

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијси савјет

М И Ш Л Ї Е Њ Е

**по Захтјеву Агенције за јавне набавке Босне и Херцеговине на „Нацрт Закона о
измјенама и допунама Закона о јавним набавкама“**

**Сарајево,
фебруар, 2020. године**



Број: 01-26-7-018-4/19
Сарајево, 06.02.2020. године

Конкуренијски савјет Босне и Херцеговине, на основу члана 25. став (2) Закона о конкуренцији („Службени гласник БиХ“, број 48/05, 76/07 и 80/09), а по Захтјеву за давање мишљења Агенције за јавне набавке Босне и Херцеговине, Маршала Тита 9а/І, 71 000 Сарајево на 64. (шездесетчетвртој) сједници одржаној дана 06.02.2020. године, донио је

М И Ш Љ Е Њ Е

Агенција за јавне набавке Босне и Херцеговине, Маршала Тита 9а/І, 71 000 Сарајево (у даљем тексту: Агенција или Подносилац захтјева), је поднијела Конкуренијском савјету Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Конкуренијски савјет) Захтјев за давање мишљења (у даљем тексту: Захтјев), на Нацрт Закона о измјенама и допунама Закона о јавним набавкама (у даљем тексту: Нацрт Закона), запримљен дана 16.10.2019. године, под бројем: 01-26-7-018-1/19.

Агенција у Захтјеву наводи сљедеће:

- Нацртом Закона, предлажу се измјене и допуне Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“, број 39/14) (у даљем тексту: Закон о јавним набавкама), а које имају за циљ дјелимично усклађивање са правном течвином Европске уније и то:

- Директивом 2014/24/ЕУ Европског парламента и Савјета од 26. фебруара 2014. о јавним набавкама и о стављању ван снаге Директиве 2004/18/ЕЗ (у даљем тексту: Директива 2014/24/ЕУ),
- Директивом 2014/25/ЕУ Европског парламента и Савјета од 26. фебруара 2014. о набавкама субјеката који дјелују у сектору водопривреде, енергетском и саобраћајном сектору, те сектору поштанских услуга и стваљању ван снаге Директиве 2004/17/ЕЗ (у даљем тексту: Директива 2014/25/ЕУ),
- Директивом Европског парламента и Савјета 2009/81/ЕЗ од 13. јула 2009. о координацији поступака за додјелу уговора о набавци одређених радова, набавци одређених услуга од стране уговорних органа или субјеката у подручју одбране и сигурности које мијења Директива 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ (у даљем тексту: Директива 2009/81/ЕУ) и
- Директивом Европског парламента и Савјета 2007/66/ЕЗ од 11. децембра 2007. којом се мијењају и допуњавају Директиве Савјета 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЗ у погледу побољшања ефикасности ревизије поступка за додјелу уговора о јавним набавкама (у даљем тексту: Директива 2007/66/ЕУ) .

- Агенција наводи да се Нацртом Закона желе побољшати постојећа рјешења и уклонити технички недостаци важећег Закона о јавним набавкама.

- Такође, Нацртом Закона се уводе антикорупционе одредбе, организационе новине у систему јавних набавки Босне и Херцеговине, даје законски оквир за даљи развој електронских јавних набавки, уводи потпуна транспарентност јавних набавки и стварају се претпоставке за потпуно усклађивање са легислативом Европске уније у будућности.

Нацртом Закона се предлажу измјене и допуне Закона о јавним набавкама, које се односе на дефиниције појмова из истог, јавне набавке које укључују уговорне органе из различитих држава, изузећа од примјене Закона о јавним набавкама, претходну провјеру тржишта у сврху припреме јавне набавке, подјелу предмета набавке на лотове, услове за почетак поступка јавне набавке, личну способност понуђача у поступку јавних набавки, дисквалификацију по основу сукоба интереса или корупције, извјештај о поступку јавне набавке, конкурентски захтјев за достављање понуда, поступак директног споразума, поступак уговорног органа по жалби и рокове изјављивања жалбе уговорном органу, те се уводе нови одјељци које се односе на инспекцијски надзор и казнене одредбе.

Конкурентцијски савјет је актом број: 01-26-7-018-2/19 од дана 05.12.2019. године, затражио појашњење одређених одредби Нацрта Закона.

Агенција је дописом запримљеним под бројем: 01-26-7-018-3/19 дана 26.12.2019. године доставила додатна појашњења појединих одредби Нацрта Закона у којем наводи сљедеће:

- Члан 2. Нацрта Закона, предвиђа измјену члана 2. Закона о јавним набавкама која се тиче дефиниције понуда у поступцима јавних набавки и у тачки 1) додаје се алинеја 3) која гласи: неправилна- која није у складу са тендерском документацијом или је примљена изван рока за доставу понуда или постоје докази о тајном споразуму или корупцији или није резултат тржишне конкуренције или је уговорни орган утврдио да је цијена понуде изузетно ниска. Чланом 2. се врши допуна дефиниција и то оних које се захтјевају директивама, односно усклађивање са дефиницијама из Директиве 2014/24/EУ. Преузета одредба Директиве ЕУ 2014/24/EУ гласи: „Понуда се сматра прихватљивом ако ју је поднио понуђач који није био искључен у складу с чланом 78. ставом (1) или чланом 80. став (1) и који испуњава критеријуме за одабир утврђене у складу са члановима 78. и 80., те чија је понуда у складу с техничким спецификацијама без да је неправилна или неприхватљива или неодговарајућа. Посебно се понуде које нису у складу с документацијом о набавци, које су примљене након рока за предају, када постоји доказ за тајни споразум или корупцију или за које су јавни наручиоци установили да су изузетно ниске вриједности сматрају неправилним понудама. Посебно се понуде које су поднијели понуђачи који немају тражене квалификације, те понуде чија вриједност прелази буџет јавног наручиоца који је утврђен и забиљежен прије почетка поступка набавке сматрају неприхватљивима.”

- Члан 16. став (3) Нацрта Закона, налаже да уговорни орган у тендерској документацији одређује може ли се понуда доставити за један, неколико или за све лотове уз навођење образложења. Постојеће одредбе Закона о јавним набавкама недовољно стимулишу подјелу предмета набавке на лотове, док Директиве из 2014. наглашавају да земље чланице могу подјелу предмета набавке на лотове учинити обавезним, у случајевима гдје предмет набавке то омогућава, због повећања приступа тржиштима јавних набавки за мала и средња предузећа која су стуб здравог развоја и иновативности привреде једне земље. Транспонована одредба члана 65. Директиве ЕУ 2014/24/EУ гласи: „Члан 65. Подјелом уговора у групе Наручиоци могу одлучити да додијеле уговор у облику одвојених група, те могу одредити величину и предмет таквих група. 1. У обавјештење о надметању, у позиву на потврду интереса или ако је средство позива на надметање обавјештење о постојању квалификационог система, у позиву на доставу понуда или у позиву на преговоре, наручиоци наводе могу ли се понуде поднијети за једну групу, за више њих или за све групе. 2. Наручиоци могу, чак и ако се понуде могу поднијети за неколико група или све, ограничити број група које се могу додијелити једном понуђачу, под условом да је максималан број група по понуђачу наведен у обавјештењу о надметању или у позиву на потврду интереса, у позиву на подношење понуда или у позиву на преговоре. У документацији о набавци наручиоци наводе објективне и недискриминирајуће критеријуме или правила која намјеравају примјенити, како би одредили које ће групе бити додијељене ако примјена критеријума за додјелу води томе да се једном понуђачу додијели више група од највећег могућег броја.”

- Чланом 24. став (5) тачка а) Нацрта Закона, предвиђено је да уговорни орган може на период од 36. мјесеци искључити из учешћа у поступку набавке понуђача/кандидата, ако уговорни орган има доказ да је кандидат/понуђач склопио споразум са другим кандидатом/понуђачом којем је циљ нарушавање тржишне конкуренције. У циљу хармонизације прописа и примјене Директива Европске уније, наведена је ситуација да се кандидат/понуђач или добављач могу искључити из поступка јавне набавке у случају склапања споразума који има за циљ нарушавање и спречавање тржишне конкуренције. Кроз измјене и допуне предвиђене чланом 24. Нацрта Закона, одредбе Закона о јавним набавкама би се ускладиле са чланом 57. Директиве 2014/24/EУ. Такође, због посебне неозбиљности приликом е-Аукције, када се цијене обарају до очито ниских вриједности, а у случајевима када је процијењена вриједност испод 100.000,00 КМ, уговорни органи немају никакве механизме да могу доћи до уговора. У циљу озбиљности, потребно је увести заштитне механизме наведене у члану 57. Директиве ЕУ 2014/24/EУ.

- Чланом 27. Нацрта Закона предвиђена је измјена члана 52. став (1) Закона која се тиче дисквалификације по основу сукоба интереса или корупције, у којем се наводи да уговорни орган предузима мјере како би се спријечили, препознали и уклонили сукоби интереса, у вези са поступком јавне набавке, а ради избјегавања нарушавања тржишне конкуренције. Члан 27. Нацрта Закона представља усаглашавање са одредбама Директиве ЕУ 2014/24/EУ и Директиве 2014/25/EУ које се односе на сукоб интереса. Транспонована одредба члан 42. Директиве ЕУ 2014/24/EУ гласи: „Сукоби интереса Државе чланице осигуравају да јавни наручиоци подзму прикладне мјере да ефикасно спријече, препознају и уклоне сукобе интереса који произлазе из провођења поступка набавке како би се избјегло било какво нарушавање тржишне конкуренције, те се осигурало једнако поступање са свим привредним субјектима. Концепт сукоба интереса обухвата барем оне ситуације када чланови особља јавног наручиоца или пружалац услуга набавке који дјелује у име јавног наручиоца који су укључени у провођење поступка набавке или могу утицати на исход тог поступка имају, директно или индиректно, финансијски, привредни или било који други лични интерес који би се могао сматрати штетним за њихову непристраност и независност у контексту поступка набавке."

У складу са чланом 25. став (2) Закона о конкуренцији („Службени гласник БиХ“, број 48/05, 76/07 и 80/09) (у даљем тексту: Закон), Конкуренијски савјет је надлежан да на нацрте, приједлоге закона и других прописа из области које имају утицаја на тржишну конкуренцију даје мишљење о њиховој усклађености са Законом.

Конкуренијски савјет је размотрио Нацрт Закона и оцијенио да је исти у основи усаглашен са Законом, али Конкуренијски савјет је мишљења да је у Нацрту Закона, прије упућивања у даљу процедуру, потребно разграничити надлежности за поступање између уговорног органа и Конкуренијског савјета. Такође, напомињемо да уколико у току провођења поступка јавне набавке уговорни органи и привредни субјекти (понуђачи) који учествују у поступку јавне набавке сумњају на евентуално нарушавање тржишне конкуренције, потребно је да о истом обавијесте Конкуренијски савјет. Законом је експлицитно дата надлежност Конкуренијском савјету за поступање код нарушавања тржишне конкуренције на релевантном тржишту. Чланом 4. став (1) Закона забрањено је прећутно (тајно) договарање између привредних субјеката које има за циљ и посљедицу спречавање, ограничавање и нарушавање тржишне конкуренције, што представља један од најтежих облика забрањеног конкуренијског дјеловања, односно картел између учесника на релевантном тржишту. Конкуренијски савјет надлежан је за заштиту тржишне конкуренције, те вођење управних поступака код забрањених конкуренијских дјеловања, у складу са чланом 20. и чланом 25. став (1) тачке е) и ф) Закона. Конкуренијски савјет је искључиво надлежан за заштиту и промоцију тржишне конкуренције у Босни и Херцеговини и доношење мјера за отклањање штетних посљедица код забрањених конкуренијских дјеловања, у складу са Законом.

У Нацрт Закона потребно је инкорпорисати одредбе које ће дати могућност уговорним органима и привредним субјектима (понуђачима) који учествују у поступку јавне набавке да

Конкуренцијском савјету, доставе доказе о постојању забрањених споразума/картела између понуђача у поступцима јавних набавки, као и доказе о другим радњама које могу довести до нарушавања тржишне конкуренције у Босни и Херцеговини.

Ово мишљење се односи само да достављени текст Нацрта Закона, те уколико исти одступа од стварног стања, ово мишљење се не може примјенити.

Предсједница

Мр Аријана Регода-Дражић