

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

MIŠLJENJE

**po Zahtjevu Udruženja sudskih tumača Republike Srpske, Aleja svetog Save 26,
78000 Banja Luka**

**Sarajevo
rujan, 2020. godine**



Broj: 01-26-7-12-2/20
Sarajevo, 23.09.2020. godine

Na temelju članka 25. stavak (1) točka f) Zakona o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09), a po Zahtjevu za davanje mišljenja Udruženja sudskih tumača Republike Srpske, Aleja svetog Save 26, 78000 Banja Luka, zastupanog po punomoćniku Neveni Tomić Lučić, advokatu iz Banjaluke, Vojvode Radomira Putnika 11 i Nihadu Sijerčiću, odvjetniku iz Sarajeva, Fra Anđela Zvizdović 1, primljenog od strane Konkurencijskog vijeća dana 01.09.2020. godine pod brojem: 01-26-7-12-1/20, Konkurencijsko vijeće, na 73. (sedamdesettrećoj) sjednici održanoj dana 23.09.2020. godine, donijelo je

MIŠLJENJE

Udruženje sudskih tumača Republike Srpske, Aleja svetog Save 26, 78000 Banja Luka, (u daljnjem tekstu: Podnositelj zahtjeva ili Udruženje) zastupan po punomoćniku Neveni Tomić Lučić, odvjetniku iz Banjaluke, Vojvode Radomira Putnika 11 i Nihadu Sijerčiću, odvjetniku iz Sarajeva, Fra Anđela Zvizdović 1, podnio je Konkurencijskom vijeću Zahtjev za davanje mišljenja (u daljnjem tekstu: Zahtjev), zaprimljen dana 01.09.2020. godine pod brojem: 01-26-7-12-1/20.

Podnositelj zahtjeva traži mišljenje od Konkurencijskog vijeća o dozvoljenosti, odnosno pravu sudjelovanja udruženja u postupku javnih nabava u Bosni i Hercegovini, sa aspekta tržišne konkurencije.

Naime, imajući u vidu činjenično stanje u svezi sa sudjelovanjem Podnositelja zahtjeva u više postupaka javnih nabava, sprovedenih od strane ugovornih organa u Bosni i Hercegovini sukladno sa Zakonom o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH“, br. 39/14) (u daljnjem tekstu: ZoJN), a koje je prethodilo spornom pitanju i tumačenju odredbi ZoJN i Zakona o konkurenciji, Podnositelj zahtjeva između ostalog navodi slijedeće:

- da je Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu :Ministarstvo) dana 10. siječnja 2017. godine pokrenulo konkurencijski postupak nabave usluga prevođenja i izvršilo objavu dana 14. Veljače 2018. godine na portalu javnih nabava Agencije za javne nabave Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: AJN) i uputilo poziv ponuđačima na tri različite adrese za sudjelovanje u predmetnoj nabavi. Nakon izvršenog uvida u pristigle ponude i dokumentaciju, u koje je spadala i ponuda pristigla od strane Podnositelja zahtjeva, nadležna komisija za provođenje javnih nabava Ministarstva, konstatirala je da Podnositelj zahtjeva ne ispunjava uvjete, propisane odredbom članka 2. stavak (1) ZoJN-a, kojom je propisano da u postupku javnih nabava može sudjelovati ponuđač koji je gospodarski subjekt. Shodno obrazloženju nadležne komisije Ministarstva, Podnositelj zahtjeva nije registriran kao gospodarski subjekt, nego kao neprofitna organizacija „udruženje građana“;
- da protiv navedene odluke Ministarstva, Podnositelj zahtjeva je dana 15. veljače 2017. godine izjavio žalbu Kancelariji za razmatranje žalbi Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KRŽ), koja je postupajući po žalbi Podnositelja zahtjeva donijela Rješenje br. JN2-01-07-I-117-8/17, dana 30. ožujka 2017. godine kojim je odbila žalbu Podnositelja zahtjeva kao neutemeljenu. Između ostalih navoda, KRŽ je u

Rješenju istaknula da prema definiciji pojma gospodarski subjekt sukladno sa odredbom članka 2. stavak (1) točka c) ZoJN-a u postupku javnih nabava u Bosni i Hercegovini može sudjelovati pravna ili fizička osoba ili grupa osoba, koji na tržištu nude robe, usluge i/ili radove, a registrirani su za obavljanje predmetne djelatnosti te da je sukladno sa Zakonom o gospodarskim društvima Republike Srpske gospodarsko društvo pravna osoba koju osnivaju pravne ili fizičke osobe radi obavljanja djelatnosti u cilju stjecanja dobiti i koje društvo se sukladno sa Zakonom o registraciji poslovnih subjekata Republike Srpske upisuje u Registar poslovnih subjekata;

- da također, KRŽ u obrazloženju Rješenja ističe i odredbu članka 2. stavak (1) Zakona o udruženjima i fondacijama Republike Srpske, prema kojoj temeljna svrha osnivanja udruženja nije stjecanje dobiti, te da se ugovor o javnoj nabavi sukladno sa odredbom članka 2 stavak (1) točka a) zaključuje kao ugovor sa financijskim interesom i ima za cilj nabavu robe, usluga ili izvođenje radova. Iako KRŽ u Rješenju utvrđuje da nije sporno da Podnositelj zahtjeva može obavljati gospodarsku djelatnost sukladno sa Zakonom o udruženjima i fondacijama, a koja je neposredno vezano sa osnovnim statutarnim ciljevima i aktivnostima udruženja - srodne gospodarske djelatnosti, te da može uredno platiti poreske obveze iz izravnih i neizravnih poreza - KRŽ smatra da ponuđač u smislu članka 2. stavak (1) točka c) mora biti gospodarski subjekt koji je registriran za obavljanje predmetne djelatnosti;
- da nadalje, KRŽ u Rješenju navodi da bi izborom udruženja koje nije registrirano za obavljanje gospodarske djelatnosti sukladno sa Zakonom o gospodarskim društvima ili na način kako se registrira fizička osoba kao samostalni poduzetnik kao kvalificiranog i najpovoljnijeg ponuđača u postupku javnih nabava bilo povrijeđeno načelo pravične konkurencije, odnosno jednakog tretmana, s obzirom da udruženja za razliku od registriranih gospodarskih društava i samostalnih poduzetnika ne podliježu plaćanju obveza kojima gospodarska društva/samostalni poduzetnici podliježu. Ovakav stav u pogledu sudjelovanja udruženja i Podnositelja zahtjeva u postupku javnih nabava, KRŽ potvrđuje i odlukom o žalbi Podnositelja zahtjeva u postupku br. JN-01-07-1-175-7/18, kojom također odbija žalbu Podnositelja zahtjeva iz naprijed navedenih razloga;
- da Podnositelj zahtjeva protiv Rješenja blagovremeno pokreće upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine, koji je ispitujući pravilnost i zakonitost osporenog Rješenja, isto poništio, uvažio žalbu i predmet vratio KRŽ-u na provođenje ponovnog postupka i donošenje pravilne i zakonite odluke sukladno sa primjedbama danim u Presudi Suda BiH br. Sl Z U 025137 17 U, od dana 28. studenog 2018. godine. U Presudi, sud ocjenjuje da je KRŽ donošenjem osporenog Rješenja povrijedila temeljne principe iz odredbe članka 3. ZoJN kojom je propisano: *„Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabave prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće, na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najučinkovitijeg korištenja javnih sredstava u svezi s predmetom nabave i njegovom svrhom. Opće principi obvezno se primjenjuju i poštuju i u postupku pravne zaštite“*, da su pogrešno primijenili odredbu članka 2. stavak 1. točke c) istog Zakona;
- da je Sud BiH u Presudi ukazao na činjenicu da se sustav javnih nabava zasniva na cilju da se poduzmu sve mjere, potrebne kako bi se obezbijedila pravična i aktivna konkurencija među potencijalnim sudionicima, uz ostvarivanje jednakog tretmana, nediskriminiranja i transparentnosti. Sud BiH je ukazao na odredbu članka 4. stavak 1. Zakona o udruženjima i fondacijama Republike Srpske kojom je propisano da ista mogu obavljati djelatnosti kojima se stiče dobit, jedino ako stjecanje dobiti nije osnovni statutarni cilj udruženja. Prema ocjeni suda, nijedna odredba ZoJN ne ograničava pojam gospodarski subjekt na subjekte registrirane radi stjecanja dobiti i prema odredbama i uvjetima propisanim Zakonom o gospodarskim društvima, obzirom da ZoJN kao lex specialis niti jednom odredbom ne propisuje da se kao ponuđači mogu prijaviti samo društva registrirana sukladno sa Zakonom o gospodarskim društvima, te da je ovako usko tumačenje pojma gospodarski subjekt suprotno općim principima propisanim odredbom članka 3. ZoJN. U kontekstu ovih

- navoda Sud između ostalog citira zakonodavstvo Europske unije i praksu Europskog suda pravde, prevashodno Odluku ovog suda br. EU:C:200g:807;
- da je u ponovljenom postupku KRŽ dana 21. prosinca 2018. godine donijela novo Rješenje br. JN2-01-07-1-730-4/18, kojim je ponovno odbila žalbu Podnositelja zahtjeva, uz obrazloženje da je pogrešan stav Suda BiH u Presudi, te između ostalog ponovo naglašava da Podnositelj zahtjeva nije gospodarsko društvo upisano u Registar poslovnih subjekata, te kao neprofitna organizacija uživa određene povlastice, a iz čega proizilazi da bi izborom udruženja kao kvalificiranog i najpovoljnijeg ponuđača bili prekršeni opći principi zaštite konkurencije utvrđeni odredbom članka 3. ZoJN;
 - da u prilog gore navedenog potvrđuje i više presuda donesenih od strane Suda BiH nakon sprovedenih upravnih sporova po tužbama Podnositelja zahtjeva koje su sadržajno i suštinski identične, te ukazuju da je KRŽ donošenjem osporenog Rješenja povrijedila temeljne principe iz odredbe članka 3. ZoJN i da između ostalog u Presudama ističe da je neodrživo stanovište KRŽ iskazano u osporenim aktima, prema kojem je pravo na sudjelovanje u postupku javnih nabava, uvjetovano okolnošću da li je ponuđač profitna ili neprofitna organizacija;
 - da prema nalazima suda, niti jedna odredba ZoJN ne ograničava pojam „gospodarski subjekt” na subjekte registrirane prema uvjetima i odredbama Zakonu o gospodarskim društvima RS. Ovakvo stanovište i postupanje KRŽ-a je prema nalazu Suda BiH suprotno obvezi transparentnog postupanja bez diskriminacije i ograničavanja konkurencije na tržištu javnih nabava Bosne i Hercegovine, u kojem kontekstu ukazuje na i citira zakonodavstvo Europske unije i praksu Europskog suda pravde;
 - da je AJN koji je nadležan i između ostalog za pružanje tehničke pomoći i savjetodavnih mišljenja ugovornim organima i ponuđačima u svezi s pravilnom primjenom ovog zakona i podzakonskih akata, sukladno članku 92. stavak (3) točka d) ZoJN, u tijeku trajanja nekoliko postupaka javnih nabava izdalo mišljenja ugovornim organima u svezi sa pravom sudjelovanja udruženja u postupku javnih nabava;
 - da u Mišljenju AJN po predmetnom spornom pitanju, od dana 29. prosinca 2016. godine br. 03-02-1-5536-7-16, a koje navode citira i poziva se na iste KRŽ u Rješenju od dana 21. prosinca 2018. godine, AJN ističe da se udruženja građana na tržištu ne mogu pojavljivati u ulozi ponuđača, kao i da je jasno da Podnositelj zahtjeva u smislu Zakona o porezu na dobit nema poreske povlastice, ukoliko vrši djelatnost na tržišnom temelju i po tom temelju ostvaruje prihode iz tržišnih izvora;
 - da se nadalje u Mišljenju ističe da udruženja građana kada nisu registrirana kao gospodarski subjekt su neprofitne organizacije i kao takve uživaju određene povlastice, a to izravno u slučaju da njihova ponuda bude izabrana kao najpovoljnija dovodi do diskriminacije ponuđača i kršenja općih principa o pravičnoj konkurenciji utemeljenih u članku 3. stavak (1) ZoJN;
 - da također, AJN u Mišljenju izdanom dana 28. lipnja 2018. godine br. 03-02-1-2458-2/18, a čije navode KRŽ također citira i cijeni kao mjerodavne u rješavanju žalbe Podnositelja zahtjeva u predmetu br. JH2-03-07-1-984-9/18 ističe da udruženja građana i fondacije po svom karakteru ne mogu na tržištu nuditi robe, usluge i radove niti zaključivati ugovore sa financijskim interesom, dakle ne mogu sudjelovati u postupcima javne nabave kao ponuđači;
 - da smatraju da su ovakvi stavovi AJN u potpunoj suprotnosti sa Zakonom o udruženjima i fondacijama po pitanju obavljanja gospodarske djelatnosti a kojima AJN u potpunosti zanemaruje i pogrešno primjenjuje odredbe ovog zakona i ZoJN, nejasno je i po kojem osnovu AJN može biti nadležna za tumačenje odredbe bilo kojeg zakona sa aspekta zaštite konkurencije na tržištu Bosne i Hercegovine, kada je to uloga Konkurencijskog vijeća;
 - da osim navedenog, smatraju da mišljenje AJN ne bi trebalo biti obvezujuće imajući u vidu da je jasno da autentično tumačenje nejasnih odredbi zakona u ovom slučaju

može vršiti samo Parlamentarna skupština BiH, sukladno sa postupkom propisanim odredbom članka 146. Poslovnika Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine;

- da AJN je također na portalu javnih nabava Bosne i Hercegovine objavila i uputstvo i pojašnjenje u vidu „najčešćih pitanja i odgovora“, kojim potvrđuje stav iznesen u navedenim mišljenjima, te izravno, bez prethodno postavljenih kriterija ili bilo kakvog navođenja i obrazloženja kojim se to povlasticama radi kojima podliježu udruženja, a zbog kojih bi sudjelovanje udruženja u postupku javne nabave bilo u suprotnosti sa načelom zaštite konkurencije (članak 3. ZoJN), ograničila pristup i sudjelovanje udruženja u sustavu javnih nabava u Bosni i Hercegovini;
- da se u svezi navedene problematike, Podnositelj zahjete obratio i organima nadležnim za pitanje poreskog tretmana udruge građana i organu koji je zadužen za sprovođenje ZoJN u Republici Srpskoj, odnosno Ministarstvu financija za izdavanje mišljenja o poreskom tretmanu udruženja i navodnom povoljnijem položaju na tržištu u odnosu na samostalne poduzetnike i gospodarska društva;
- da se Ministarstvo financija Republike Srpske očitovalo se Mišljenjem br. 10.3-04-4/18, od dana 11. ožujka 2019. godine po pitanju obveza plaćanja poreza od strane udruženja, propisanih u Republici Srpskoj, na način da je jasno istaklo da i pravni subjekti koji su registrirani za obavljanje nedobitne djelatnosti, ukoliko vrše djelatnosti na tržišnoj osnovi i ostvaruju prihode iz tržišnih izvora, obveznici su poreza na dobit koju ostvare obavljanjem takve djelatnosti;
- da imajući u vidu da je udruženjima upravo dozvoljeno obavljati gospodarsku djelatnost i na taj način ostvariti dobit, ukoliko takve djelatnosti predstavljaju statutarne djelatnosti i ukoliko stjecanje dobiti nije osnovni cilj udruženja, niti ostvarena dobit može biti isplaćena članovima, jasno proizilazi da ostvareni prihodi u slučaju obavljanja privredne djelatnosti po osnovu izbora ponude udruženja u postupku javne nabave ne podliježe poreskim olakšicama, na kojima insistiraju AJN i KRŽ, bez obrazlaganja istih ili pravilnog tumačenja poreskih propisa Republike Srpske, a u smislu kršenja općih principa o zaštiti pravične konkurencije u postupku javnih nabava;
- da u svezi navedenog AJN i KRŽ uopće ne navode o kojim konkretno povlasticama se radi, već upravo suprotno ističu da jeste točno da udruženja mogu obveznici izravnih i neizravnih poreza, po temelju tržišnih prihoda. Ukoliko bi se poreske ili carinske povlastice imale smatrati ključnim pri odluci o pravu sudjelovanja u postupku javne nabave, značajan problem bi predstavljalo i sudjelovanje ostalih pravnih formi kojima je trenutno omogućen pristup javnim nabavama;
- da u svezi navedenog uzimajući u obzir sve navedeno kao sporno proizilazi pitanje tumačenje članka 3. ZoJN kojom su propisani opći principi pravične konkurencije na kojima se temelji sustav javnih nabava u svezi sa tumačenjem pojma *gospodarskog subjekta* sukladno sa ZoJN. Naime, ovom odredbom propisuje se obveza ugovornih organa da u postupcima javnih nabava kandidate/ponuđače tretiraju jednako i nediskriminirajuće, na način da se osigura pravična i aktivna konkurencija, s ciljem najučinkovitijeg korištenja javnih sredstava u svezi s predmetom nabave i njegovom svrhom;
- da kao što je navedeno u Odlukama Suda BiH u više upravnih sporova koji su pred ovim sudom vođeni protiv KRŽ, uskim tumačenjem pojma gospodarski subjekt, na način da se isti ograniči na gospodarska društva (ne gospodarske subjekte) i samostalne poduzetnike, koji su registrirani sukladno sa Zakonom o gospodarskim društvima/odnosno drugim mjerodavnim propisima kojima je propisana odgovarajuća registracija samostalnih poduzetnika, upravo se narušava načelo pravične i aktivne konkurencije na kojem se temelji sustav javnih nabava u Bosni i Hercegovini, pogotovo imajući u vidu da ZoJN i ne propisuje ovakvo ograničenje upravo iz razloga što postoje različiti oblici organiziranja (samostalni poduzetnici-fizičke osobe, koja organiziraju rad sopstvenim sredstvima, i ishoduju odobrenja od nadležnih gradskih, općinskih organa ili drugih organa - trgovci, frizeri, mehaničari, ugostitelji, prijevoznici i ostale zanatlije, gospodarska društva organizirana u jednoj od pravnih formi predviđenih Zakonom o gospodarskim društvima - d.0.0., a.d., o.d., k.d.,

građani ili gospodarstvenici koji su udružili rad i sredstva u vidu kooperativnog odnosa ili kao formiranja udruženja građana, poljoprivredne i zemljoradničke zadruge i drugi oblici udruživanja;

- da zastupati stav da je određenim oblicima naprijed pomenutih oblika organizovanja ograničen, odnosno onemogućen pristup i sudjelovanje u postupku javnih nabava, upravo je suprotno namjeri zakonodavca da obezbijedi pravičnu i aktivnu konkurenciju, te nediskriminirajući i jednak tretman sudionicima u postupku javnih nabava, ali i namjeri zakonodavca da osigura izbor najpovoljnijeg ponuđača s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u svezi s predmetom nabave i njegovom svrhom;
- da tvrditi da je za sudjelovanje u postupku javnih nabava neophodna registracija gospodarskog subjekta u Registru poslovnih subjekata, suprotno je i kontradiktorno ostalim navodima Ministarstva i KRŽ, iz razloga što i samostalni poduzetnici također nisu upisani u Registar poslovnih subjekata, već u Registar poduzetnika, kao što ni odvjetnici koji se u poreskom smislu imaju tretirati kao samostalni poduzetnici, nisu upisani niti u jedan od pomenuta dva registra, već u Imenik odgovarajuće odvjetničke komore, a također kao i samostalnim poduzetnicima nije im onemogućen pristup i sudjelovanje u sustavu javnih nabava;
- da također, kao što i KRŽ u predmetnim rješenjima ocjenjuje nespornim, udruženja mogu obavljati gospodarsku djelatnost ukoliko stjecanje dobiti nije osnovni statutarini cilj udruženja. Ostvarivanje dobiti, odnosno višak prihoda na rashodima u slučaju udruženja podliježe ograničenju da ne može biti raspoređen članovima udruženja, već usmjeren u ostvarivanje ciljeva i aktivnosti udruženja utvrđenih njihovim statutom. Iz navedenog također proizilazi da udruženja mogu stjecati dobit, sa odgovarajućim ograničenjima po pitanju raspodjele iste, te argument na koji se poziva ugovorni organ, AJN i KRŽ da udruženja ne mogu biti ponuđač u postupku javne nabave kao neprofitne organizacije nije osnovan niti predstavlja opravdan osnov za usko tumačenje pojma gospodarski subjekt koje je suprotno sa općim principima utvrđenim u članku 3. ZoJN;
- da pored ograničenja obavljanja gospodarske djelatnosti koje se odnosi na okolnost da obavljanje gospodarske djelatnosti ne smije da bude temeljni statutarini cilj udruženja, udruženja i fondacije također smiju obavljati samo one gospodarske djelatnosti koje su neposredno povezane sa ostvarivanjem njihovih osnovnih statutarinih ciljeva i aktivnosti srodne gospodarske djelatnosti bez obveze formiranja posebne pravne osobe. Upravo ovo pravilo koje je jasno uspostavljeno Zakonom o udruženjima i fondacijama Republike Srpske, ukazuje na neutemeljeno ograničavanje pristupa sustavu i udjela udruženja u postupcima javni nabava koje sprovode AJN i KRŽ;
- da odbijanjem žalbi Podnositelja zahtjeva i zastupanjem stava da udruženja i fondacije ne mogu biti ponuđači u postupcima javnih nabava, KRŽ i AJN upravo ograničavaju pravičnu konkurenciju i pristup tržištu javni nabava udruženja koja mogu obavljati gospodarsku djelatnost prevođenja dokumenata, koja je između ostalih Statutom Udruženja prevodioca Republike Srpske propisana kao jedna od osnovnih statutarinih aktivnosti Podnositelja zahtjeva (članak 4. Statuta udruženja);
- da je sporno pitanje tumačenja pojma gospodarskog subjekta propisanog Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. Ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, raspravljao je Europski sud pravde u predmetu br. C-305/08 CoNISMa Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) protiv Regione Marche, u kojem postupku je donio Presudu, od dana 23. prosinca 2009. po Zahtjevu za prethodnu odluku;
- da je ZoJN upravo donesen kako bi se izvršilo usklađivanje bosanskohercegovačkog zakonodavstva u oblasti javnih nabava, a sukladno obvezama koje je Bosna i Hercegovina preuzela zaključivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa EU prema kojem se od Bosne i Hercegovine zahtijeva da postepeno prilagođava svoje zakonodavstvo pravnoj stečevini EU (Acquis communautaire). Kako je pojam gospodarskog subjekta propisan člankom 2. stavak (1) točka c) ZoJN, propisan

(odnosno prepisan) na temelju danog pojma odredbe članka 1(2)(a) i (8) navedene direktive EU - „economic operator“, pojam gospodarskog subjekta u svjetlu zaštite pravične i aktivne konkurencije, odnosno općih principa iz odredbe članka 3. ZoJN ne može se tumačiti, ne uzimajući u obzir tumačenje i primjene danog pojma iz navedene direktive u EU i prakse koju je po ovom pitanju uspostavio Europski sud pravde i drugi nadležni organi EU;

- da također, praksa Europskog suda pravde po pitanju zaštite i promocije konkurencije tržišta, značajna je prilikom postupanja i odlučivanja Konkurencijskog vijeća, imajući u vidu odredbu članka 43. stavak (7) Zakona o konkurenciji, kojom je propisano da Konkurencijsko vijeće se može koristiti sudskom praksom Europskog suda pravde radi ocjene danog slučaja, kao i odlukama Europske komisije. U svjetlu naprijed navedenog, a u svezi sa tumačenjem pojma gospodarski subjekt iz aspekta zaštite konkurencije u Bosni i Hercegovini, a nastavku donosimo pregled i suštinske stavove koje je Europski sud pravde zauzeo u Odluci ESP;
- da je do ovog predmeta došlo zbog odluke italijanskog ugovornog organa da isključi grupu neprofitnih organizacija iz postupka dodjele ugovora. Predmet se odnosio na poziv za dostavljanje ponude koji je objavio Regione Marche za ugovor o pružanju usluga pomorskih i seizmičkih podataka i tome srodnih aktivnosti. CoNISM-a je bila grupa od 14 univerziteta i vladinih ministarstava koja je željela dostaviti ponudu. Regione Marche je smatrao da italijansko zakonodavstvo isključuje ovu vrstu tijela iz onih koji se mogu prijaviti na poziv za dodjelu ugovora javne nabave. Stoga je isključio CoNISM-a iz procesa nabave, protiv koje odluke je CoNISM-a uložila žalbu;
- da je Europski sud pravde zauzeo stav da članak 45. direktive ne sprječava grupu (konzorcij) ove vrste da sudjeluje u postupku javne nabave. Sud u Odluci ESP navodi da postoji podobnost za sudjelovanje čak i kada je grupa (konzorcij) pretežito neprofitna i nema organiziranu poslovnu strukturu niti redovito prisustvo na tržištu. Nadalje, se navodi da „zakonodavstvo EU nema namjeru ograničavati koncept 'gospodarskog subjekta koji nudi svoje usluge na tržištu samo na subjekte koji su strukturisani kao gospodarsko društvo niti da nameće posebne uvjete koji mogu, od samog početka, ograničiti pristup tenderskim postupcima na temelju pravnog oblika i unutarnje organizacije subjekta" (točka 35. Odluke ESP). Sud je također ocijenio da navedena direktiva (sukladno sa kojom je usvojen ZoJN) isključuje tumačenje nacionalnog zakonodavstva poput onog koje se razmatralo u ovom predmetu, a koje zabranjuje organizacijama poput univerziteta i istraživačkih instituta, koji primarno djeluju neprofitno, da sudjeluju u postupcima javnih nabava;
- da iako je ugovorni organ odluku da onemogućiti sudjelovanje udruženju neprofitnih organizacija u postupku javne nabave temeljio na obrazloženju da bi se takvim sudjelovanjem neprofitna organizacija stavila u povoljniji položaj u odnosu na druge ponuđače imajući u vidu olakšice zbog javnog financiranja takve neprofitne organizacije (točka 23. Odluke ESP), sud je prije svega ukazao na primarnu svrhu EU zakonodavstva u oblasti javnih nabava da se osigura što veće otvaranje tržišne konkurencije, koje podrazumijeva što širi i sveobuhvatniji pristup ponuđačima raspisanim pozivima za dodjelu ugovora o javnoj nabavi. Pored ovog aspekta, sud ukazuje i na svrsishodnost ovog koncepta u pogledu koristi samog ugovornog organa, kojem je na taj način obezbijedena mogućnost što šireg izbora pri odabiru najadekvatnije ponude za raspisanu javnu nabavu (točka 37. Odluke ESP);
- da imajući u vidu da svoje odluke u predmetnim postupcima, KRŽ i ugovorni organi zasnivaju na obrazloženju da bi sudjelovanje udruženja narušilo tržišnu konkurenciju u smislu odredbe članka 3. ZoJN, te da se na ovakvoj ocjeni temelje i gore navedena mišljenja AJN (točka 3. Zahtjeva), smatraju neophodnim da Konkurencijsko vijeće donese mišljenje o tumačenju koncepta gospodarskog subjekta sa aspekta zaštite i promocije konkurencije, sukladno nadležnostima propisanim odredbom članka 25. stavak (1) točka f. Zakona o konkurenciji;
- da mišljenje Konkurencijskog vijeća o pravu udruženja da sudjeluju u postupku javnih nabava sa aspekta zaštite i promocije aktivne i pravične konkurencije, prije svega je jedino mjerodavno s obzirom na zakonom povjerenu isključivu nadležnost i

ovlasti Konkurencijskog vijeća da odlučuje o pitanjima konkurencije u Bosni i Hercegovini;

- da također, u cijelosti suprotne ocjene Suda BiH na jednoj strani i organa nadležnih za praćenje primjene ZoJN (AJN i KRŽ) po pitanju narušavanja konkurencije tržišta sudjelovanjem udruženja u postupcima javne nabave, ukazuju na potrebu izjašnjavanja Konkurencijskog vijeća po ovom pitanju, pogotovo imajući u vidu da sadašnja praksa ugovornih organa, AJN i KRŽ u Bosni i Hercegovini odstupa od jasno utvrđene prakse EU u aspektima zaštite konkurencije tržišta javnih nabava;
- da u svjetlu prethodno navedenog, ističu i Mišljenje Konkurencijskog vijeća po Zahtjevu AJN na „Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavama“, br. 01-26-7-018-4/19, od dana 6. veljače 2020. godine, u kojem je Konkurencijsko vijeće jasno ukazalo na potrebu da se razgraniče nadležnosti za postupanje između ugovornog organa i Konkurencijskog vijeća;
- da u predmetnom mišljenju Konkurencijsko vijeće eksplicitno navodi: „Također, napominjemo da ukoliko u tijeku provođenja postupka javne nabave ugovorni organi i gospodarski subjekti (ponuđači) koji sudjeluju u postupku javne nabave sumnjaju na eventualno narušavanje tržišne konkurencije, potrebno je da o istom obavijeste Konkurencijsko vijeće. Zakonom je eksplicitno dana nadležnost Konkurencijskom vijeću za postupanje kod narušavanja tržišne konkurencije na mjerodavnom tržištu“;
- da uz navedeni zahtjev dostavljaju mjerodavnu dokumentaciju koja se odnosi na navedenu problematiku (statut Udruženja, presude Suda BiH, Rješenja KRŽ i dr.).

Iz naprijed navedenih razloga Podnositelj zahtjeva se obraća Konkurencijskom vijeću, shodno odredbi članka 25. stavak (1) točka f, sa Zahtjevom za davanje mišljenja o slijedećim spornim pitanjima:

1. *Da li je tumačenje pojma „gospodarski subjekt“ koji propisuje odredba članka 2. stavak (1) točka c. ZoJN na način da isti isključuje udruženja i organizacije koje su registrirane sukladno Zakonu o udruženjima i fondacijama Republike Srpske, u suprotnosti sa općim principima o zaštiti tržišne konkurencije utvrđenim odredbom članka 3. Zakona o javnim nabavama, odredbama Zakona o konkurenciji i propisima i praksi Europske unije u oblasti zaštite tržišne konkurencije u postupcima javnih nabava?*
2. *Da li bi sudjelovanje pravnih subjekata, koji mogu obavljati djelatnost kojom se stiče dobit (gospodarsku djelatnost) ukoliko stjecanje dobiti nije osnovni statutarni cilj istih, u postupcima javnih nabava u Bosni i Hercegovini, predstavljalo narušavanje tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini, suprotno načelu jednakog i nediskriminatornog tretmana sudionika u postupku javnih nabava, sukladno stavovima i praksom organa nadležnih za provođenje Zakona o javnim nabavama, AJN i KRŽ?*
3. *Da li je a priori onemogućavanje sudjelovanja udruženja i drugih pravnih subjekata čija osnovna svrha nije stjecanje dobiti u postupcima javnih nabava u Bosni i Hercegovini, bez prethodnog razmatranja danih okolnosti i specifičnosti takvog pravnog subjekta i bez jasno postavljenih kriterija i uvjeta pod kojim bi ovakvi pravni subjekti mogli sudjelovati u postupku javnih nabava, u suprotnosti sa općim principima zaštite tržišne konkurencije, shodno primjenjivim propisima Bosne i Hercegovine, i načelom jednakog tretmana, načelom zabrane diskriminacije i obezbjeđenja otvaranja javnih nabava konkurentnosti, utemeljenih u uvodnoj izjavi točka 2. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ?*

Imajući u vidu naprijed navedeno potrebno je istaći da je Konkurencijsko vijeće nadležno da, sukladno članku 25. stavak (1) propisuje i daje tumačenje općih i posebnih definicija konkurencijskih pojmova te daje mišljenja i preporuke o bilo kojem aspektu konkurencije, po službenoj dužnosti ili na zahtjev državnog organa, gospodarskog subjekta ili društva.

Također, Konkurencijsko vijeće je sukladno članku 25. stavak (2) Zakona nadležno da na nacрте, prijedloge zakona i drugih propisa iz oblasti koje imaju utjecaja na tržišnu konkurenciju daje mišljenje o njihovoj usklađenosti sa Zakonom.

Na navedeni ZoJN Konkurencijsko vijeće nije dobilo zahtjev za davanje mišljenja o njihovoj usklađenosti sa Zakonom o konkurenciji prije nego što je isti usvojen, kako je to i propisano naprijed navedenim članom.

Shodno tome, Konkurencijsko vijeće smatra da pitanje tumačenje pojma “gospodarski subjekt” propisan člankom 2. stavak 1. točka c) ZoJN i da li je u suprotnosti sa općim principima o zaštiti tržišne konkurencije utvrđenim odredbom članka 3. ZoJN, odredbama Zakona o konkurenciji i propisima i praksom Europske unije u oblasti zaštite tržišne konkurencije u postupcima javnih nabava ne spada u nadležnosti Konkurencijskog vijeća propisane Zakonom o konkurenciji, odnosno Konkurencijsko vijeće ne može ulaziti u tumačenja odredbi sadržanih u ZoJN, njihovu usklađenost sa Zakonom o konkurenciji, kao ni stavove i praksu AJN i KRŽ.

Zakonom o konkurenciji je eksplicitno dana nadležnost Konkurencijskom vijeću za postupanje kod narušavanja tržišne konkurencije na mjerodavnom tržištu, odnosno kada gospodarski subjekti svojim sudjelovanjem i djelovanjem na tržištu sprječavaju, ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenciju u smislu odredbi članka 4. i 10. Zakona o konkurenciji

Ovo mišljenje je dano isključivo na temelju podataka navedenih u Zahtjevu, te ukoliko dani podatci odstupaju od stvarnog činjeničnog stanja ovo mišljenje se ne može primijeniti.

Predsjednik

dr. Stjepo Pranjić

Dostaviti:

- Podnositelju zahtjeva
- posmohrana Konkurencijskog vijeća