поднесен против Владе Кантона Сарајево, Реиса Џемалудина Чаушевића 1, 71000 Сарајево, Босна и Херцеговина (даљем тексту: Влада КС), ради утврђивања постојања забрањеног споразума у смислу члана 4. став (1) тачке б) и д) Закона о конкуренцији, као неоснован те одбија се приједлог за доношење рјешења о привременој мјери и налаже Подносиоцу захтјева да на име трошкова поступка Влади КС плати износ од 631,80 КМ, што је Подносилац захтјева и извршио.

1. Покретање поступка

Конкурenciјски савјет је дана 15.07.2016. године запримио Захтјев за покретање поступка под бројем: 05-26-3-025-II/16 Удружења представника страних произвођача лијекова у БиХ, Хасана Бркића 2, 71000 Сарајево (у даљем тексту: Подносилац захтјева или Удружење) поднесен путем адвоката Алмира А. Селимовића, Маршала Тита 29/II, 71000 Сарајево против Владе Кантона Сарајево, Реиса Џемалудина Чаушевића 1, 71000 Сарајево (у даљем тексту: Влада КС) ради утврђивања усуглашености Одлуке о позитивној болничкој и магистралној листи лијекова Кантона Сарајево број: 02-05-22664/16 од 01.06.2016. године („Службене новине Кантона Сарајево број: 27/2016) (у даљем тексту: Одлука) са Законом о конкуренцији («Службени гласник БиХ», бр. 48/05, 76/07 и 80/09), (у даљем тексту: Закон), а ради опјене постојања забрањеног споразума из члана 4. став 1. тачка б) и д) Закона као и доношења Рјешења о привременој мјери у смислу члана 40. Закона.

Увидом у поднесени Захтјев, Конкурenciјски савјет је утврдио да исти није комплетан и уредан, у смислу члана 28. Закона, те је затражило допуно истог актом број: 05-26-3-025-1-II/16 дана 19.07.2016. године.

Дана 16.08.2016. године Конкурenciјски савјет је упутио обавијест број: 05-26-3-025-2-II/16 информишући Подносиоца захтјева да с обзиром да нису доставили тражену документацију у законом утврђеном року нити су тражили продужење рока, сматра се да су одустали од захтјева у складу са чланом 31. став (2) Закона.

Подносилац Захтјева је допунио исти и тражену документацију доставио дана 23.08.2016. године поднеском број: 05-26-3-025-3-II/16, коју је Конкурenciјски савјет одлучио прихватити, имајући у виду да је дана 01.10.2016. године услед истека законског мандата, дошло до промјене вијећника Конкурenciјског савјета који је задужио предметни спис.

С обзиром да Захтјев и даље није био комплетан, поново је упућен Захтјев за допуном број: 05-26-3-025-4-II/16 дана 18.10. 2016. године са циљем да се исти комплетира и настави са даљим поступком у складу са Законом.

Дана 04.11.2016. године Конкурenciјски савјет је запримио захтјев Подносиоца захтјева број: 05-26-3-025-5-II/16 којим се тражи продужење рока за доставом тражене допуне, који имајући у виду све околности није оцјењен оправданим те су о истом обавјештени актом број: 05-26-3-025-6-II/16 дана 10.11.2016. године;

Дана 16.11.2016. године Конкурenciјски савјет је запримио допуно Захтјева број: 05-26-3-025-7-II/16 коју је Конкурenciјски савјет прихватио, с обзиром да у тренутку запрамања допуне Захтјева, нисмо запримили доказ (повратницу) да је Подносилац захтјева запримио Обавијест број: 05-26-3-025-6-II/16 од 10.11.2016. године.

Подносилац захтјева дописом број: 05-26-3-025-9-II/16 од 29.11.2016. године доставио је доказ о уплати административне таксе, на основу захтјева Конкурenciјског савјета број: 05-26-3-025-8-II/16 од 17.11.2016. године.

Конкуренцијски савјет је дана 14. децембра 2016. године под бројем: 05-26-3-025-10-III/16 сходно члану 28. став (3) Закона, Подносиоцу захтјева издао Потврду о пријему комплетног и уредног Захтјева.

2. Странке у поступку

Странке у поступку су Удружење представника страних произвођача лијекова у БиХ, ул. Хасана Бркића 2, 71000 Сарајево и Влада Кантона Сарајево, Реиса Џемалудина Чаушевића 1, 71000 Сарајево (у даљем тексту: Влада КС).

2.1. Удружење представника страних произвођача лијекова у БиХ

Удружење представника страних произвођача лијекова у БиХ је регистровано дана 31.5.2002. године у Регистру удружења Министарства правде Босне и Херцеговине, под регистарским бројем: РУ-2/02, књига I Регистра. Сједиште Удружења је у Сарајеву, ул. Хасана Бркића бр. 2, а лице одговорно за заступање је др. Неџад Кечо.

2.2. Влада Кантона Сарајево

Влада Кантона Сарајево је орган управе који је донио спорну Одлуку и на којег се у складу с чланом 2. став (1) тачка б) Закона примјењују одредбе истог, када својим дјеловањем посредно или непосредно учествује или утиче на тржиште Босне и Херцеговине.

3. Правни оквир предметног поступка

Конкуренцијски савјет је у току поступка примијенио одредбе Закона, Закона о управном поступку и Одлуке о утврђивању релевантног тржишта („Службени гласник БиХ”, бр. 18/06 и 34/10).

Такођер, Конкуренцијски савјет је узео у обзир и одредбе Закона о лијековима и медицинским средствима („Службени гласник БиХ“ бр. 58/08), Закона о лијековима ФБиХ („Службене новине ФБиХ“ број: 109/12), Правилника о начину контроле цијена, начину обликовања цијена лијекова и начину извјештавања о цијенама лијекова у БиХ („Службени гласник БиХ“ бр. 82/11), Правилника о поступку и начину издавања дозволе за стављање лијека у промет („Службени гласник БиХ“ бр. 75/11), Правилника о ближим критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листе лијекова у ФБиХ, начину стављања и скидања лијекова са листе лијекова, обавезама Министарства здравља, Завода здравственог осигурања, те произвођача и дистрибутера лијекова уврштених на листе лијекова, као и кориштење лијекова („Службене новине ФБиХ“ бр. 45/13), Одлуке о листи лијекова обавезног здравственог осигурања Федерације Босне и Херцеговине чији саставни дио је Листа есенцијалних лијекова обавезног здравственог осигурања Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ“ бр. 56/13, 74/14 и 94/15), и Одлуком о измјени и допуни одлуке о листи лијекова обавезног здравственог осигурања Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ“ бр. 94/15).

Споразум о стабилизацији и придруживању између европских заједница и његових држава чланица, с једне стране и Босне и Херцеговине с друге стране („Службени гласник БиХ – међународни уговори“ бр. 10/08), (у даљем тексту: Споразум о стабилизацији и придруживању) одредба чл. 71. о примјени критерија и правне стечевине Европске уније, те члана 43. став (1) Закона, које омогућује Конкуренцијском савјету у сврху оцјене датог случаја, да се може користити судском праксом Европског суда правде и одлукама Европске комисије.

4. Релевантно тржиште

Релевантно тржиште, у смислу члана 3. Закона, те чл. 4. и 5. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта („Службени гласник БиХ“, бр. 18/06 и 33/10) чини тржиште одређених производа/услуга који су предмет обављања дјелатности на одређеном географском тржишту.

Према одредби члана 4. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта, релевантно тржиште производа обухвата све производе и/или услуге које потрошачи сматрају међусобно замјењивим с обзиром на њихове битне карактеристике, квалитет, намјену, цијену или начин употребе.

Према одредби члана 5. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта, релевантно географско тржиште обухваћа цјелокупну или значајан дио територија Босне и Херцеговине на којој привредни субјекти дјелују у продаји и/или куповини релевантне услуге под једнаким или довољно уједначеним условима и који то тржиште битно разликују од услова конкуренције на сусједним географским тржиштима.

Релевантно тржиште предметног поступка је уврштавање лијекова на есенцијалну Листу лијекова за 2016. годину који се издају на рецепт, у складу са Одлуком о Листи лијекова за 2016. годину донесене од стране Владе КС.

Релевантно географско тржиште је територија Кантона Сарајево, будући да се Одлука о листи лијекова за 2016. годину примјењује у Кантону Сарајево.

У овом поступку је утврђено како је предмет поступка уврштавање лијекова на есенцијалну Листу лијекова у 2016. години који се издају на рецепт на основу субвенције од стране Завода здравственог осигурања Кантона Сарајево, на територији Кантона Сарајево.

5. Поступак по Захтјеву за покретање поступка

У Захтјеву Подносилац захтјева описује чињенично стање и околности које су разлог за подношење Захтјева, те укратко наводи слjedeће:

- да је Подносилац захтјева правно лице регистровано као удружење у Регистру удружења Министарства правде Босне и Херцеговине под регистарским бројем РУ-2/02, књига I Регистра, дана 31.05.2002. године, са сједиштем у Сарајеву, ул. Хасана Бркића број 2, док је одговорно лице за заступање удружења је др. Нецад Кечо;
- да је међу циљевима удружења и заступање интереса чланица удружења, чији интереси Одлуком Владе КС, која је предмет захтјева за утврђивање усаглашености са Законом о конкуренцији, итекако могу бити нарушени, чак до тог степена да поједине чланице удружења може довести до упитности економске оправданости даље егзистенције на БиХ тржишту;
- да покрећу поступак против Владе КС, са сједиштем у Сарајеву, улица Реиса Џемалудина Чаушевића број 1, коју заступа Кантонално правобранилаштво Кантона Сарајево, са сједиштем у Сарајеву, улица Бранилаца Сарајева број 21, као доносиоца Одлуке чије утврђивање усаглашености са Законом о конкуренцији се тражи;
- да Подносилац захтјева сматра да Владе КС, Одлуком о позитивној, болничкој и магистралној листи лијекова Кантона Сарајево број 02-05-22664/16 од 01.06.2016. године (Службене новине Кантона Сарајево, број: 27/16 од 7.6.2016. године) (у даљем тексту: Одлука), спрјечава и нарушава тржишну конкуренцију на тржишту издавања лијекова који се издају на терет здравственог осигурања Кантона у смислу члана 4. став 1. тачка б) и тачка д) Закона о конкуренцији;

- да на позитивну листу А и Б лијекова који се издају на терет здравственог осигурања нису уврштени сви произвођачи лијекова који испуњавају услове за уврштавање на исту, како у погледу испуњавања услова за прометовање лијековима у БиХ, тако и у погледу прихватања понуђене цијене лијекова од стране Владе, те осталих услова прописаних Правилником о ближним критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листи лијекова у ФБиХ, начину стављања и скидања лијекова са листи лијекова, обавезама министарстава здравства, завода здравственог осигурања, те произвођача и прометника лијекова уврштених на листе лијекова, као и кориштење лијекова (Службене новине ФБиХ број 45/13 од 12.06.2013. године), а који су уредно поднијели апликације за уврштавање њихових лијекова на листу, међу којима су и чланице Подносиоца захтјева;
- да су на исту листу лијекова уврштени само тзв. домаћи произвођачи лијекова истог генеричког састава, облика и паковања, изузев у погледу лијекова које не производе или не пакују, уз готово безначајне изузетке, а све тобоже ради заштите домаће „производње“ лијекова, иако су у више наврата од стране Удружења упозоравани да би доношењем такве листе, коју су прије доношења најављивали у медијима, дошло до кршења позитивних законских прописа и релевантних Одлука Конкуренцијског савјета БиХ;
- да су чланице удружења, Подносиоца захтјева, из реда најјачих свјетских компанија из ове области, да су дуги низ година на тржишту лијекова БиХ са неупитним квалитетом производа, за разлику од неких произвођача који су уврштени на листу, те да је великом броју корисника здравственог осигурања који су до доношења ове Одлуке користили лијекове који сада нису уврштени на листу, односно који су „скинути“ са листе, а који узгред пуне буџет Завода здравственог осигурања и ради којих Завод, као и Министарство здравља Владе кантона и постоје, ускраћено право кориштења лијекова на које су навикли, који им одговарају и које им је љекар прописивао;
- да је идентичан случај већ био предметом расправе Конкуренцијског савјета по захтјеву Унифарм д.о.о. Лукавац против Одлука Владе Тузланског кантона о позитивној листи лијекова број: 02/1-37-003419 од 03.03.2015. године и 02/1-37-23485/15 од 29.10.2015. године;
- да је Конкуренцијски савјет донио Рјешење број: 02-26-3-014-22- II/15 којим је утврдио да се предметним Одлукама спрјечава, ограничава и нарушава тржишна конкуренција на тржишту уврштавања лијекова на позитивну листу лијекова који се прописују и издају осигураним особама на терет Завода здравственог осигурања Тузланског кантона, ограничавањем и контролом тржишта што представља забрањени споразум у смислу члана 4. став (1) тачка б) Закона о конкуренцији;
- да су о наведеном рјешењу Конкуренцијског савјета упознали Премијера Владе КС и министрицу здравства, који су се оглушили на исто;
- да је Конкуренцијски савјет БиХ и по Захтјеву Удружења представника страних произвођача лијекова у БиХ у поступку против Владе КС ради утврђивања усаглашености Одлуке о листи есенцијалних лијекова неопходних за осигурање здравствене заштите у оквиру стандарда обавезног здравственог осигурања у Федерацији Босне и Херцеговине („СИ. Новине ФБиХ“ бр. 75/11), са Законом о конкуренцији, донијело Рјешење под бројем 01-01-26-048-36-II/07 од 22.10.2008. године, којим је утврђено да је одредба чл. 20. Одлуке о листи лијекова који се издају на терет завода здравственог осигурања Кантона Сарајево, у супротности са одредбама чл. 4. Закона о конкуренцији, управо из разлога дискриминације и стављања у неравноправан положај стране произвођаче лијекова;
- да је по Захтјеву Удружења против Одлуке Владе Федерације Босне и Херцеговине о есенцијалној листи лијекова који се издају на терет здравственог осигурање по којем је

Конкуренцијски савјет донио Рјешење број 04-26-3-027-38-II/11 од 04. октобра 2012. године (Службени гласник БиХ број 85/2012), те Рјешење број 04-26-3-027-65-II/11 од 27.05.2015. године (Службени гласник БиХ број 56/2015), у којем је утврдио да ограничењем броја заштићених назива лијекова који имају исти генерички назив, облик, јачину и паковање ограничава и нарушава тржишна конкуренција (стр. 14, алинеја 2. Рјешења);

- да иако није у надлежности Конкуренцијског савјета да утврђује усаглашеност предметне Одлуке са федералним прописима, треба истаћи да је иста и у супротности са чланом 14. Правилника о ближним критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листе лијекова у ФБиХ, начину стављања и скидања лијекова са листи лијекова, обавезама министарстава здравства, завода здравственог осигурања, те произвођача и прометника лијекова уврштених на листе лијекова, као и кориштење лијекова (Сл. новине ФБиХ број 45/13 од 12.06.2013. године), којом одредбом су стриктно одређени услови под којим се може ограничити стављање и прописивање лијека на листу лијекова заштићеног назива, односно произвођача;
- достављен је и табеларни преглед лијекова који нису уврштени на позитивну листу А и Б лијекова које производе чланице Удружења (Плива д.о.о.Хрватска, Фармал, Берлин-Цхемие, Алкалоид, АЛВОГЕН, БИОФАРМА, ДЕВА, ЕРИС, РЕПЛЕК ПХАРМ, Лек, Нобел Илац, БГП Продуктс, ПРО.МЕД.ЦС, Билим, ЈАДРАН);
- да је неоспорно да ће примјена спорне одлуке Владе КС свакако довести до директног штетног утицаја на привредне субјекте, произвођаче лијекова који нису уврштени на листу лијекова који се издају на терет здравственог осигурања кантона иако за то испуњавају све законске услове, да ће доћи до поремећаја на јединственом тржишту лијекова у БиХ због различитих услова пословања, те енормног профита „привилегованих“ произвођача међу којима је и *ZADA Pharmaceuticals* д.о.о. Тузла, привредно друштво које већ годинама има све блокиране трансакцијске рачуне и није јасно на који начин уопште послује.

Имајући у виду изнесено Подносилац захтјева сматра оправданим да Конкуренцијски савјет БиХ, у што краћем року, покрене поступак по овом захтјеву, у којем ће утврдити да ли је Влада КС, Одлуком о позитивној, болничкој и магистралној листи лијекова Кантона Сарајево број 02-05-22664/16 од 01.06.2016. године (Службене новине Кантона Сарајево, број: 27/16), нарушила тржишну конкуренцију на територији БиХ, донесе Рјешење о привременој мјери којим ће суспендовати примјену Одлуке до окончања поступка, а све у циљу заштите и промоције тржишне конкуренције у Босни и Херцеговини и спрјечавања настанка штетних последица како за поједине привредне субјекте, тако и за друштвену заједницу уопште.

Подносилац Захтјева је допунио исти и тражену документацију доставио дана 23.08.2016. године поднеском број: 05-26-3-025-3-II/16, коју је Конкуренцијски савјет одлучио прихватити, имајући у виду да је дана 01.10.2016. године усљед истека законског мандата, дошло до промјене вијећника Конкуренцијског савјета који је задужио предметни спис.

У достављеној допуни, Подносилац захтјева у битном наводи појашњења која се односе на спорну Одлуку, и то да саставни дио Одлуке чини прилог са листом лијекова на којој се налази и тзв. А и Б листа. Разлика између ове двије листе је то да се лијекови из А листе у цијелости финансирају из средстава Завода здравственог осигурања (ЗЗО), док се лијекови са Б листе дјелимично финансирају од стране ЗЗО, а дјелимично од стране осигураника.

Такођер, наводи да у предметној листи су таксативно наведени лијекови који се издају на терет ЗЗО кантона по творничком називу лијека и произвођачу истог, шифри лијека, генеричком саставу лијека, облику паковања, јачини, учешћу завода у финансирању и сл. Федералном листом лијекова је утврђено који се лијекови налазе на листама лијекова у Федерацији БиХ, а која је обавезујућа за кантоне у ФБиХ, према свим наведеним категоријама изузев по категорији творничког назива лијека и произвођача.

Надаље, наводи да Федерална листа утврђује генерички састав лијека, облик паковања, јачину и сл., али не наводи који лијекови према произвођачима истих, а који испуњавају поменуте критеријуме, ће се наћи на листама у кантонима. Међутим Федералним прописима је утврђена и процедура и услови за стављање одређеног лијека појединачног произвођача на листу, као и под којим условима се неки лијек може не уврстити, односно „скинути“ са листе. Према истим прописима сваки произвођач лијека чији лијек испуњава све законске услове у погледу одобрења за прометовање, извршене контроле прве серије и сл. и који аплицира и прихвати услове за стављање лијека на листу, мора бити уврштен на исту под једнаким условима уз изузетак да лијек тог произвођача у законитој процедури буде изостављен са листе, што ниједан од лијекова чланица Удружења са којим су аплицирали на листу Кантона Сарајево није.

Такођер, неспорно произилази да је не уврштавањем лијекова чланица Удружења на листу Кантона Сарајево који испуњавају све услове и са којим су чланице Удружења аплицирале на листу, представља ограничавање тржишта лијекова на подручју Кантона Сарајево и довођење произвођача и дистрибутера истих у неповољан положај у односу на произвођаче, углавном тзв. „домаће произвођаче“ (из разлога што су исти претежно у власништву страних правних или физичких лица и што углавном само пакују, а не производе лијекове).

Релевантно тржиште на које се односи спорна Одлука је тржиште на простору који обухвата Кантон Сарајево. У посљедних 12 мјесеци на тржишту кантона прометовано је лијекова у укупној вриједности од 70.614.636,00 ЕУР, од чега 65.250.138,00 ЕУР отпада на лијекове који се издају на лијечнички рецепт.

Удио финансирања ЗЗО Кантона Сарајево у финансирању лијекова у овом периоду је око 80.000.000,00 КМ са урачунатим ПДВ-ом и трошковима услуга издавања лијекова, чијим умањењем се дође до реалних 65.000.000,00 КМ који се односе на плаћање лијекова произвођачима, односно дистрибутерима лијекова од стране Завода.

Листу лијекова по генеричком саставу који се издају на терет ЗЗО у кантонима ФБиХ доноси Влада Федерације на приједлог Министарства здравља ФБиХ и исте су се обавезне придржавати Владе кантона које одређују конкретне листе лијекова по произвођачима истих који аплицирају за уврштавање на листе и који испуњавају прописане услове у погледу генеричког састава лијека, јачине и облика паковања, одобрења за прометовање лијеком у БиХ, извршеном контролом прве серије итд, те које пристају на услове у погледу цијене и сл.

Начин апликације за уврштавање на листу у Кантону Сарајево одређен је тачком VII. Одлуке којом је утврђено да носиоци одобрења за прометовање лијекова који су по генеричком саставу, паковању и облику лијека уврштени на Федералну листу, потребну документацију са апликацијом достављају путем заштићене веб апликације Министарства здравства кантона.

На тржишту лијекова у БиХ, па тако и у Кантону Сарајево, су у претходним годинама домаћи произвођачи учествовали са 19 %, односно страни произвођачи са 81%. На садашњој листи Кантона Сарајево је учешће домаћих произвођача 39 %, уз напомену да страни произвођачи у осталом дијелу од 41% скора да и немају домаћих еквивалената. Иако је незахвално у овом тренутку правити процјену штете која ће настати за стране произвођаче, имајући у виду раније изнесене податке о релевантном тржити, штета ће у сваком случају бити већа од 1.000.000,00 КМ на мјесечном нивоу.

У достављеној допуни Захтјева број: 05-26-3-025-7-II/16, Подносилац захтјева је између осталог дао додатна појашњења која се односе на лијек истог генеричког састава и имена, паковања, тежине и облика у односу на листе лијекова ФБиХ коју су дужни примјенити сви Кантони/Жупаније ФБиХ, односно сви произвођачи који имају такав лијек без обзира на њихово заштићено име, а који поред тога имају одобрење за прометовање у БиХ и који пристају на понуђену цијену лијека и аплицирају на листу, требају имати равноправан третман.

Такођер, Подносилац захтјева наводи да никакав финансијски одраз на буџет ЗЗО Кантона Сарајево нема, да ли ће на листи рецимо наведеног генеричког лијека бити један или десет произвођача истих лијекова различитог заштитеног имена. Исти је број пацијената којима је потребан нпр. ранитидин, иста је цијена лијека и из буџета ће се за исти издвојити иста средства без обзира колико произвођача ће учествовати у продаји тог лијека.

На основу горе наведеног, Конкурентијски савјет је оцијенио да повреде Закона, на које Подносилац захтјева указује, није могуће утврдити без провођења поступка, те је у складу са чланом 32. став (2) Закона, на 136. сједници одржаној дана 21. децембра 2016. године, донијело Закључак о покретању поступка, број: 05-26-3-025-12-II/16 (у даљем тексту: Закључак), ради утврђивања постојања забрањених конкурентијских дјеловања у смислу члана 4. став (1) тачке б) и д) Закона.

Конкурентијски савјет, у складу са чланом 33. став (1) Закона, је доставио Захтјев и Закључак на одговор противној страни у поступку, Влади КС, Реиса Џемалудина Чаушевића 1., 71 000 Сарајево, Босна и Херцеговина, актом број: 05-26-3-025-17-II/16 дана 22. децембра 2016. године.

Конкурентијски савјет је доставио Закључак Подносиоцу захтјева, актом број: 05-26-3-025-16-II/16 дана 22. децембра 2016. године.

Дана 06.01.2017. године запримљен је Захтјев за продужење рока за доставу одговора на закључак о покретању поступка број: 05-26-3-025-18-II/16 од стране Владе КС, ради комплексности предмета.

Дана 11.01.2017. године, Конкурентијски савјет је Влади КС актом број: 05-26-3-025-19-II/16, одобрио додатни рок од 30 дана за доставу траженог одговора.

Влада КС је у одобреном року доставила одговор на Захтјев и Закључак Конкурентијском савјету, у смислу члана 33. став (3) Закона, актом број: 05-26-3-025-20-II/16 дана 10. фебруара 2017. године, у којем оспорава Захтјев, те сматра да исти треба одбити као неоснован, те у вези са појединачним наводима Подносиоца захтјева, у битном наводи сљедеће:

- да су потпуно нетачни и неосновани наводи Подносиоца захтјева да је Влада КС доносећи Одлуку о позитивној, болничкој и магистралној листи лијекова број 02-05-22664/16 од 01.06.2016. године (у даљем тексту: Позитивна листа лијекова), поступала противно федералним прописима, односно Закону о лијековима ФБиХ и проведбеним актима;
- да су Позитивну листу лијекова донијели на основу овлаштења и обавезе утврђене у чл. 33. Закона о здравственом осигурању ("Службене новине Ф БиХ", бр. 30/97, 7/02, 70/08, 48/11 и 100/14) и чл. 8. Закона о лијековима ФБиХ („СИ. новине ФБиХ" бр. 109/12);
- да је одредбом чл. 33. Закона о здравственом осигурању изричито предвиђено право осигураних особа на кориштење лијекова које је одобрила Влада Федерације, а који се осигураницима могу прописивати на терет средстава кантоналног завода осигурања. Истом одредбом је утврђено да се кантоналним прописима одређује обим права на кориштење лијекова, који се прописују на терет средстава кантоналног завода здравственог осигурања;
- да је одредбом чл. 8. Закона о лијековима утврђено да листу лијекова који се могу прописивати и издавати на терет средстава обавезног здравственог осигурања кантона (позитивна листа лијекова кантона) доноси влада кантона на приједлог кантоналног министра здравства;

- да је чланом 9. истог закона прописано да се на позитивну листу лијекова, на подручју кантона, уврштавају само они заштићени називи лијекова који испуњавају услове прописане државним законом и прописима донесеним на основу тог закона, као и да се може ограничити број заштићених назива лијекова на позитивној листи кантона;
- да је наведеном законском одредбом прописано да се позитивна листа лијекова сачињава у складу са утврђеним доктринарним приступима у кориштењу лијекова за обољења за која се користе лијекови са Листе лијекова у Федерацији (искуством у терапијској примјени код пацијената за дати заштићени назив лијека; сигурности снабдијевања лијековима узимајући у обзир историјске податке, у смислу (не) редовног снабдијевања лијековима у ФБиХ; постојањем евидентних нуспојава за специфичан заштићени лијек; квалитетом и вјеродостојношћу података о заштићеном називу лијека из референтних извора; статусом заштићеног назива лијека у здравственим системима држава ЕУ и слично);
- да доносећи позитивну листу лијекова Влада КС поступа као орган јавне (извршне) власти, у складу са законом утврђеним надлежностима и обавезама;
- да је искључива сврха доношења позитивне листе лијекова остваривање права осигураника на кориштење лијекова који се прописују на терет социјалног осигурања односно да се средства социјалног осигурања формирају на принципу солидарности у здравственој заштити као и да се позитивна листа лијекова утврђује искључиво на бази медицинске науке и струке;
- да позивање Подносиоца захтјева на неке од ранијих одлука Конкуренцијског савјета, у предметима са наводно сличном проблематиком, не представља релевантан аргумент. Наиме, Конкуренцијски савјет је, прије свега, дужан поступати по закону, што у конкретном случају - поред Закона о конкуренцији, обухвата и правила и праксу Европске комисије и Европског суда правде (а што је примјениво с обзиром на одредбе чл. 43. ст. 7. Закона о конкуренцији и чл. 71. Споразума о стабилизацији и придруживању);
- да у погледу рјешења Конкуренцијског савјета, за која Подносилац захтјева тенденциозно тврди да се ради о аналогним предметима, Влада КС истиче да предмети на које се позива Подносилац захтјева, уопште нису аналогни, што се једноставним увидом у наведене предмете може утврдити. Сваки од предмета, на који се позива Подносилац захтјева, био је базиран на различитом чињеничном стању и на прописима који су важиви у одређеном периоду;
- да за конкретни случај који се води пред Конкуренцијским савјетом, велики значај има релевантна чињеница да су извршене битне промјене у законској регулативи у овој области, као и да је ступио на снагу Споразум о стабилизацији и придруживању који БиХ обавезује на примјену правила и праксе ЕУ;
- да је нови Закон о лијековима ФБиХ из 2012. године овластио кантоналне владе да могу ограничити број заштићених лијекова (члан 9. став 2.), и наметнуо обавезу да се на позитивну листу лијекова кантона обавезно уврштавају и лијекови домаћих произвођача (члан 9. став 3.);
- да наведене законске одредбе нису биле на снази, у вријеме када је Конкуренцијско савјет доносио одлуке на које се Подносилац захтјева позива, - или странке у тим поступцима нису указивале на одговарајуће прописе, - нити је у тим поступцима кориштена правна аргументација која се користи у овом поступку;

- да су нетачни наводи Подносиоца захтјева да је Влада КС одређен број лијекова страних произвођача „скинула“ са листе. Наиме, Влада КС је донијела нову листу лијекова, ради усклађивања са законом, а није „скидала“ било које лијекове са раније листе. Под „скидањем лијека са листе“ сматра се уклањање лијека са текуће - важеће листе, из разлога који су прописани законом (на примјер, нередовно снабдијевање лијеком);
- да код утврђивања нове листе, лијекови се уврштавају на листу на начин и под условима који су утврђени прописима и у складу са становиштима и стандардима струке и науке, те потребама заштите здравља становништва;
- да је Влада Кантона, на основу члана 9. Закона о лијековима, изричито овлаштена да може ограничити број заштићених лијекова на позитивној листи;
- да Влада Кантона Сарајево указује на то да се на Позитивној листи налази велики број лијекова страних произвођача и да њихово финансијско учешће на листи вишеструко премашује финансијски износ који збирно остварују сви домаћи произвођачи уврштени на позитивну листу, што они у свом Захтјеву и не споре. Прецизније, финансијско учешће страних произвођача по основу утрошених средстава за финансирање Позитивне листе у 2016. години износи преко 2/3 (двје трећине);
- Такођер истичу да се Подносилац захтјева није јасно определио за релевантно тржиште, али из контекста његовог захтјева произилази да као релевантно тржиште сматра подручје Кантона Сарајево, што је неодрживо, јер у стварности једино релевантно тржиште лијекова представља територија Босне и Херцеговине;
- да Подносилац захтјева грубо манипулише подацима и нетачно презентира чињенично стање. Према дефиницији, релевантно тржиште лијекова обухвата све лијекове које пацијенти и заводи као потрошачи и/или корисници сматрају међусобно замјенивим, под прихватљивим условима, имајући у виду њихов састав, квалитет који се доказује регистрацијом, индикационо подручје тј. намјену, начин употребе или дозирање, услове продаје (који зависе од воље произвођача), као и континуиране опскрбе са лијеком и цијене лијека;
- да према званичним подацима Агенције за лијекове и медицинска средства БиХ вриједност тржишта лијекова Босне и Херцеговине у 2015. године је износила 597.097.794 КМ, од чега су страни произвођачи имали удио у износу од 494.339.400 КМ или 82,8%, док су домаћи остварили промет од 102.758.394 КМ који има учешће од 17,2% у укупном тржишту лијекова БиХ;
- да подаци о тржишту лијекова у Босни и Херцеговини за 2016. годину нису још увијек коначно обрађени, али се процјењује да је укупна вриједност пласираних лијекова износила 576.300.000 КМ, од чега је учешће страних произвођача износило 459.000.000,00 КМ или 79,6%. Наведени подаци, поред осталог, показују апсолутну нетачност тврдње Подносиоца захтјева, о неравноправном и неповољном положају страних произвођача лијекова на тржишту Босне и Херцеговине. Напротив, према свим показатељима, страни произвођачи лијекова имају изразито доминантан положај у односу на домаће произвођаче лијекова;

- да примјењујући одредбе Закона о конкуренцији, као и правна правила и праксу релевантних институција Европске уније [која је, према члану 43. став 7. Закона о конкуренцији, Конкурenciјски савјете увијек могао користити, а чија примјена је постала обавезна ступањем на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању (СПП) закљученог између ЕУ и БиХ], за доношење одлуке, у конкретном поступку;
- да у вези наведеног очигледно да је Влада КС поступала као орган јавне власти извршавајући своје законом утврђене надлежности и обавезе, и да у њеном поступању нема нити једног обиљежја које би указивало на то да је Влада Кантона дјеловала као привредни субјекат;
- да доношење Одлуке о позитивној листи лијекова не представља економску активност и да Позитивна листа лијекова дефинитивно није роба или услуга, него пропис који је Влада Кантона донијела, као орган јавне власти у складу са законским овлашћењима;
- да је неоспорно да не постоје други субјекти који би, дјелујући на тржишту, могли - умјесто Владе КС обављати исту активност, односно донијети одлуку о позитивној листи лијекова. Коначно, неоспорно је да доношењем позитивне листе лијекова Влада КС не остварује приходе или расходе, односно профит или губитак и да, у том погледу, не сноси било какав ризик пословања на тржишту;
- да како би се успоставио баланс између потреба да се заштити конкуренција и потреба да се заштите овлашћења институција државе, национални судови у ЕУ, као и Европски суд правде и Европска комисија, су заузели становишта да се правила конкуренције не примјењују у ситуацијама када држава проводи своја суверена овлашћења, односно када обавља задатке у јавном интересу или врши административне функције;
- да Влада КС указује на одлуке Европског суда правде донесене у случајевима *Wouters (C-309/99)*, *Poucet & Pistre (Ц-159/91 и 160/91)*, *FEN IN (C-205/3)*, *Фирма Ambulanz Glockner v. Landkreis SÜdwestpfalz (C-475/99)*, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (C-67/96)* и *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen e.V., Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft, See-Krankenkasse v Ichthyol-Gesellschaft Cordes (C- 264/01)* *Mimipharma GmbH (C-306/01)* *Godecke Aktiengesellschaft (C-354/01)* *Inter san (C- 355/01)*.
- да правним становиштима европских институција, одређени су сљедећи битни критеријуми, приликом одговора на питање шта представља економску активност у смислу конкурenciјског права: „Подузетник мора нудити добра или услуге на тржишту [Видјети нпр. Одлуку Ц-475/99, *Фирма Ambulanz Glockner v. Landkreis SÜdwestpfalz (C-475/99)*]; сносити економски или финансијски ризик пословања и имати могућност остваривања профита [Видјети Пресуду *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (C-67/96)*]“;
- да у конкретном случају, Подносилац захтјева за покретање поступка против Владе КС треба да докаже да је Влада Кантона активни учесник на тржишту роба или услуга тј. да доношење Одлуке о позитивној, болничкој и магистралној листи лијекова Кантона Сарајево представља робу или услугу коју Влада Кантона активно нуди на тржишту;
- да у погледу природе активности субјекта, односно утврђивања да ли субјект обавља економску активност или обавља функцију јавне природе, према регулативи и правним

становиштима институција ЕУ, битно је утврдити да ли такву активност може вршити приватна фирма са циљем остваривања профита. С тим у вези, Европски суд правде је заузео сљедеће становиште: „ Уколико не постоји могућност да приватна фирма врши исту активност, тада нема сврхе примјењивати правила конкуренције" [АОК Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Bundesverband der Innungsh'ankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen e.V, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft, See-Krankenkasse v Ichthyol-Gesellschaft Cordes (C-264/01) Mundipharma GmbH (C-3 06/01) Godecke Aktiengesellschaft (C-354/01) Intersan (C-355/01)]”;

- да у овом контексту, значајна околност је да одговарајућим одредбама Закона о лијековима и Закона о здравственом осигурању, изричито прописано да само кантоналне владе (у конкретном случају Влада КС) могу и морају донијети, за подручје кантона, одлуке о позитивној листи лијекова који се прописују на терет средстава заједничког осигурања. Дакле, ради се о овлаштењу јавне природе и био би потпуно неоснован закључак да такву активност, односно одлуку о позитивној листи лијекова може обавити односно донијети приватна фирма која послује са циљем остваривања профита. Стога је у цијелости без основа инсистирање да се, у конкретном случају, на активности Владе КС, примјењују правила о конкуренцији;
- да је од битног значаја и чињеница да се позитивна листа лијекова утврђује искључиво у сврху остваривања права осигураних особа из основа здравственог осигурања. Дакле, сврха позитивне листе је остваривање права осигураних особа на кориштење лијекова на терет средстава здравственог осигурања. Та средства су намијењена осигураницима и њихова сврха је остваривање права осигураника. Не ради се о средствима која су намијењена индустрији лијекова и њихова сврха није профит произвођача лијекова. С тим у вези, управо је релевантна одлука Европског суда правде у случају *Poucet & Pistre* (C-159/91 i 160/91), у којој је изражено сљедеће становиште: „Здравствени фондови и организације укључене у управљање јавним системом социјалне заштите врше искључиво друштвену функцију. То се дјеловање темељи на начелу националне солидарности и потпуно је непрофитно.”;
- да једнако је релевантно и становиште Европског суда правде у случају *FENIN* (C-205/3), којим је изричито утврђено да „СНС управљачка тијела (26 јавних тијела, укључујући и три министарства Шпањолске владе, која воде национални здравствени систем) не дјелују као предузећа (привредни субјекти у смислу права конкуренције) када учествују у менаџменту националних здравствених услуга, те да њихов капацитет као купаца не може бити раздвојен од употребе медицинских средстава и опреме након њихове куповине. Сходно томе та тијела не дјелују као предузећа у смислу права конкуренције Европске уније када купују медицинска добра и опрему и чланови 81. и 82. ЕЦ нису примјенљиви на њих.”;
- да напријед наведена правила и на њима заснована становишта европских институција изражавају један веома разуман, аргументован и избалансиран приступ, односно представљају позитивну праксу коју је Конкуренијски савјет могао примјењивати на основу члана 43. ст. 7. Закона о конкуренцији, независно о Споразуму о стабилизацији и придруживању (СПП). Међутим, према члану 71. СПП-а, који је ступио на снагу 01.06.2015. године, настала је обавеза да се свака пракса процјењује „на основу критеријума који произилазе из примјене конкуренијских правила важећих у Заједници, посебно 51. 81; 82.; 86.; и 87. Уговора о ЕЗ и инструмената за тумачење које су усвојиле

институције Заједнице.". Притом је, недвојбено, да СПП, као међународни уговор, има приоритет над домаћим законом, уколико постоје разлике између домаћег закона и правних правила и становишта институција Заједнице;

- да Влада КС и Министарство здравства имају уставне и законске надлежности, али и одговорности за стање у области здравства и за остваривање права из основа здравственог осигурања. Влада КС сноси одговорност за посљедице својих одлука. Та одговорност није само политичка, јер евентуалне негативне посљедице таквих одлука на здравље становништва и на остваривање права осигураника, могу подлијегати и другим санкцијама осим политичких. Управо због такве одговорности, Влада КС мора имати и одговарајући степен самосталности у доношењу својих одлука. Уколико би било која друга институција проширивала, сужавала, мијењала или укидала позитивну листу лијекова, у том случају она би морала преузети и одговорност за све посљедице у остваривању здравствене политике и заштите права осигураника из основа здравственог осигурања;
- да Одлуком о Позитивној листи лијекова, Влада КС ни на који начин није забранила промет лијекова било којег произвођача лијекова, укључујући и стране произвођаче лијекова, чији лијекови су, и након доношења Одлуке о Позитивној листи, и даље присутни на тржишту лијекова и доступни су потрошачима;
- да је у цијелости неоснован приједлог Подносиоца захтјева којим се тражи доношење рјешења о привременој мјери обуставе примјене Одлуке Владе КС, те да Подносилац захтјева свој приједлог заснива на потпуно нетачним, крајње хипотетичним конструкцијама и инсинуацијама;
- да евентуалним доношењем привремене мјере Конкурентијски савјет би фактички ставио ван снаге важећу позитивну листу лијекова Кантона Сарајево, а то би за посљедицу имало да за вријеме трајања привремене мјере не би уопће постојао основ за остваривање једног од најбитнијих сегмената здравствене заштите становништва, а то је осигурање доступности становништву, односно осигураницима, лијекова са позитивне листе;
- да обуставом примјене Одлуке наступиле би несагледиве штетне посљедице по функционисање система здравства у цјелини, а нарочито би директно били угрожени пацијенти чије здравствено стање односно лијечење зависи од доступности лијекова са позитивне листе лијекова;
- да лијекови са позитивне листе нису обична роба широке потрошње и исхитрено формирање, мијењање или било какав други утицај на позитивну листу имало би изузетно тешке посљедице на квалитетну и сигурну заштиту здравља становништва и остваривање зајамчених права осигураника. Поред тога, постоји законска обавеза да се позитивне листе кантона ускладе са есенцијалном листом ФБиХ, па би суспендовање Позитивне листе лијекова у Кантону Сарајево, имало за посљедицу директно кршење наведене законске обавезе;
- да обзиром да се пред Конкурентијским саветом против Владе КС води поступак покренут од стране привредних субјеката Крка Фарма д.о.о. Сарајево и Крка, товарна здравил д.д. Ново Место, Република Словенија ради утврђивања постојања забрањених конкурентијских дјеловања у смислу члана 4. став (1) тачка б) Закона о конкуренцији ("Службени гласник БиХ", бр. 48/05, 76/07 и 80/09) у поступку доношења Одлуке о

позитивној, болничкој и магистралној листи лијекова Кантона Сарајево, мишљења су да би било оправдано и сврсисходно објединити ова два поступка.

Конкуренијски савјет је дана 14.02.2017. године под бројем: 05-26-3-025-21-III/16 послао одговор Владе КС, Подносиоцу захтјева који се није изјаснио по истом.

6. Прикупљање података од трећих лица

У току поступка ради утврђивања свих релевантних чињеница, у смислу члана 35. став (1) тачке а) и ц) Закона, Конкуренијски савјет је прикупљао податке и документацију и од других тијела /институција које нису странке у поступку.

Слиједом наведеног, Конкуренијски савјет је у циљу сагледавања предметне проблематике затражио актом број: 05-26-3-025-22-III/16 дана 14.02.2017. године од Министарства здравства и социјалне политике Средњо-босанског (СБК) Кантона, Министарства здравства Зеничко-добојског (Зе-До) Кантона, Министарство здравства, рада и социјалне политике Посавског кантона и Министарство рада, здравства, социјалне скрби и прогнаних Херцег-босанског кантона (Кантон 10) информацију/податке на који начин се утврђује цијена лијекова и на који начин се формира Листа лијекова у њиховим кантонима, те како се одређује субвенција одређеног лијека.

Дана 22.02.2017.године, за примљен је одговор Министарства здравства и социјалне политике СБК број: 05-26-3-025-23-III/16 у којем између осталог наводе да приликом формирања приједлога кантоналне Листе лијекова, Министарство ни на који начин не учествује у формирању цијена лијекова јер су оне већ утврђене Одлуком о Листи лијекова обавезног здравственог осигурања ФБиХ, као и да је приликом предлагања Листе лијекова који се могу прописивати и издавати на терет средстава ЗЗО СБК, на којој су заступљени лијекови са „А“ федералне листе лијекова, Министарство у потпуности испоштовало члан 2. предметне Одлуке, јер се ради о лијековима за које није могуће утврђивати непосредно учешће осигураника, односно учешће за наведене лијекове је учешће завода у 100% износу.

Надаље наводе, да се уврштавање појединих произвођача лијекова на Листу лијекова које се издају на терет ЗЗО кантона врши по критеријумима прописаних члановима 8.,9.,10. и 11. Правилника о ближим критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листе лијекова у ФБиХ, начину стављања и скидања лијекова са листе лијекова, обавезама Министарства здравља, Завода здравственог осигурања, те произвођача и дистрибутера лијекова уврштених на листе лијекова, као и кориштење лијекова, као и да на споменутој Листи лијекова не постоје ограничења која се односе на број заштићених назива лијекова, односно произвођача за поменути лијек.

Дана 27.02.2017.године, за примљен је одговор Министарства рада, здравства, социјалне скрби и прогнаних Херцег-босанског кантона број: 05-26-3-025-24-III/16 у којем између осталог наводе да се цијена лијека на Позитивној листи овог кантона утврђује на начин да се прихвата цијена лијека која је одређена федералном листом лијекова, с тим да произвођачи лијекова/носиоци дозволе за стављање лијека у промет могу предложити и нижу цијену од одређене федералном листом лијекова, те се у том случају контактирају остали произвођачи и заступници лијекова који могу пристати на нижу цијену лијека, остати при цијени одређеној федералном листом или понудити вишу цијену лијека. Надаље наводе, да завод признаје најнижу цијену лијека, те уколико произвођачи лијекова/носиоци дозволе за стављање лијека у промет, не прихвате најнижу цијену генеричког облика лијека, тада разлику у цијени која настаје између различитих заштићених назива истога генеричког облика сноси корисник лијека.

Такођер, висину субвенције лијекова на Позитивној листи овог кантона утврђују Комисија за стављање и скидање лијекова на Листе лијекова Херцег-босанског кантона/жупаније водећи рачуна да се лијекови с Федералне А листе лијекова налазе и у Позитивној листи лијекова Херцег-босанског кантона узимајући у обзир финансијска средства којима располаже Завод за ту намјену.

Произвођачи лијекова/ носиоци дозволе за стављање лијека у промет подносе надлежном министарству захтјев са одговарајућом документацијом за стављање лијека/ова на кантоналне листе лијекова о којима расправља Повјеренство за стављање и скидање лијекова на листе лијекова Херцег-босанског кантона. Сви произвођачи лијекова/ носиоци дозволе за стављање лијека у промет који доставе уредну документацију и задовољавају услове за стављање лијека на листу лијекова биће стављени на исту приликом годишње ревизије листе лијекова.

Дана 02.03.2017.године, за примљен је одговор Министарства здравства Зе-До Кантона број: 05-26-3-025-25-II/16 у којем између осталог наводе да се цијена лијека утврђује на основу члана 3. тачке 2), 3), и 4) Одлуке о измјени и допуни Одлуке о Листи лијекова обавезног здравственог осигурања ФБиХ, те да субвенција у трошковима спорадичног броја лијекова врши се од стране ЗЗО кантона само за лијекове за које је понуђач понудио већу цијену у односу на максималну цијену одређену Федералном листом лијекова, и иде само у износу који је утврђен важећом федералном листом лијекова. Таква листа је издвојена из А листе лијекова и на подручју Зе-До кантона носи назви „Ц листа лијекова“.

Комисија за израду Листе лијекова Зе-До кантона, именована од стране Министарства поступа искључиво у складу са Правилником о ближим критеријима за избор лијекова, поступку и начину израде листе лијекова у ФБиХ, начину стављања и скидања лијекова са листе лијекова, обавезама Министарства здравља, завода здравственог осигурања, те произвођача и дистрибутера лијекова уврштених на листе лијекова, као и кориштење лијекова, те сви понуђачи (заштићени називи лијекова и произвођачи) који су испуњавали критеријуме из члана 9. Правилника су уврштени на важеће листе лијекова Зе-До кантона.

Дана 15.03.2017.године, за примљен је одговор Министарства здравства, рада и социјалне политике Посавског кантона број: 05-26-3-025-26-II/16 у којем између осталог наводе да се за утврђивање есенцијалне листе лијекова у Посавском кантону примјењују сви важећи прописи којима је уређена област лијекова у ФБиХ, као и да сви поступци који су спроведени у наведеном кантону су били у складу са Законом о лијековима ФБиХ, подзаконским актима за израду есенцијалних листа лијекова, њиховој потрошњи и извјештавању.

Конкуренијски савјет је у циљу сагледавања предметне проблематике затражило и актом број: 05-26-3-025-31-II/16 дана 11.04.2017. године од Завода здравственог осигурања КС податке о броју уговорних апотека на подручју Кантона Сарајево које издају лијекове са Листе лијекова на терет здравственог осигурања, те послало ургенцију број: 05-26-3-025-35-II/16 дана 11.05.2017.године.

Завод здравственог осигурања КС актом број: 05-26-3-025-38-II/16 дана 18.05.2017. године је доставио податке које се односе на број уговорних апотека на подручју Кантона Сарајево, односно да је ријеч о 107 апотека који издају лијекове са Листе лијекова на терет здравственог осигурања на подручју наведеног кантона.

Министарство здравља КС

Конкуренијски савјет послао је допис и Министарству здравља КС број: 05-26-3-025-27-II/16 од 21.3.2017. године којим је затражено да се објасни на који начин је формиран Приједлог за Листу лијекова и којим критеријумима су се руководили, на који начин је вршен избор произвођача приликом формирања исте, податке о броју страних и домаћих произвођача лијекова који су уврштени на Листу лијекова Кантона Сарајево за 2016. годину, односно проценту њихове заступљености на истим.

Дана 05.04.2017. године за примљен је одговор Министарства здравља КС број: 05-26-3-025-30-II/16 у којем између осталог наводе следеће:

- да је Министарство здравства КС, на приједлог Комисије за лијекове, својим актом број: 10-05-3885-4/16 од 30.06.2016. године, од 30.06.2016.године упутило Влади КС Приједлог

Одлуке о позитивној, болничкој и магистралној Листи лијекова Кантона Сарајево на разматрање и усвајање са њеним саставним дијеловима (А Листа лијекова Кантона Сарајево у двије верзије са утврђеним смјерницама за правилну примјену лијекова-Прилог 1, Б Листа лијекова Кантона Сарајево са утврђеним смјерницама за правилну примјену лијекова- Прилог 2, Болничка Листа лијекова Кантона Сарајево - Прилог 3, Магистрална листа лијекова Кантона Сарајево-Прилог 4, Образац терапијског листа болничког пацијента-Прилог 5, Образац издавања лијека пацијенту након отпуста-Прилог 6, Образложење, Акт Министарства здравства упућен Вијећу Министара БиХ, Министарства цивилних послова БиХ, Агенцији за лијекове и медицинска средства БиХ и Федералном министарству здравства, Одговор Федералног министарства здравства, Извод из прописа којима је регулирана област израде листи лијекова;

- да је Комисија за лијекове, прије почетка рада на изради Листе лијекова, детаљно упозната са прописима којима је регулисана ова област, начином рада, јавним позивом, као и условима које произвођачи и прометници лијекова требају испунити у смислу квалификације за уврштавање на Листу лијекова;
- да је Комисија у току свог рада констатовала да Листа лијекова Федерације БиХ са којом се требају ускладити кантоналне листе лијекова, садржи обавезујуће фиксне цијене, како је дефинисано Правилником о ближим критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листи лијекова у Федерацији Босне и Херцеговине, начину стављања и скидања лијекова са листи лијекова, обавезама министарстава здравства, завода здравственог осигурања, те произвођача и прометника лијекова уврштених на листе лијекова, као и кориштење лијекова („Службене новине Федерације БиХ", број 45/13), а што је у супротности са Законом о лијековима и медицинским средствима Босне и Херцеговине и Законом о лијековима Федерације БиХ који прописују максималне цијене лијекова;
- да је Комисија за лијекове КС предложила Влади КС да покрене питање законитости доношења листе лијекова на нивоу ФБиХ, имајући у виду одредбе горе наведених закона;
- да уважавајући горе наведени приједлог Комисије, Министарство здравства Кантона Сарајево је 4.3.2016.године упутило акт број: 10-37-3885/16 Савјету Министара БиХ, Министарству цивилних послова БиХ, Агенцији за лијекове и медицинска средства БиХ и Федералном министарству здравства, којим је тражено тумачење одредби закона и правилника, односно усклађености Правилника са државним и федералним законом;
- да је одговор доставило једино Министарство здравства ФБиХ, али у истом нису дата јасна тумачења и упуте којим би се Комисија могла руководити у свом раду приликом израде листи лијекова;
- да су са наведеним актима упознали и Владу КС, јер су исти достављени као прилог материјалу Приједлога Одлуке о позитивној, болничкој и магистралној Листи лијекова Кантона Сарајево;
- да је Комисија за лијекове сачинила приједлог А Листе лијекова у двије верзије коју су упућене Влади КС на разматрање и обје верзије су садржавале све лијекове који су обухваћени у А листи лијекова ФБиХ;
- да је Влада КС на својој 35. ванредној сједници одржаној 01.06.2016.године донијела Одлуку о позитивној, болничкој и магистралној Листи лијекова Кантона Сарајево (Службене новине Кантона Сарајево број 27/16), којом је прихваћена друга верзија А листе, а остале листе су прихваћене према припремљеном приједлогу Комисије за лијекове;

- да усвојена А листа лијекова садржи 153 лијека, у 605 облика јачина и паковања и 6 лијекова за које ће се вршити рефундација трошкова до висине утврђене федералне цијене, а што чини укупно 611 облика јачина и паковања садржаних у А листи лијекова Кантона Сарајево;
- да усвојена листа садржава све лијекове који су обухваћени у А листи лијекова ФБиХ;
- да усвојена Б листа лијекова садржи 98 облика јачина и паковања лијекова и 2 облика јачине и паковања лијекова за које ће се вршити рефундација трошкова до висине утврђене федералне цијене, 5 облика јачина и паковања који ће се финансирати кроз посебан програм и 4 облика јачине и паковања која се обављају путем програма, а што чини укупно 109 облика јачина и паковања садржаних у Б листи лијекова Кантона Сарајево;
- да према подацима достављеним од Завода здравственог осигурања Кантона Сарајево, у периоду примјене Листе, учешће домаћих произвођача на А и Б листи лијекова, према финансијском учешћу у укупном промету лијекова на овим листама је знатно ниже у односу на стране произвођаче;
- да од укупног износа промета лијекова са Листе, у периоду од 15.7.-31.12.2016. године, на А и Б Листи лијекова, проценат финансијског учешћа домаћих произвођача износио је 35,50%, а у периоду од 01.01. до 31.03.2017. године 36,80%;
- да је Министарство здравства Кантона Сарајево 13.01.2016. године свим произвођачима и носиоцима дозволе за прометовање лијекова, упутило јавни позив за доставу законом прописане документације за стављање лијека/ова на листе лијекова Кантона Сарајево, путем веб апликације која је за ту сврху дизајнирана од стране Завода за информатику Кантона Сарајево и у функцији је од фебруара 2014. године. Јавни позив је објављен и на веб страници Министарства здравства;
- да са истеком рока за пријем документације, извршена контрола 1.711 запримљених апликација, а која је садржавала контролу рјешења о регистрацији лијека, налазе контроле квалитета лијека, сажетак карактеристика лијека, цијену лијека, те изјаве о статусу лијека у другим земљама, о повлачењу лијека у случају потребе, континуираном снабдјевању и етичком оглашавању лијека, за сваки лијек, облик, јачину и паковање посебно, а што је у складу са чланом 20. поменутог Правилника;
- да је након извршене контроле, сачињена анализа достављених апликација и достављена Комисији за лијекове на разматрање;
- да је по окончању рада Комисија за лијекове сачинила Приједлог Одлуке о позитивној, болничкој и магистралној листи лијекова Кантона Сарајево који је упућен Влади Кантона Сарајево на разматрање и усвајање, а како је наведено Позитивна А листа лијекова је предложена у двије верзије;
- да је Министарство правде и управе КС дало мишљење на Приједлог Одлуке, да није у супротности са одредбама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, као ни са другим правним актима којима се штите људска права, нити су повријеђена права заштићена овом конвенцијом.

7. Усмена расправа

С обзиром да се ради о поступку са странкама са супротним интересима, у сврху прикупљања нових доказа и пружања могућности странкама да се изјасне о чињеницама и околностима, које су

од важности за доношење коначног рјешења, Конкурентијски савјет је, у складу са чланом 39. Закона, казао усмену расправу за дан 26.4.2017. године. (позив достављен пуномоћнику Подносиоца захтјева актом број: 05-26-3-025-28-ИИ/16 и Влади КС актом број: 05-26-3-025-29-И/16, од дана 22.03.2017. године).

Дана 20.04.2017. године запримљена је обавијест од стране Владе КС о немогућности учешћа на усменој расправи, па је слиједом истог Конкурентијски савјет одгодио одржавање усмене расправе, за дан 12.05.2017. године (позив достављен Подносиоцу захтјева актом број: 05-26-3-025-34-И/16 и Влади КС актом број: 05-26-3-025-33-И/16 од дана 21.04. 2017. године).

Дана 11.05.2017. године, Подносилац захтјева актом број: 05-26-3-025-34-И/16 нас је путем пуномоћника обавјестио да између осталог неће присуствовати заказаној усменој расправи јер не би имало никакав утицај на доношење одлуке у овом поступку као и да остају у цјелости при захтјеву и аргументима наведеним у истом.

На усменој расправи која је одржана у просторијама Конкурентијског савјета дана 12.05.2017. године, Подносилац захтјева односно његов пуномоћник адвокат Алмир А. Селимовић из Сарајева, није приступио усменој расправи а испред Владе КС присутни су били: Адем Фестић замјеник правобраниоца КС и Џемил Сабрихафизовић, адвокат по пуномоћи (записник број: 05-26-3-025-37-И/16).

Подносилац захтјева је писменим путем актом број: 05-26-3-025-34-И/16 дана 11.05.2017. године изјавио да у цјелости остаје при захтјеву и аргументима наведеним у истом, те инсистира да се расправа одржи у његовом одсуству. Такођер наводи да су чланице Удружења, испуњавале све услове за уврштавање на Листу лијекова Кантона Сарајево, те је правно питање, да ли је не уврштавање на исту кршење Закона.

Подносилац захтјева, с обзиром на чињеницу да је Конкурентијски савјет већ расправљао идентичан случај у Тузланском кантону и да се спроводи поступак по истом основу по захтјеву привредног субјекта Крка д.д., те је за очекивати одлука бити идентична, сматра да његово присуство на заказаној расправи не би имало апсолутно никакав утицај на доношење одлуке у овом поступку.

Представници Владе КС су у уводном излагању између осталог навели да се пред Конкурентијским савјетом води још један поступак против Владе КС на основу закључка број: 01-26-3-027-8-И/16 о покретању поступка по Захтјеву привредног субјекта Крка фарма д.о.о. Сарајево и Крка Товарна здравил д.д. Ново место, којим се тражи да Конкурентијски савјет утврди да ли је Влада КС Одлуком о позитивној, болничкој и магистралној листи лијекова кантона Сарајево број 02-05-22664/16 од 01.07.2016 објављеној у службеним новинама Кантона Сарајево бр. 27/16 од 07.07.2016 нарушила тржишну конкуренцију у БиХ односно да се утврди постојање забрањеног споразума, те да на усменој расправи одржаној дана 22.02.2017. године у поступку по Захтјеву Крка фарма доо Сарајево и Крка товарна здравил, против Кантона Сарајево као противне стране водитељ поступка није могао донијети одлуку о спајању поступака с обзиром да је Конкурентијски савјет колективно и колегијално тијело. Како је у предметном поступку јавна расправа закључена, чиме је обједињавање ова два поступка пред Конкурентијским савјетом постало вјероватно нецјелиходно, то противна страна цијени за сходним упознати са овим чињеницама водитеља поступка, јер се у конкретним случајевима ради о сродним предметима базираним на истом чињеничном и правном супстрату.

Такођер, представници Владе КС наводе и следеће:

- да све Владе кантона па и Влада КС имају изричиту законом утврђену обавезу да у складу са есенцијалном листом лијекова у ФБиХ донесу одлуку о позитивној листи лијекова који се издају тј. прописују на терет средстава обавезног здравственог осигурања у кантону. Та обавеза је децидно утврђена одредбама чл. 33. Закона о здравственом осигурању и чл. 8.

Закона о лијековима ФБиХ. Одлука је по својој природи таква да се њом уређује обим остваривања права осигураника на кориштење лијекова које могу добити бесплатно;

- да на бази есенцијалне листе која се утврђује на нивоу ФБиХ и која садржи генеричке називе лијекова, владе кантона доносе тзв. позитивну листу и фактички то значи да на тој листи одређују лијекове одређених произвођача који испуњавају прописане услове. Начин доношења листе је регулисан и Законом и одговарајућим Правилником и у процедури која претходи доношењу одлуке предвиђено је да приједлог припреми стручна, компетентна комисија, на бази основних и помоћних критеријума утврђених прописима. Примјерице то су критеријуми попут доктринарни приступи у примјени лијекова за одређене болести, оцјене дате у референтним стручним часописима, или мишљења референтних стручних удружења, важност лијека са јавно здравственог аспекта, итд. дакле то су специфично дефинисани критеријуми;
- да закон изричито предвиђа могућност да владе кантона доносећи позитивну листу ограниче број лијекова из те категорије. Дакле владе нису обавезне да на позитивну листу уврсте све произвођаче који производе лијек са позитивне листе, него могу на основу датог приједла утврдити да се на листу уврсти ограничен број лијекова. У конкретном случају Влади КС, компетентна комисија је предложила двије опције. Једну са утврђивањем листе са ограниченим бројем лијекова, и другу са утврђивањем листе на којој би се налазили сви произвођачи одређених лијекова. Начелно гледано Влада је могла добити и више од два приједлога, нпр. четири приједлога, али одлука о томе који ће приједлог изабрати спада у искључиву надлежност Владе и једноставан одговор на питање зашто је усвојен један а не други приједлог могао би да гласи: Влада је усвојила ону одлуку за коју је сматрала да је цјелисходнија са становишта остваривања права корисника средстава завода здравственог осигурања и управљања средствима тог Фонда;
- да доносећи ту одлуку Влада је користила своју законско овлаштење и донијела је ону одлуку за коју је сматрала да је боља и прихватљивија. Оцјена о томе да ли је Влада донијела добру одлуку, да ли је донијела бољу одлуку, такву оцјену могу дати само они који одлучују о повјерењу Влади, што је предмет посебних поступака који не спадају у домен правила конкуренције, јер Влада може донијети и бољу и лошију одлуку али да су и једна и друга законите, а резултати одлуке подлијежу оцјени оних који влади дају мандат да такве одлуке доноси. Дакле, Влада је то урадила у вршењу своје функције које има као институција, и у избору те одлуке нема било каквих елемената за примјену правила конкуренције, јер се Одлука односи искључиво на утврђивање обима права осигураника средстава Фонда обавезног здравственог осигурања;
- да по питању учешћа страних произвођача на тржишту Босне и Херцеговине у цјелини, као и специфицирано за ентитете појединачно и за Кантон Сарајево на основу података са којима располажу за период 2014-2016. година укупна вриједност тржишта лијекова у БиХ, дакле не само оних који су на листама у БиХ уопште, се креће од 517 до 577 милиона КМ;
- да нпр. у 2016. у БиХ страни произвођачи учествују са 79,6% лијекова. У ФБиХ у 2016. учешће страних произвођача је 78,8% а у РС-у је 81% (табела садржи податке и за Брчко итд). У истом периоду, учешће страних произвођача у Кантону Сарајево је било рецимо у 2014. 87,4% у 2015. 87,2% лијекова, и у 2016. 83,9%. Из података је видљиво да је проценат учешћа страних произвођача на тржишту лијекова у Кантону Сарајево осјетно виши од процента учешћа страних произвођача лијекова на нивоу БиХ, РС, ФБиХ и Брчко Дистрикта. Дакле Кантон Сарајево има највећи проценат учешћа страних произвођача;
- да Удружење као подносилац Захтјева тврди да је доношењем одлуке Влада Кантона ограничила конкуренцију и довела у неповољнији положај стране произвођаче лијекова у односу на друга подручја, јер не воде поступке против одлука с других подручја, дакле њихове одлуке сматрају исправним. Међутим из чињеница о учешћу се види да практично

најповољнији положај и највише учешће имају страни произвођачи на подручју Кантона Сарајево. Можда да додамо и то да листа која утврђује регистроване лијекове не елиминише никога од произвођача, сви они имају право бити на тржишту али листа одређује за које ће то лијекове осигураници имати право бити рефундирани од стране завода. Чињеница је да проценти говоре о значајном учешћу страних произвођача на подручју Кантона Сарајево;

- да као доказ прилажу у спис, табеларне податке о процентуалним учешћима на тржишту домаћих и страних произвођача лијекова у БиХ, ФБиХ, РС, Кантону Сарајево и Брчко Дистрикту. То су подаци који се лако могу провјерити и наћи на интернету;
- да на упит да ли Влада КС на основу позитивне листе лијекова има неке приходе, остварује ли добит, односно има ли расходе и остварује ли евентуално губитак, Влада КС констатује да се ово питање постављало и у ранијем поступку по Захтјеву подносиоца Крка. Тада је Крка као подносилац Захтјева учинила неоспорним да Влада КС нема ни приходе ни расходе у вези са одлуком коју је донијела. Једина сврха листе је утврђивање обима права осигураника из Фонда здравственог осигурања, а и сам Фонд здравственог осигурања је непрофитан. Уствари ни Влада ни Фонд нису купци лијекова. Ни Влада ни Фонд немају никакву комерцијалну релацију ни са произвођачима ни са дистрибутерима лијекова. Произвођачи лијекова и домаћи и страни путем дистрибутера своје лијекове продају апотекама. Апотеке корисницима здравственог осигурања издају лијекове и апотеке те лијекове плаћају дистрибутерима тј. произвођачима. Ако се ти лијекови налазе на позитивној листи Фонд рефундира апотекама еквивалентан износ цијене лијека коју је апотека платила добављачу. Дакле, и сам тај однос у промету лијека показује да, не само да не остварује приход или расход, него уопште није учесник на тржишту;
- да се тржишни однос рјешава на релацији произвођач, дистрибутер, апотека, а то је свакако битна околност. Подсјетио бих на једну релативно нову одлуку Конкурентијског савјета, која није била раније рађена у пракси, и односи се на статус институција у примјени правила конкуренције, и чини се да је она једним дијелом посљедица прихватања околности да се темељем ССП усклађују правила и пракса БиХ са правилом и праксом ЕУ из области конкуренције. Ријеч је о рјешењу 04-26-2-008-28-П/16 од 22.12.2016. године у којем је Конкурентијски савјет у поступку вођеном против града Зенице утврдио да град Зеница није повриједио правила конкуренције, закључујући уговор о давању концесије у области јавног превоза, него да је поступао у јавном интересу у складу са својим надлежностима. При том Савјет је сматрао посебно значајним да је учешће града Зеница на релевантном тржишту једнако нули. Мислим да је таква формулација садржана у образложењу рјешења. Чињеница да је учешће институције на тржишту једнако нули, значи да институција није дјеловала као привредни субјекат и да се у том случају не примјењују правила конкуренције. Дакле, у случају овог поступка против Кантона Сарајево то мишљење је ноторно, да је његово учешће на тржишту лијекова једнако нули, да нема ни прихода ни расхода, али ако је потребно доказивање, у том случају терет доказивања је на Подносиоцу захтјева. У претходном предмету са Крком они су учинили неоспорним ту чињеницу;
- да на упит да ли је на основу нове Листе лијекова за 2017. годину коју је донијела Влада ФБиХ, Влада КС донијела нову листу, тј. ускладила за ову годину, представници Влада КС су изјавили да још увијек нису ускладили листу јер још није истекао рок, те да су и у претходном поступку по Захтјеву Крке, да би рационалније радили и да не би елаборисали све прописе значајне за доношење ове одлуке припремили један прилог са прегледом прописа за које сматрају да су од значаја за начин утврђивања листа лијекова. Ради се о техничком прилогу који означава прописе, њихов садржај и бројеве сл. гласника у којима су објављени;

- такођер, представници Владе КС наводе на бази искуства које су имали са претходним поступком, нешто о чему се није расправљало иако су били дали изјашњење, је околност да Подносилац захтјева као један од битних аргумената за основаност приједлога истиче да је у претходном периоду Конкурентијски савјет у неколико наврата одлучивало у вези са листама лијекова, водећи поступке против Владе ФБиХ, Владе КС и Владе Кантона Тузла, и да су у тим случајевима донесене одлуке којима је било утврђено да те листе лијекова представљају повреду правила конкуренције;
- да с тим у вези Влада Кантона истиче да се ради о предметима који су били и чињенично и правно битно различити у односу на овај актуелни предмет. Ради економичнијег тока овог текућег поступка, су припремили један прилог у коме су појединачно анализирали сваки од случајева на које се Подносилац захтјева позивао у свом приједлогу и указали на чињеничне и правне разлике које постоје у односу на овај случај о којем се сада одлучује, и тај прилог такођер улажу (два примјерка) у спис. Уложили су га и у претходном поступку;
- да посебно истичу да је правно значајно да је накнадно донесен Закон односно измјене Закона о лијековима ФБиХ, и да је након свега тога у правни систем БиХ инкорпориран ССП, те да Конкурентијски савјет не доноси одлуке на основу ранијих преседана него на основу Закона, а на претходно изнесеном примјеру Конкурентијског савјета у вези са поступком против града Зенице, показује се да је Савјет узео у обзир околност учешћа на тржишту коју у претходним поступцима никада није разматрао;
- да пракса европских земаља и земаља у окружењу указује да постоје листе лијекова и постоје системи на основу којих се те листе утврђују. Један од блиских примјера је рецимо начин утврђивања листе у Р. Хрватској. Принцип је да се на листу обавезно уврштава оргинатор тј. произвођач који је патентирао лијек, који је носилац права на тај лијек, а тако је и код нас. Свако сљедећи који производи тај лијек, може доћи на листу ако нуди цијену 10% нижу од цијене лијека који је испред њега. Нпр. ако се појави нови као пети на листи, он може доћи на листу ако да цијену 50% нижу од првог. По европским правилима се дакле сматра да то није дискриминација, јер креатор листе се брине о фонду здравствених осигураника, а средства која имам нису ради зараде и профита произвођача већ ради што боље заштите права осигураника. Када би босански произвођач покренуо поступак у Хрватској, Холандији и било гдје, то би било одбачено, јер би било речено да влада није учесник на тржишту, она остварује социјалну функцију а не остварује профит и нема повреде правила конкуренције;
- да с обзиром на Закон о конкуренцији, али правна правила и праксу ЕУ земаља, која се и посредством закона могла примјењивати и до сада, а ступањем на снагу ССП, она на неки начин постају интегрални дио система, основано би било сљедеће поређење: Институција ЕУ у ситуацији када одлучује о оваквом поступку поставља питања: да ли је влада доносиће позитивну листу дјеловала као привредни субјекат, да ли доношење листе представља економску активност, да ли позитивна листа сама по себи представља робу или услугу, затим да ли постоје и други субјекти на тржишту који се баве истом активношћу, односно постоје ли потенцијални конкуренти који би могли обављати исту активност односно доносити позитивну листу, и коначно да ли влада доношењем позитивне листе остварује приходе или расходе, односно профит или губитак;
- да од одговора на наведена питања би зависила одлука о томе да ли је влада повриједила правила конкуренције или не, а према Закону о конкуренцији, чињенице из којих би произилази евентуални потврдни одговори, морао би доказати Подносилац захтјева. По њиховом мишљењу све што је Подносилац захтјева до сада предложио од доказа и навода, не потврђује чињеничну основу за утврђивање злоупотребе и повреде правила Закона о конкуренцији.

8. Пресуда Суда Босне и Херцеговине

Суд БиХ је пресудом број: С1 3 У 025836 17 У од 24.01.2019. године, рјешење Конкурентијског савјета број: 05-26-3-025-40-ИИ/16 од 07.06.2017. године поништио и предмет вратио на поновни поступак.

У наведеној пресуди, Суд БиХ наводи да оспореним Рјешењем број: 05-26-3-025-40-ИИ/16 одбијен као неоснован захтјев поднесен од стране Удружења против Владе КС, ради утврђивања постојања забрањеног споразума у смислу одредбе члана 4. став 1. тачке б) и д) Закона о конкуренцији, те је одбијен приједлог за доношење привремене мјере и наложено Удружењу да на име трошкова поступка Влади КС плати износ од 631,80 КМ и констатовано да је ово рјешење коначно и да ће бити објављено у Службеном гласнику Босне и Херцеговине, службеним гласницима ентитета и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине.

У образложењу своје пресуде, Суд БиХ се позива на наводе из Тужбе Удружења, а на наводе из одговора на тужбу Конкурентијског савјета као туженог, само једном реченицом на страни 2. пресуде, гдје се наводи да „су тужени (Конкурентијски савјет) и заинтересована странка Влада КС предложили да се тужба као неоснована одбије“, без навођења разлога из одговора на тужбу.

Суд БиХ наводи да је основно питање које се поставило Суду БиХ да ли је Влада КС учесник на релевантном тржишту у смислу члана 2. Закона о конкуренцији те да ли Одлука као акт Владе, долази у опсег члана 4. Закона о конкуренцији. Према одредбама члана 2. став 1. тачке б) Закона о конкуренцији БиХ, овај закон се примјењује на све физичке и правне особе, које посредно или непосредно судјелују у промету роба и услуга и која својим дјеловањем спрјечавају, ограничавају или нарушавају тржишну конкуренцију и то на тијела државне управе и локалне самоуправе, када директно или индиректно учествују или утичу на тржиште, при чему цитира одредбе члана 4. Закона о конкуренцији.

Прије свега, судско вијеће налази да је тужени погрешно примијенио Закон о конкуренцији утврђујући да Влада КС није учесник на тржишту, односно није привредни субјекат те њене одлуке не потпадају под примјену Закона о конкуренцији БиХ. Ово из разлога што се одредбе Закона о конкуренцији примјењују и на органе државне управе и локалне самоуправе, када посредно или непосредно учествују или утичу на тржиште, у смислу одредбе члана 2. став 1. тачка б) Закона о конкуренцији. Слиједом наведеног, сви органи власти/институције на свим нивоима власти у БиХ, без обзира на њихов правни статус, осниваче (град, општина, кантон, ентитет или држава) или власништво, а који својим дјеловањем спрјечавају, ограничавају или нарушавају тржишну конкуренцију у Босни и Херцеговини потпадају под примјену овог Закона. У конкретном случају тужени је морао да утврђује усклађеност предметне одлуке са Законом, при томе имајући у виду која је намјера законодавца у погледу заједничког дјеловања на релевантном тржишту, јер сви правни акти који у суштини имају утицај на тржиште, укључујући предметну одлуку спадају под одредбу члана 4. став 1. цитираног Закона, због чега је истакнути приговор тужбе у том правцу основан.

Надаље, по оцјени овог суда тужени није правилно утврдио ни слједећу чињеницу и то да је Влада КС донијела Одлуку чији је саставни дио Листа лијекова који се издају и осигуравају на терет средстава ЗЗО Кантона Сарајево, која Одлука прије усвајања није достављена Конкурентијском савјету на мишљење, а обавеза је предлагача да туженом достави нацрте и приједлоге закона и других прописа који имају утицај на тржишну конкуренцију. На наведено јасно указује одредба члана 25. став 2. Закона о конкуренцији којом је прописано да Конкурентијски савјет у вршењу својих послова, у складу с овим законом и другим прописима који регулишу конкурентијску политику у Босни и Херцеговини надлежно је да на нацрте и приједлоге закона и других прописа из области које имају утицаја на тржишну конкуренцију, које су обавезни доставити предлагачи, даје мишљење о њиховој сагласности с овим законом.

У односу на ова питања оспорени акт није дао одговоре, па образложење акта нема одлучних чињеница на основу којих би се могла разматрати правилност примјене материјалног права, што указује на погрешну примјену члана 200. Закона о управном поступку БиХ. Из наведеног слиједи да је тужени пропустио да у поступку утврди све релевантне чињенице за доношење правилног и законитог рјешења, јер није поступио по основном начелу материјалне истине.

Будући да се оспорено рјешење заснива на непотпуно и неправилно утврђеном чињеничном стању и повреди правила поступка, то суд правилност и законитост оспореног рјешења није могао испитати, будући да је преурањен закључак туженог да Влада КС не обавља привредну дјелатност нити се може сматрати привредним субјектом у смислу члана 2. Закона о конкуренцији.

Суд БиХ, на крају пресуде, налаже Конкуренцијском савјету да ваљано размотри питања на која је указано овом пресудом, те да правилно утврди чињенично стање, донесе правилну и закониту одлуку, за коју ће дати и ваљане и јасне разлоге.

9. Очитовање Конкуренцијског савјета по пресуди Суда БиХ

Имајући у виду налоге из пресуде Конкуренцијског савјета истиче сљедеће:

У складу са чланом 4. став (1) Закона „забрањени су споразуми, уговори, поједине одредбе споразума или уговора, заједничка дјеловања, изричит и прешутни договори привредних субјеката, као и одлуке и други акти привредних субјеката који за циљ и посљедицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање тржишне конкуренције на релевантном тржишту...“

Појам привредног субјекта, који се у смислу Закона разликује од појма привредног субјекта у другим прописима, је дефинисан чланом 2. Закона којим је утврђено да су привредни субјекти у смислу Закона:

- а) привредна друштва, предузећа и предузетници и њихова удружења без обзира на облик власништва, сједиште или пребивалиште,
- б) органи државне управе и локалне самоуправе, када посредно или непосредно учествују или утичу на тржиште,
- ц) остала физичка и правна лица која непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествују на тржишту, без обзира на правни статус, на облик власништва, сједиште или пребивалиште, као што су удружења, спортске организације, установе, задруге, носиоци права интелектуалног власништва.

Из наведеног произилази да Влада КС представља привредни субјекат у смислу одредби Закона.

Међутим, Конкуренцијски савјет је у одређивању да ли је Влада КС привредни субјекат у смислу члана 2. Закона, узео у обзир чињеницу да Влада КС на основу овлашћења произишлих из законских прописа је донијела спорну Одлуку и као таква није учествовала на релевантном тржишту.

Приликом анализе појединих случајева судови у Европској унији и Европска комисија се користе компаративном методом, упоређују ситуације и покушавају утврдити може ли одређену активност обављати привредни субјекат у приватном власништву или се одређена активност може повјерити само јавном тијелу.

„Најважније је да се утврди да ли се одређена активност може сматрати економском, јер су дјелатности које се могу приписати битним функцијама државе искључене из правила тржишне конкуренције. Ситуације везане уз питања од јавног интереса, као што су управљање системом контроле зрачног простора или заштита лука од загађења, нису дјелатности од економског

карактера и самим тиме субјекти који њима управљају нису предузетници. Док у претходним ситуацијама нема потешкоћа у објашњењу, проблем могу представљати случајеви везани уз систем здравственог и социјалног осигурања. Они представљају посебно осјетљиво подручје јер се у њима мијешају начела солидарности, пропорционалности и универзалности, са начелима тржишта. Прије свега покушавају се утврдити је ли принцип солидарности одлучујући. Користе се разни критеријуми и елементи у доказивању. Свака поједина ситуација самостално се процијенује. Покушава се утврдити до које мјере начело солидарности има утицаја на поједину схему те видјети је ли оно превладавајућа околност.“ (Извор: стр. 937, Појам предузетника у Европском праву тржишног натјечања, А. Пошчић, Збирка Правног факултета Свеучилишта Ријека (1991)).

У конкретном случају, приликом доношења побједаног рјешења, Конкуренцијски савјет се водио чињеницом да је дјеловање Владе КС на основу законских овлаштења а у оквиру вршења јавне функције, те с циљем заштите јавног здравља, било усмјерено да се омогући доступност лијекова становништву наведеног кантона који се финансирају средствима обавезног здравственог осигурања, а у смислу прописа о лијековима и прописа о здравственом осигурању.

Самим тиме Влада КС, доношењем спорне Одлуке не учествују на релеватном тржишту, јер на основу овакве одлуке не остварује приходе и није конкурент произвођачима и дистрибутерима лијекова (ни страним ни домаћим).

Такођер, пракса европских судова да се правила о конкуренцији не примјењују на активности које су повезане са вршењем јавне функције, се може примјенити и у овом случају, јер се у конкретном случају не ради о ограничавању конкуренције од стране Владе КС, односно наведеном Одлуком није уведена забрана да чланице Удружења страних произвођача лијекова учествују на релеватном тржишту, уколико испуњавању прописане услове.

Чињеница је да Влада КС није доставила нацрт Одлуке чији је саставни дио Листа лијекова који се издају и осигуравају на терет средстава ЗЗО Кантона Сарајево овом органу на мишљење у складу са чланом 25. став (2) Закона о конкуренцији, из чега не произилази самим тиме да је наведена Одлука забрањени споразум, те овај орган не може изрицати мјере и казне због пропуштања Владе КС да достави нацрт Одлуке, јер Закон није предвидио ту могућност.

10. Наставак поступка у складу са правним схватањима и примједбама из Пресуде Суда Босне и Херцеговине број: С1 3 У 025836 17 У од 24.01.2019. године

Поступајући по пресуди Суда БиХ, Конкуренцијски савјет се обратио Подносиоцу захтјева, актом број: 05-26-3-025-50-II/16 од дана 30.01.2019. године, којим је тражено да се очитује на донесену Пресуду у року од 8 (осам) дана.

Подносилац захтјева је у остављеном року доставио одговор поднеском запримљеним под бројем: 05-26-3-025-51-II/16 од дана 06.02.2019. године у којем наводи да Удружење има правни интерес за доношење одлуке по Захтјеву, због чега остаје код истог, али не и код предложене привремене мјере.

Конкуренцијски савјет се обратио и Влади КС поднеском број: 05-26-3-025-52-II/16 од дана 11.02.2019. године којим је тражено да се исто очитује на донесену Пресуду у року од 8 (осам) дана.

Влада КС путем Правобранилаштва Кантона Сарајево, као њиховог законског заступника, поднеском запримљеним под бројем: 05-26-3-025-53-II/16 од дана 18.02.2019. године затражила је продужење рока за додатних 15 дана за очитовање, те имајући у виду разлоге које су навели, Конкуренцијски савјет им је одобрио тражено поднеском број: 05-26-3-025-54-II/16 од дана 19.02.2019. године.

Влада КС је у достављеном поднеску запримљеном дана 06.03.2019. године под бројем: 05-26-3-025-55-III/16 навела сљедеће:

- да Влада КС као противна страна истиче да остаје код свих навода и приједлога изложених у претходном поступку пред Конкуренијским савјетом БиХ, као и у управном спору пред судом БиХ, те указује да у поновном поступку треба имати у виду и чињенице и правна становишта наведена у овоме изјашњењу.
- да битни значај за доношење правилне одлуке Конкуренијског савјета у поступку који по приједлогу Удружења, у којем је Пресудом Суда БиХ укинута Рјешење Конкуренијског савјета број 05-26-3-025-40-III/16 од 07.06.2017. године, имају одговори на сљедећа питања:
 - Да ли је Влада Кантона Сарајево, доносећи Позитивну листу лијекова, дјеловала као привредни субјекат, или као орган јавне власти?
 - Да ли доношење Позитивне листе лијекова представља економску активност?
 - Да ли Позитивна листа лијекова представља робу или услугу?
 - Да ли постоје и други субјекти на тржишту који се баве истом активношћу, односно који су потенцијални конкуренти или би ускоро могли обављати исту активност?
 - Да ли Влада Кантона Сарајево доношењем Позитивне листе лијекова остварује приходе или расходе, односно профит или губитак, и да ли у том погледу сноси ризик пословања на тржишту?
- да наведена питања су била од кључног значаја приликом доношења одлука Европске комисије и Европског суда у поступцима, који су се водили против државних органа у појединим земљама чланицама ЕУ, у вези са примјеном конкуренијског права, као и доношење одлука Суда БиХ донесених у чињенично и правно сличним случајевима;
- да у том смислу, указује се нарочито на случајеве и одлуке: Wouters (C-309/99), Poucet & Pistre (C-159/91 и 160/91), FENIN (C-205/3), Firma Ambulanz Glockner v. Landkreis Siidwestpfalz (C- 475/99), Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (C-67/96) и АОК Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen e.V., Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft, See-Krankenkasse v Ichthyol-Gesellschaft Cordes (C-264/01) Mundipharma GmbH (C-306/01) Godecke Aktiengesellschaft (C-354/01) Intersan (C-355/01), Пресуду Суда БиХ број СИ 3 У 024742 У 2 од 05.04.2018. године, Пресуду Суда БиХ СИ 3 У 024742 Увп 2 од 10.10.2018. године, Пресуду Суда БиХ СИ 3 У 022396 16 У од 30.08.2018. године, Пресуда Суда БиХ број СИ 3 У 021277 16 У од 10.11.2017. године, Пресуда Суда БиХ број СИ 3 У 022692 16 У од 10.11.2017. године;
- да из упута садржаних у Пресуди Суда БиХ, којом је поништено претходно Рјешење Конкуренијског вијећа, произлази да је потребно расправити управо напријед наведена питања;
- да у поступцима који се воде пред Конкуренијским савјетом терет доказивања је на Подносиоцу захтјева, по чијем приједлогу се води поступак, што у конкретном случају значи на Удружењу. Дакле, у поновном поступку, који се води након што је поништено претходно рјешење, подносилац захтјева би требао да докаже чињенице на свако од напријед наведених питања произлази потврдан одговор. У досадашњем току поступка, подносилац захтјева то није учинио;
- да у вези са предњим питањима Влада КС, као противна страна, даје сљедеће изјашњење: до промјене становишта Конкуренијског савјета и становишта Суда БиХ, у вези са екстензивном и неселективном примјеном члана 4. Закона о конкуренцији, Босна и Херцеговина је, за разлику од других европских земаља примјењивала правила

конкуренције на органе власти, без обзира на околност да ли они поступају вршећи јавна овлаштења, или се појављују у својству привредног субјекта. Коначно, Пресудом Суда БиХ број СИ 3 У 024742 18 У 2 од 05.04.2018. године, јасно је изражено сљедеће становиште: „Када се јавна установа или органи власти појаве на тржишту да би се могло цијенити да ли њихово поступање може доћи под опсег чл. 4. Закона о конкуренцији, неопходно је, првенствено, испитати да ли се ради о извршавању јавног овлаштења, или о поступању које може имати само привредни субјекат“;

- да имајући у виду напријед цитирано становиште, Влада КС истиче да, доносећи предметну листу лијекова, није поступала као привредни субјекат и учесник на тржишту, него је поступала у статусу државног органа, у оквиру својих уставом и законом утврђених надлежности, укључујући и изричито овлаштење и обавезу утврђену у члану 33. Закона о здравственом осигурању ФБиХ и члана 8. Закона о лијековима објављеног у „Сл. новинама ФБиХ“ број 109/12;
- да оспореном одлуком Владе Кантона утврђује се обим права осигураних лица на кориштење лијекова, који се обезбјеђују на терет средстава ЗЗО Кантона Сарајево. При том је битно да се средства социјалног осигурања формирају на принципу пуне солидарности у здравственој заштити и да се позитивна листа лијекова утврђује на основу медицинске струке и науке. Одредбама члана 9. Закона о лијековима утврђен је изричит основ да владе кантона могу ограничити број заштићених назива лијекова на позитивној листи кантона. Дакле, не постоји нити један аргумент да је, у поступку утврђивања листе лијекова, Влада КС дјеловала као тржишни субјекат, нити да је сврха листе лијекова ограничавање конкуренције на тржишту лијекова, односно да се одлука Владе може сматрати забрањеним споразумом у смислу члана 4. став 1. Закона о конкуренцији;
- да с тим у вези, Влада КС, такођер, истиче да је у пракси Европског суда правде заузет јасан став да се: „правила о конкуренцији не примјењују на активности које су повезане са вршењем јавне функције“ (случај Woутерс, Ц-309/99 параграф 57.);
- да Одлуку о листи лијекова, на основу овлаштења утврђеног у Закону, доноси Влада КС, као сегмент извршне власти. Имајући у виду начин успостављања владе, њену природу, циљеве и основ настанка, недвојбено је да се ради о органу државне власти који доношењем предметне одлуке - односно листе лијекова, врши власт која му је повјерена. У том својству, Влада је, дакле, облик организовања и дјеловања јавне власти и није привредно друштво, па је предметна одлука о листи лијекова, општи акт, односно пропис који је донио орган власти, у оквиру својих овлаштења и на основу закона. Таква одлука, представља општи акт јавне власти, она је дио националног законодавства и није продукт договора између два или више субјеката, управо из разлога, јер је донесена ауторитетом јавне власти. Према томе, доношење одлуке о позитивној листи лијекова очигледно не представља економску активност;
- да је овакво становиште изричито потврђено пресудама Суда БиХ број СИ 3 У 021277 16 У од 10.11.2017. године и СИ 3 У 022692 16 У од 10.11.2017. године, а наведена пресуда се, такођер, позива на правна становишта Европског суда изражена у пресуди Т-513/93 од 30.03.2000. године;
- да позитивна листа лијекова, по својој природи, не представља ни робу ни услугу. Она није предмет правног промета, односно, таква одлука се на тржишту не купује и не продаје. То је општи акт јавне власти, који и по напријед наведеном становишту Суда БиХ представља дио националног законодавства, што апсолутно искључује могућност да се Одлука сматра робом или услугом;

- да имајући у виду важеће прописе, нема никакве двојбе да не постоје други субјекти који би, дјелујући на тржишту, могли - умјесто Владе КС обављати исту активност, односно донијети одлуку о позитивној листи лијекова;
- да наиме, одредбама чл. 33. Закона о здравственом осигурању ФБиХ и члана 8. Закона о лијековима, утврђене су надлежности владе кантона у погледу доношења листе лијекова, који се издају на терет средстава обавезног здравственог осигурања. Нити један други субјекат нема овлаштење за доношење такве листе, и не може се законито бавити истом активношћу, што значи да не може бити ни потенцијални конкурент у поступку доношења позитивне листе лијекова;
- да напријед наведене чињенице, указују на основаност примјене становишта релевантних европских институција које гласи: „Уколико не постоји могућност да приватна фирма врши исту активност, тада нема сврхе примјењивати правила конкуренције[Случајеви АОК Bimdesverband, Bimdesverband der Betriebs'ankenkassen, Bimdesverband der Innmgskrankenkassen, Bimdesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen e. V., Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bimdesknappschaft, See-Krankenkasse v Ichthyol-Gesellschaft Cordes (C-264/01) Mimdipharma GmbH (C- 306/01) Godecke Aktiengesellschaft (C-354/0J) Intersan (C-355/01)];
- да нити једна релевантна чињеница или околност не даје основа за закључак да Влада КС доношењем позитивне листе лијекова остварује приходе или расходе, односно профит или губитак и да у том смислу сноси ризик пословања на тржишту;
- да доносећи позитивну листу лијекова, у складу са овлаштењима која, као државни орган има на основу одговарајућих закона, Влада КС не остварује било какве приходе по том основу. Влада Кантона Сарајево, такођер, по истом основу нема ни расхода. Дакле, доношењем позитивне листе лијекова, Влада КС не остварује, нити може остварити било профит било губитак, и с тим у вези не сноси ризик пословања на тржишту. Такав положај Владе КС искључује примјену правила конкуренцијског права, у вези са доношењем позитивне листе лијекова;
- да опште прихваћена правна становишта европских институција, полазе од тога да би се неко лице, у смислу конкуренцијског права, могло сматрати тржишним субјектом, оно мора нудити добра или услуге на тржишту, сносити економски или финансијски ризик пословања и имати могућност профита. Ако такве претпоставке нису присутне, у том случају нема основа ни за примјену конкуренцијског права. [Одлука Фирма Ambulanz Glockner v. Landkreis Siidwestpfalz (C-475/99); Одлука Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (C-67/96)];
- да у вези са питањем које се поставља у образложењу пресуде донесене у управном спору, а односи се на разлоге због којих Влада Кантона није претходно доставила Конкуренцијском савјету приједлог одлуке о листи лијекова који се издају на терет средстава ЗЗО Сарајево, Влада Кантона указује на следеће:

- Од битног значаја је чињеница да се позитивна листа лијекова утврђује искључиво у сврху остваривања права осигураних особа из основа здравственог осигурања. Дакле, сврха позитивне листе је остваривање права осигураних особа на кориштење лијекова на терет средстава здравственог осигурања. Та средства су намијењена осигураницима и њихова сврха је остваривање права осигураника. Не ради се о средствима која су намијењена индустрији лијекова и њихова сврха није профит произвођача лијекова. С тим у вези, управо је релевантна одлука Европског суда правде у случају Poucet & Pistre (C-159/91 и 160/91), у којој је изражено следеће становиште: „Здравствени фондови и организације укључене у управљање јавним системом социјалне заштите врше искључиво друштвену

функцију. То се дјеловање заснива на начелу националне солидарности и потпуно је непрофитно."

- Једнако је релевантно и становиште Европског суда правде у случају FENIN (C-205/3), којим је изричито утврђено да „СНС управљачка тијела (26 јавних тијела, укључујући и три министарства Шпањолске владе, која воде национални здравствени систем) не дјелују као предузећа (привредни субјекти у смислу права конкуренције) када учествују у менаџменту националних здравствених услуга, те да њихов капацитет као купаца не може бити раздвојен од употребе медицинских средстава и опреме након њихове куповине. Сходно томе та тијела не дјелују као предузећа у смислу права конкуренције Европске уније када купују медицинска добра и опрему и чланови 81. и 82. ЕЦ нису примјенљиви на њих."

- да предњи примјери потврђују да је Европски суд правде утврдио становиште да здравствени фондови и друге организације које су укључене у јавни систем социјалне заштите, када је њихова активност заснована на принципу друштвене солидарности, обављају искључиво друштвену функцију, јер је у том случају њихова активност непрофитна. Средства која се исплаћују из фонда здравствене заштите, ради остваривања права осигураника, не зависе од висине доприноса које осигураник уплаћује у фонд, него се у потпуности примјењује принцип солидарности. Према томе, таква активност није економска и она не подлијеже правилима конкуренције. У конкретном случају, грађани, као осигураници, из својих средстава уплаћују доприносе на основу којих се формира фонд здравствене заштите. Законима, донесеним у парламентарној процедури, грађани, као осигураници, су повјерили владама кантона овлаштење да одлучују о начину и обиму остваривања права осигураника на кориштење лијекова на терет средстава фонда здравствене заштите. Дакле, једино осигураници имају интереса да евентуално отварају питање цјелисходности позитивних листа које утврђују владе кантона, с обзиром да је ријеч о кориштењу средстава која су на бази солидарности формирали сами осигураници. Није разумно да било који произвођач лијекова може захтијевати од Конкуренцијског савјета да му јамчи да ће из средстава здравственог осигурања који се формира на принципу солидарности бити плаћани његови производи;
- да с обзиром да се ради о средствима фонда обавезног здравственог осигурања који функционише на начелу пуне солидарности, што према прописима и становиштима Европског суда и Европске комисије није у домену примјене конкуренцијског права, те имајући у виду да је одлуку о Позитивној листи лијекова припремала и донијела Влада Кантона у функцији државног органа односно органа јавне власти, и коначно узимајући у обзир да је Одлука о Позитивној листи лијекова пропис који чини саставни дио националног законодавства, а не споразум који би могао бити проглашен забрањеним (о чему јасна становишта имају и Европске институције и Суд БиХ), очигледно је да нису постојали разлози који би обавезивали Владу КС да прије доношења одлуке о позитивној листи лијекова исту доставља Конкуренцијском савјету, јер се ради о акту који је у сваком погледу изван домена примјене конкуренцијског права;
- да су неосновани приговори Удружења, као подносиоца захтјева у предметном поступку, да су, доношењем оспораване одлуке о позитивној листи лијекова Кантона Сарајево, страни произвођачи лијекова стављени у неповољнији положај;
- да иако такав аргумент, сам по себи, није релевантан јер се ради о одлуци која не подлијеже примјени конкуренцијског права, ипак, објективности ради, треба имати у виду даје укупна вриједност лијекова продатих на јединственом тржишту БиХ у 2014. години износила нешто више од 517 милиона КМ, у 2015. години нешто више од 551 милиона КМ, у 2016. години преко 577 милиона КМ, у 2017. години преко 579 милиона КМ, те у 2018. години преко 593 милиона КМ. Учешће страних произвођача у 2014. години износило је у процентима 81,1 %, у 2015. години 81,4 %, у 2016. години 79,6%, те у 2017. и 2018. години износи 80%. У Федерацији БиХ учешће страних произвођача у 2014. години било је 81,8%,

у 2015. години 81,3% а у 2016. години 78,8%. У истом раздобљу у РС-у учешће страних произвођача у 2014. године је 79,5 %, у 2015. години 81,5 %, а у 2016. години 81%. Иако подносилац захтјева истиче да начин формирања есенцијалне и позитивне листе лијекова у РС-у не доводи у повољнији положај домаће произвођаче у односу на стране, из расположивих података је очигледно да је учешће страних произвођача на тржишту лијекова у РС-у мање од учешћа страних произвођача лијекова у Кантону Сарајево. Наиме, у 2014. години учешће страних произвођача лијекова у Кантону Сарајево било је 87,4 %, у 2015. години 87,2 % и у 2016. години 83,9 %. Из наведених података је очигледно да је проценат учешћа страних произвођача на тржишту Кантона Сарајево осјетно виши од процента њиховог учешћа на нивоу БиХ, као и на нивоу РС-а, те на нивоу Федерације и на нивоу Брчко Дистрикта. Дакле, Удружење тврди да су страни произвођачи у Кантону Сарајево изложени мјерама које спречавају конкуренцију, а истовремено у Кантону Сарајево страни произвођачи имају знатно већи проценат учешћа на тржишту од онога који имају на свим другим подручјима у БиХ, укључујући и она за која сматрају да на њима не постоје ограничења учешћа за стране произвођаче лијекова. У вези са овим питањем, у прилогу овог изјашњења достављају Табеларни преглед података о учешћу домаћих и страних произвођача на тржишту лијекова у ФБиХ;

- да напријед изнесени подаци потврђују не само да страни произвођачи лијекова нису доведени у неравноправан положај у Кантону Сарајево, него да покретањем овог поступка, путем свога удружења, они желе обезбједити привилегован положај, какав немају ни у својим домицилним земљама, односно у земљама ЕУ уопште. Имајући у виду правила и правна становишта институција ЕУ, подносиоци захтјева овакав поступак не би могли покренути у земљама ЕУ, односно уколико би га покренули не би могли рачунати на исход у њихову корист. Чињеница је да подносиоци захтјева и не покрећу такве поступке у другим земљама, укључујући и земље у окружењу. На примјер, у Хрватској се на листу лијекова може уврстити само произвођач који учествује са најмање 5% тржишног учешћа конкретног производа, односно лијека, а када испуни тај услов на листу се уврштава само ако је цијена његовог лијека за 10% нижа од лијека претходног произвођача иза кога се уврштава нови произвођач. Дакле, произвођач лијека може бити уврштен на позитивну листу у Хрватској, ако има 5% учешћа у продаји истоврсних лијекова на том тржишту, с тим што ако је пети на листи, његова цијена мора бити за 50% нижа од првог произвођача на листи. Ипак страни произвођачи лијекова не покрећу поступке против институција Републике Хрватске у чијој надлежности је одлучивање о листама лијекова који се издају на терет обавезног здравственог осигурања. С тим у вези, указује се изричит став Агенције за заштиту тржишног натјечања РХ, по коме искључиво Хрватски завод за здравствено осигурање (ХЗЗО) одлучује о приједлозима фармацеутских кућа за субвенционисање лијекова са листе. Изричито је утврђено да су активности ХЗЗО-а искључене од примјене прописа о заштити тржишног утицаја, све док обавља провјерене надлежности у сврху испуњења јавних овласти из посебних прописа. Дакле, према потпуно јасном становишту Агенције за заштиту тржишног натјечања РХ „Све док дјелује на темељу опће доступности и солидарности, те чини све што је неопходно потребно за испуњење својих овласти у дефинирању и провођењу политике јавног здравства ХЗЗО не подлијеже прописима о заштити тржишног натјечања". (<http://www.aztn.hr/iskliucivo-hzzo-odlucue-o-priedlozima-farinaceutskih-kuca-za-subvencioniranje-lijekova-s-liste/>);
- да Подносиоци захтјева, односно страни произвођачи лијекова, у конкретном случају, настоје искористити неконзистентност правног и институционалног система у Босни и Херцеговини, па под плаштом заштите права конкуренције, покрећу захтјеве који би у земљама ЕУ дефинитивно били одбијени. Због тога, ако би био прихваћен захтјев на коме инсистирају подносиоци, таква одлука би довела у неравноправан положај и грађане у Кантону Сарајево, а по принципу преседана и грађане у Федерацији БиХ и у Босни и Херцеговини. Такођер би у неравноправан положај били доведени и домаћи произвођачи лијекова. Наиме, уколико би био усвојен захтјев подносиоца, то би значило редукацију надлежности институција у БиХ, које се старају о остваривању права осигурања на

кориштење лијекова на терет средстава здравственог осигурања, у односу на надлежности институција и права осигураника у ЕУ. Уједно, с обзиром на правила и становишта европских институција у области конкуренцијског права, произвођачи лијекова из Босне и Херцеговине не би имали никаквих изгледа да оспоравају сличне одлуке државних органа у земљама ЕУ, док произвођачи из земаља ЕУ то чине у Босни и Херцеговини;

- да напријед наведена правила и на њима заснована становишта европских институција изражавају један веома разуман, аргументован и избалансиран приступ, односно представљају позитивну праксу коју је Конкуренцијски савјет могао примјењивати на основу члана 43. ст. 7. Закона о конкуренцији, неовисно о Споразуму о стабилизацији и придруживању (СПП). Међутим, према члану 71. СПП-а, који је ступио на снагу 01.06.2015. године, настала је обавеза да се свака пракса процјењује „на основу критеријума који произилазе из примјене конкуренцијских правила важећих у Заједници, посебно чл. 81; 82.; 86.; и 87. Уговора о ЕЗ и инструмената за тумачење које су усвојиле институције Заједнице. ". Притом је, недвојбено, да СПП, као међународни уговор, има приоритет над домаћим законом, уколико постоје разлике између домаћег закона и правних правила и становишта институција Заједнице;
- да имајући у виду све напријед изложено, предлаже се да Конкуренцијски савјет, у поновном поступку, донесе рјешење којим се одбија Захтјев поднесен од стране Удружења против Владе КС ради утврђења постојања забрањеног споразума у смислу чл. 4. ст. 1. тач. б) и д) Закона о конкуренцији.

Наведено очитовање Владе КС актом број: 05-26-3-025-56-III/16 од 14.03.2019. године достављено је Подносиоцу захтјева на евенутално очитовање у смислу релеватности изнесених чињеница, на који Подносилац захтјева није доставио одговор.

Конкуренцијски савјет је дописима број: 05-26-3-025-57-III/16 и 05-26-3-025-58-III/16 од дана 02.04.2019. године, тражио од странака да се изјасне о износу накнаде трошкова поступка.

Пуномоћник Подносиоца захтјева, адвокат Алмир А. Селимовић није доставио трошковник нити се изјаснио о поврату уплаћених новчаних средстава, док је Влада КС у поднеску за примљеном под бројем: 05-26-3-025-59-III/16 дана 04.04.2019. године навела да остаје код захтјева за надокнаду трошкова у истом износу.

8. Утврђено чињенично стање и оцјена доказа

Након сагледавања релевантних чињеница и доказа утврђених током поступка, чињеница изнијетих на усменој расправи, података и документације мјеродавних институција, појединачно и заједно, те на основу изведених доказа Конкуренцијски савјет је утврдио сљедеће:

- да је Удружење поднијело захтјев за покретање поступка у име чланица удружења као носиоца одобрења за стављање у промет лијекова чији лијекови нису уврштени на Листу лијекова Кантона Сарајево: Плива д.о.о.Хрватска, Фармал д.д., Берлин-Цхемие, Алкалоид д.д. Скопље, АЛВОГЕН, БИОФАРМА, ДЕВА, ЕРИС, РЕПЛЕК ПХАРМ, Лек, Нобел Илац, БГП Продавцс, ПРО.МЕД.ЦС, Билим, ЈАДРАН;
- да је на приједлог Министарства здравства Кантона Сарајево, Влада КС на својој 35. ванредној сједници одржаној 01.07.2016.године донијела Одлуку о позитивној, болничкој и магистралној Листи лијекова Кантона Сарајево (Службене новине Кантона Сарајево број 27/16);

- да је Одлуку о позитивној, болничкој и магистралној Листи лијекова Кантона Сарајево (Службене новине Кантона Сарајево број 27/16) Влада КС донијела на основу члана 26. и 28. став 1. Закона о Влади Кантона Сарајева („Службене новине Кантона Сарајево“ број 36/14 – Нови пречишћени текст, 37/14) и члана 8. став 1. Закона о лијековима ФБиХ;
- да је одредбама члана 5. став 5. Закона о лијековима ФБиХ прописано да се ближи поступак за избор лијекова, поступак и начин израде листе лијекова у ФБиХ, начин стављања и скидања лијекова са листе, обавезе министарстава здравства и завода здравственог осигурања, те произвођача и прометника лијекова уврштених на листу, као и кориштење лијекова утврђује прописима федералног министра;
- да је одредбом члана 8. Закона о лијековима ФБиХ, дато овлаштење владама кантона да доносе „Листу лијекова које се могу прописивати и издавати на терет средстава обавезног здравственог осигурања кантона. У листу коју утврђује Влада кантона, обавезно улазе лијекови који су уврштени у „федералну листу“;
- да је одредбом члана 9. Закона о лијековима ФБиХ, утврђено да на позитивној листи лијекова кантона, као и листи лијекова у болничкој и здравственој заштити на подручју кантона може бити ограничен број заштићених назива лијекова;
- да је у циљу провођења Закона о лијековима ФБиХ, Федерално министарство здравства донијело Правилник о ближим критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листи лијекова у ФБиХ, начину стављања и скидања са листа, обавезама министарстава здравства, завода здравственог осигурања, те произвођача и прометника лијекова уврштених у листе лијекова, као и кориштење лијекова;
- да је чланом 11. Правилника дефинисана могућност ограничавања броја произвођача лијекова на кантоналним листама и обавеза уврштавања домаћих и оригиналних произвођача лијекова на листе;
- да је чланом 11. Правилника прописано да код ограничавања заштићених назива лијекова на кантоналним листама лијекова приликом уврштавања заштићених назива лијекова имају се примјењивати, поред критеријума из члана 9. овог правилника, и критеријуми утврђени чланом 9. ставом. 2. Федералног закона, као редослијед произвођача лијекова односно носиоца дозволе за стављање лијека у промет утврђен у члану 9. став 3. истог закона;
- да је чланом 9. став 2) Закона о лијековима ФБиХ прописано да на позитивној листи лијекова кантона, као и листи лијекова у болничкој здравственој заштити на подручју кантона може се ограничити број заштићених назива лијекова који испуњавају услове из става 1. овог члана у складу са утврђеним доктринарним приступима у кориштењу лијекова за обољења за која се користе лијекови са листи лијекова у Федерацији; искуству у терапијској примјени код пацијената за дати заштићени назив лијека; сигурности снабдијевања лијековима, узимајући у обзир историјске податке у смислу (не)редовног снабдијевања лијековима у Федерацији; постојање евидентираних нуспојава за специфичан заштићени назив лијека; квалитет и вјеродостојност података о заштићеном називу лијека из референтних извора; статус заштићеног назива лијека у здравственим системима држава Европске уније и сл;
- да је чланом 9. став 2) Закона о лијековима ФБиХ прописано да са циљем подржавања развоја домаће фармацеутске индустрије на позитивну листу лијекова кантона, као и листу лијекова у болничкој здравственој заштити на подручју кантона обавезно се уврштавају и лијекови домаће фармацеутске индустрије који испуњавају услове из става 1. овог члана и то поред лијекова - оргинатора као и лијекова иноземне фармацеутске индустрије;

- да Одлуком о листи лијекова обавезног здравственог осигурања Федерације Босне и Херцеговине чији је саставни дио је Листа есенцијалних лијекова обавезног здравственог осигурања Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ“ бр. 56/13 и 74/14) и Одлуком о измјени и допуни Одлуке о листи лијекова обавезног здравственог осигурања Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ“ бр. 94/15), утврђен је попис лијекова који се издају и осигуравају, на терет средстава завода здравственог осигурања;
- да на Федералној листи лијекова не постоји име произвођача лијека;
- да се на нивоу кантона приликом формирања Листе лијекова примјењују одредбе Закона о лијековима ФБиХ и Правилника о ближим критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листе лијекова у ФБиХ, начину стављања и скидања са листа, обавезама министарстава здравства, завода здравственог осигурања, те произвођача и прометника лијекова уврштених у листе лијекова, као и кориштење лијекова и федералном Листом лијекова;
- да је у поступку неоспорно утврђено да је Влада КС надлежна за доношење Листе лијекова на терет средстава Завода здравственог осигурања КС, за територију Кантона Сарајево;
- да је Влада Кантона Сарајево донијела Одлуку („Службени гласник КС“ бр. 27/2016) од 1. јуна 2016. године, чији је саставни дио Листа лијекова КС 2016. годину који се издају и осигуравају на терет средстава Завода здравственог осигурања КС;
- да је Министарство здравства Кантона Сарајево 13.01.2016. године свим произвођачима и носиоцима дозволе за прометовање лијекова, упутило јавни позив за доставу законом прописане документације за стављање лијека/ова на листе лијекова Кантона Сарајево, путем веб апликације која је за ту сврху дизајнирана од стране Завода за информатику Кантона Сарајево и у функцији од фебруара 2014. године. Јавни позив је објављен и на веб страници Министарства здравства;
- да су чланице Удружења као носиоци одобрења за стављање у промет лијекова поднијеле апликације за стављање на Листу лијекова КС за 2016. годину;
- да одређени број апликација поднесених Министарству здравља КС од стране страних произвођача лијекова није био потпун;
- да од укупног износа промета лијекова са Листе, у периоду од 15.7.-31.12.2016.године, на А и Б Листи лијекова, проценат финансијског учешћа домаћих произвођача износио је 35,50%, а у периоду од 01.01. до 31.03.2017. године 36,80%;
- да је Комисија за лијекове сачинила приједлог А листе у двије верзије које су упућене Влади КС на разматрање и обје су садржавале све лијекове који су обухваћени А листом лијекова ФБиХ;
- да је Влада КС на својој 35. ванредној сједници одржаној 01.06.2016.године донијела Одлуку о позитивној, болничкој и магистралној Листи лијекова Кантона Сарајево („Службене новине Кантона Сарајево“ број 27/16), којом је прихваћена друга верзија А листе, а остале листе су прихваћене према припремљеном приједлогу Комисије за лијекове;

Члан 4. став (1) Закона прописује да су забрањени споразуми, уговори, поједине одредбе споразума или уговора, заједничка дјеловања, изричит и прешутни договори привредних субјеката, као и одлуке и други акти привредних субјеката који за циљ и посљедицу имају спрјечавање, ограничавање или нарушавање тржишне конкуренције на релевантном тржишту.

Чланом 4. став (1) тачка б) Закона утврђено је да се забрањени споразуми посебно односе на ограничавање и контролу производње, тржишта, техничког развоја или улагања.

Чланом 4. став (1) тачка д) Закона утврђено је да се забрањени споразуми посебно односе на примјену различитих услова за идентичне трансакције са другим привредним субјектима, доводећи их у неповољан положај у односу на конкуренцију.

У конкретном случају, Удружење, наводи како постоји забрањени споразум из члана 4. став (1) тачка б) и д) Закона о конкуренцији, а који је настао доношењем и примјеном спорне Одлуке те се на тај начин спрјечава и нарушава тржишна конкуренција на тржишту издавања лијекова који се издају на терет здравственог осигурања Кантона Сарајево.

На основу достављених доказа и утврђеног чињеничног стања, као аргументације изнесене током поступка, Конкурenciјски савјет је, разматрао наведени предмет и донио одлуку да се Подносилац у свом захтјеву одбије, јер радње које се стављају на терет Влади КС, не представљају забрањени споразум из члана 4. став 1) тачка б) и д) Закона о конкуренцији, те да Влада КС, није ограничила, нарушила нити спрјечила тржишну конкуренцију, у смислу да је закључила забрањени споразум, који би имао за циљ и последицу, ограничавање и контролу производње, тржишта, техничког развоја или улагања.

Наиме, Конкурenciјски савјет је анализирао спорну Одлуку самостално и у вези са одредбама Закона о лијековима ФБиХ и Правилника о ближим критеријумима за избор лијекова, поступку и начину израде листи лијекова у ФБиХ.

Неспорно је утврђено да је Влада КС у оквиру својих законом прописаних надлежности донијела спорну Одлуку чији је саставни дио Листе лијекова а на терет средстава Завода здравственог осигурања КС, за територију Кантона Сарајево, поштујући одредбе члана 9. Закона о лијековима ФБиХ и члана 11. Правилника, те да се у наведеној листи лијекова коју утврђује Влада кантона, налазе лијекови који су уврштени у „федералну листу“.

Сврха доношења Одлуке произилази из члана 33. Закона о здравственом осигурању ФБиХ, којим је предвиђено да се осигураним лицима омогући право на кориштење лијекова чије је стављање у промет одобрио министар здравства, а налазе се на листи лијекова који се осигураницима могу прописати на терет средстава кантоналног завода здравственог осигурања.

Наиме, према правном уређењу Босне и Херцеговине, а нарочито Федерације Босне и Херцеговине доношење листи лијекова, као и брига о здравству су у надлежности кантона, те је неминовна чињеница, коју је потребно уважити, како обзиром на овласти, постоји обавеза да сваки кантон у Федерацији Босне и Херцеговине, донесе листу лијекова која може бити различита у односу на неки други кантон, а која је утемељена на федералним прописима. Дакле, федерални прописи омогућују дјеловање, те је сваки кантон дужан у складу са својим специфичностима, а узимајући у обзир све чимбенике, како финансијске, тако и остале околности које утичу на доношење Одлука у кантонима, на тај начин поступати, те су дужни дјеловати у оквиру који је постављен прописима вишег ранга, тј. федералним прописима.

У вези са наведеним, Конкурenciјски савјет је утврдио да Влада КС доношењем спорне Одлуке а примјењујући одредбе Закона о лијековима ФБиХ као прописа вишег ранга и Правилника ни на који начин није спрјечила, ограничила или нарушила тржишну конкуренцију на релевантном тржишту, с обзиром да нити један други субјекат нема овлаштење за доношење овакве одлуке, те самим тиме нити један други субјекат не може бити конкурент у поступку доношења позитивне листе лијекова.

Влада КС на основу законских овлаштења донијела је наведену Одлуку а на приједлог надлежног Министарства које је именовало Комисију за лијекове које сачињава Листу лијекова уз обавезу усаглашавања са измјенама и допунама Федералне листе лијекова, којом се омогућава да

осигураници остварују своје право кориштења лијекова из основног здравственог осигурања а на терет средстава завода здравственог осигурања.

Притом, Влада КС није закључила забрањени споразум из члана 4. став 1. тачка б) и д) Закона јер на релеватном тржишту није дјеловала као привредни субјекат односно конкурент другим произвођачима и дистрибутерима лијекова, већ је доношењем наведене Одлуке омогућила руководећи се начелима опште доступности и солидарности, корисницима основног здравственог осигурања право на лијек, те није остварила никакав приход чиме би се могло узети у обзир да је ријеч о привредном субјекту у складу са одредбом члана 2. став 1. тачка б) Закона.

Влада КС је, дакле, облик организовања и дјеловања јавне власти и није привредни субјекат, па је предметна Одлука, акт који је донио орган власти, у оквиру својих овлаштења и на основу закона. Одлука по схватању овог савјета не представља продукт договора између два или више субјеката, управо из разлога јер је донесен ауторитетом јавне власти те да би могло, у конкретној ситуацији, доћи под опсег члана 4. Закона о конкуренцији.

Такође, Подносилац захтјева сматра да доношењем оспораване Одлуке, страни произвођачи лијекова су стављени у неповољнији положај, међутим на основу достављених података о заступљености страних произвођача лијекова у односу на домаће произвођаче на тржишту лијекова како БиХ, тако и Кантону Сарајево, видљиво је да је заступљеност страних произвођача далеко у већем проценту у односу на домаће (у 2016. години на БиХ тржишту учешће страних произвођача је било 79,6%, а домаћих 20,04%, док је у истом периоду у Кантону Сарајево тржишно учешће страних произвођача било 83,9%, а домаћих 16,1% - ИМС Подаци- велепродаја) односно да доминирају на релевантном тржишту.

На наведено указује и податак да од укупног износа промета лијекова са Листе, у периоду од 15.7.-31.12.2016.године, на А и Б Листи лијекова, проценат финансијског учешћа домаћих произвођача износио је 35,50%, а у периоду од 01.01. до 31.03.2017. године тржишно учешће домаћих произвођача је износило 36,80%, из чега произилази да је тржишно учешће страних произвођача у посматраном периоду износило 64,50% односно 63,20%, што представља незнатно смањење тржишног учешћа страних произвођача у односу на домаће произвођаче, као и чињеница да су страни произвођачи и поред тога доминантни на наведеном тржишту.

Конкуренијски савјет је приликом сагледавања свих чињеница и околности, узео у обзир да су чланице Удружења у складу са спорном Одлуком имале право да поднесу апликације за стављање на Листу лијекова КС за 2016. годину, те да одређени број апликација није био потпун, као и да је одређени број лијекова страних произвођача уврштен на Листу лијекова, из чега произилази да чланице Удружења нису ни на који начин биле дискримисане спорном Одлуком већ да узимајући у обзир и горе наведе податке о њиховој заступљености/тржишном учешћу на Листи лијекова биле у доминантном положају.

Исто тако, према пракси Европског суда правде и Европске комисије постоје три кључна критеријума: субјекат мора нудити добра или услуге на тржишту, сносити економски или финансијски ризик пословања и имати могућност остваривања профита (Видјети одлуке: C-475/99, Firma Ambulanz Glockner v. Landkreis Sudwestpfalz [2001] ECR I-8089, para 19. и C-67/96, Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie [1999] ECR I-5751, JacobsAG. para. 311.).

Слиједом наведеног, у конкретном случају, Влада КС не испуњава било који од наведених критеријума и не представља субјекат на који се односе и примјењују правила конкуренције, а нити се оспоравана Одлука, донијета на основу законских овлашти и на основу обављања јавне власти, има сматрати забрањеним споразумом гледе члана 4. став (1) тачка б) и д) Закона о конкуренцији.

Како би успоставили баланс између потребе да се заштити конкуренција и потребе да се заштите овласти државе чланице ЕУ, судови ЕУ су заузели став да се правила конкуренције не примјењују у ситуацијама када држава проводи своја суверена овлашћења, обавља задатке у јавном интересу или административне функције (Видјети спојене случајеве Ц-159/91 анд Ц-160/91, Poucet and Pistre [1993] ECR I-00637, para. 18-19. и спојене случајеве C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK Bundesverband and Others v Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. and Others, para. 57.).

Стога је, Конкурентијски савјет утврдио како Влада КС, не обавља привредну дјелатност, не учествује у производњи и/или промету роба, односно пружању услуга, тиме ни посредно ни непосредно не учествује на тржишту због чега се исти не може сматрати „привредним субјектом“ у смислу члана 2. Закона о конкуренцији.

Обзиром да Конкурентијски савјет у сврху оцјене датог случаја, а у складу са чл. 43. став (7) Закона може користити судском праксом Европског суда правде и одлукама Европске комисије, овакав став су заузела и наведена тијела.

Међутим, ступањем на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и његових држава чланица, с једне стране и Босне и Херцеговине с друге стране („Службени гласник БиХ – међународни уговори“ бр. 10/08) (даље у тексту: Споразум о стабилизацији и придруживању), примјена члана 43. став (1) Закона је посебно добила на значају, обзиром да је истим споразумом примјена критеријума и правне стечевине Европске уније, постала обавезна, у складу са чл. 71. Споразума.

Наиме, у складу са предњем, а према критеријумима утврђеним у Пресудама Европског суда правде за привредни субјект се може сматрати врло широки круг тијела, без обзира на облик и организованост, па и јавна тијела којима је држава повјерила обављање одређених послова (примјена чл. 106. ст. 2. УФЕУ), али и јавна тијела ако обављају привредну дјелатност, али ако није ријеч о активностима које би потпадале под „извршавање јавних овласти“ (предмет C-343-95 Calí e Figli против SEPG (1997) ZSP I-1547 (субјекат поступа у извршавању јавних овласти ако се ради о „задатку од јавног интереса који представља саставни дио битних функција државе“ и ако је та дјелатност „повезана с обзиром на своју природу, циљ и правила којима је подвргнута с извршавањем овласти која су типична за јавно тијело“ § 23. Пресуде).

Утврђено је и да се у складу са чланом 2. Закона, поднесени Захтјев односи на извршавање јавних законом регулисаних овлашћења изван домета Закона о конкуренцији, а не на радње које обављају привредни субјекти "судјелујући на тржишту".

При томе, се овдје не сматра да је Влада КС, или било које друго тијело „јавне власти“ искључено у потпуности од примјене одредби Закона о конкуренцији, постоје и случајеви када се оваква тијела упуштају у тржишне активности, те у таквим случајевима, сваки посебно и за себе треба бити контролисан од стране Конкурентијског савјета, те дати оцјену таквих активности.

У овом поступку Конкурентијски савјет није оцјењивао ваљаност проведене процедуре за избор лијекова на листу обзиром да иста није у надлежности Конкурентијског савјета.

Конкурентијски савјет је уважавајући став Суда, утврдио како Влада КС, није испоштовала одредбу члана 25. став 2) Закона о конкуренцији, те није доставила на мишљење Конкурентијском савјету о оцјени утицаја на тржишну конкуренцију, предметну Одлуку, коју је била обавезна доставити, прије самог усвајања. Међутим, из предње чињенице не произилази да је самим тим Одлука, забрањени споразум, а предметним мишљењем Конкурентијски савјет може дати само оцјену одлуке из аспекта поштовања начела тржишне конкуренције, а не изрицати мјере и казне, јер Закон о конкуренцији није предвидио ту могућност.

Конкурентијски савјет је у предметном поступку испитивао у оквиру Закона о конкуренцији, а у складу са својим надлежностима прописаним истим законом, да ли је дошло до испуњења бића дјела из члана 4. став (1) под б) и д) Закона о конкуренцији.

На основу свега наведеног, Конкурентијски савјет сматра да се не ради ни о каквом споразуму, а понајмање забрањеном јер се одредбе члана 4. Закона о конкуренцији, у потпуности усклађене са чланом 101. Уговора о функционисању Европске уније, односе на споразуме који настају између привредних субјеката који су конкуренти на тржишту и који за циљ имају првенствено искључивање осталих конкурената са релевантног тржишта, а не на органе власти који вршењем јавне функције не дјелују као привредни субјекти на тржишту.

Слиједом свега горе наведеног утврђено је како Влада КС није закључила забрањени споразум из члана 4. став 1) тачка б) Закона којим је прописано да се забрањени споразуми посебно односе на ограничавање и контролу производње, тржишта, техничког развоја или улагања, те члана 4. став 1) тачка д) којим је прописано да су забрањени споразуми, који се искључиво односе на „ограничавање и контролу производње, тржишта, техничког развоја или улагања“, доношењем Одлуке о листи лијекова КС.

На основу горе наведеног Конкурентијски савјет је одлучио као у тачки 1. диспозитива овог Рјешења.

8. Привремена мјера

У поновљеном поступку по Пресуди Суда БиХ број: С1 3 У 025836 17 У од 24.01.2019. године, Подносилац захтјева је поднексом број: 05-26-3-025-51-П/16 од дана 06.02.2019. године одустао од захтјева за привременом мјером, те Конкурентијски савјет сходно томе није ни разматрао наведено.

9. Трошкови поступка

Чланом 105. став 1. Закона о управном поступку је прописано да у правилу свака странка сноси своје трошкове поступка (који укључују и трошкове за правно заступање), а чланом 105. став 2. истог Закона је прописано да када у поступку учествују двије или више странака са супротним интересима, странка која је изазвала поступак, а на чију је штету поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити оправдане трошкове који су настали у поступку.

Према одредби члана 105. став (3) Закона о управном поступку трошкови за правно заступање надокнађују се само у случајевима кад је такво заступање било нужно и оправдано.

Конкурентијски савјет је приликом израчуна укупних трошкова поступка, узео у обзир одредбе Закона о управном поступку, и Тарифе о наградама и накнади трошкова за рад адвоката („Службене новине Федерације БиХ“, бр. 22/04 и 24/04) (у даљем тексту: Тарифа).

На усменој расправи, одржаној 12.05.2017. године, пуномоћник Владе КС, адвокат Џемил Хабрихафизовић је приложио уз записик и трошковник за правно заступање, те у поновљеном поступку за примљеним под бројем: 05-26-3-025-59-П/16 од дана 04.04.2019. године се изјаснио да остају код захтјева за надокнаду трошкова у истом износу.

На основу предњег, пуномоћник Владе КС је тражио трошкове поступка у укупном износу од 1.965,60 КМ са укљученим износом ПДВ-а, и то за Одговор на Захтјев за покретање поступка 840,00 КМ и присутност на усменој расправи 840,00 КМ.

Конкурентијски савјет је Влади КС признао само трошкове заступања који су били нужни и оправдани у овом поступку, па је у складу са тарифним бројем 18. и 33. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката у Федерацији БиХ, утврдио и признао следеће трошкове за рад адвоката Владе КС: 1) за Одговор на Захтјев за покретање поступка од дана 10.02.2017. године

у износу од 240,00 КМ, 2) за приступ на усмену расправу дана 12.05.2017. године у износу од 300,00 КМ, што укупно са урачунатим ПДВ-ом износи 631,80 КМ.

Подносилац захтјева није доставио захтјев за надокнадом трошкова поступка, те у поновљеном поступку Конкурентијско вијеће је поднеском број: 05-26-3-025-57-П/16 позвало Подносиоца захтјева да се у смислу члана 276. став 1. и 2. Закона о управном поступку изјасни о поврату трошкова поступка у износу од 631,80 КМ које су уплатили Влади КС, те доставе захтјев за надокнаду трошкова у складу са чланом 104. истог Закона.

Подносилац захтјева није доставио своје очитовање о траженом, и сходно томе Конкурентијски савјет није одлучио о поврату новчаних средстава, те је одлучио да утврђени износ на име трошкова поступка Владе КС у износу од 631,80 КМ који је наплаћен у претходном поступку, а с обзиром да се поступак по поништењу рјешења враћа у стање које је претходило доношењу рјешења, не наплаћује поновно од стране Подносиоца захтјева.

10. Административна такса

У складу са чланом 2. тарифни број 107. став (1) тачка г) Одлуке о висини административних такси у вези са процесним радњама пред Конкурентијским савјетом („Службени гласник БиХ“, број 30/06, 18/11 и 75/18) Подносилац захтјева је на ово Рјешење обавезан платити административну таксу у износу од 1.500,00 КМ у корист Буџета институција Босне и Херцеговине.

11. Поука о правном лијеку

Против овог Рјешења није дозвољена жалба.

Незадовољна страна може покренути управни спор пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема, односно објављивања овог Рјешења.

Предједница

Адиса Бегвић

