

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

М И Ш Љ Е Њ Е

**по Захтјеву Удружења судских тумача Републике Српске, Алеја светог Саве
26, 78000 Бања Лука**

**Сарајево
септембар, 2020. године**



Број: 01-26-7-12-2/20
Сарајево, 23.09.2020. године

На основу члана 25. став (1) тачка ф) Закона о конкуренцији („Службени гласник БиХ“, бр. 48/05, 76/07 и 80/09), а по Захтјеву за давање мишљења Удружења судских тумача Републике Српске, Алеја светог Саве 26, 78000 Бања Лука, заступаног по пуномоћнику Невени Томић Лучић, адвокату из Бањалуке, Војводе Радомира Путника 11 и Нихаду Сијерчићу, адвокату из Сарајева, Фра Анђела Звиздовића 1, примљеног од стране Конкurreнџијског савјета дана 01.09.2020. године под бројем: 01-26-7-12-1/20, Конкurreнџијски савјет, на 73. (седамдесеттрећој) сједници одржаној дана 23.09.2020. године, донио је

МИШЉЕЊЕ

Удружење судских тумача Републике Српске, Алеја светог Саве 26, 78000 Бања Лука, (у даљем тексту: Подносилац захтјева или Удружење) заступан по пуномоћнику Невени Томић Лучић, адвокату из Бањалуке, Војводе Радомира Путника 11 и Нихаду Сијерчићу, адвокату из Сарајева, Фра Анђела Звиздовића 1, поднио је Конкurreнџијском савјету Захтјев за давање мишљења (у даљем тексту: Захтјев), за примљен дана 01.09.2020. године под бројем: 01-26-7-12-1/20.

Подносилац захтјева тражи мишљење од Конкurreнџијског савјета о дозвољености, односно праву учешћа удружења у поступку јавних набавки у Босни и Херцеговини, са аспекта тржишне конкуренције.

Наиме, имајући у виду чињенично стање у вези са учешћем Подносиоца захтјева у више поступака јавних набавки, спроведених од стране уговорних органа у Босни и Херцеговини у складу са Законом о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“, бр. 39/14) (у даљем тексту: ЗоЈН), а које је претходило спорном питању и тумачењу одредби ЗоЈН и Закона о конкуренцији, Подносилац захтјева између осталог наводи сљедеће:

- да је Министарство правде Босне и Херцеговине (у даљем тексту :Министарство) дана 10. јануара 2017. године покренуло конкurreнџијски поступак набавке услуга превођења и извршило објаву дана 14. фебруара 2018. године на порталу јавних набавки Агенције за јавне набавке Босне и Херцеговине (у даљем тексту: АЈН) и упутило позив понуђачима на три различите адресе за учешће у предметној набавки. Након извршеног увида у пристигле понуде и документацију, у које је спадала и понуда пристигла од стране Подносиоца захтјева, надлежна комисија за провођење јавних набавки Министарства, констатовала је да Подносилац захтјева не испуњава услове, прописане одредбом члана 2. став (1) ЗоЈН-а, којом је прописано да у поступку јавних набавки може учествовати понуђач који је привредни субјекат. Сходно образложењу надлежне комисије Министарства, Подносилац захтјева није регистрован као привредни субјекат, него као непрофитна организација „удружење грађана“;
- да против наведене одлуке Министарства, Подносилац захтјева је дана 15. фебруара 2017. године изјавио жалбу Канцеларији за разматрање жалби Босне и

Херцеговине (у даљем тексту: КРЖ), која је поступајући по жалби Подносиоца захтјева донијела Рјешење бр. ЈН2-01-07-1-117-8/17, дана 30. марта 2017. године којим је одбила жалбу Подносиоца захтјева као неосновану. Између осталих навода, КРЖ је у Рјешењу истакнула да према дефиницији појма привредни субјекат у складу са одредбом члана 2. став (1) тачка ц) ЗоЈН-а у поступку јавних набавки у Босни и Херцеговини може учествовати правно или физичко лице или група лица, који на тржишту нуде робе, услуге и/или радове, а регистровани су за обављање предметне дјелатности те да је у складу са Законом о привредним друштвима Републике Српске привредно друштво правна особа коју оснивају правна или физичка лица ради обављања дјелатности у циљу стицања добити и које друштво се у складу са Законом о регистрацији пословних субјеката Републике Српске уписује у Регистар пословних субјеката;

- да такође, КРЖ у образложењу Рјешења истиче и одредбу члана 2. став (1) Закона о удружењима и фондацијама Републике Српске, према којој основна сврха оснивања удружења није стицање добити, те да се уговор о јавној набавци у складу са одредбом члана 2 став (1) тачка а) закључује као уговор са финансијским интересом и има за циљ набавку робе, услуга или извођење радова. Иако КРЖ у Рјешењу утврђује да није спорно да Подносилац захтјева може обављати привредну дјелатност у складу са Законом о удружењима и фондацијама, а која је непосредно везано са основним статутарним циљевима и активностима удружења - сродне привредне дјелатности, те да може уредно платити пореске обавезе из директних и индиректних пореза - КРЖ сматра да понуђач у смислу члана 2. став (1) тачка ц) мора бити привредни субјекат који је регистрован за обављање предметне дјелатности;
- да надаље, КРЖ у Рјешењу наводи да би избором удружења које није регистровано за обављање привредне дјелатности у складу са Законом о привредним друштвима или на начин како се региструје физичко лице као самостални предузетник као квалификованог и најповољнијег понуђача у поступку јавних набавки било повријеђено начело правичне конкуренције, односно једнаког третмана, с обзиром да удружења за разлику од регистрованих привредних друштава и самосталних предузетника не подлијежу плаћању обавеза којима привредна друштва/самостални предузетници подлијежу. Овакав став у погледу учешћа удружења и Подносиоца захтјева у поступку јавних набавки, КРЖ потврђује и одлуком о жалби Подносиоца захтјева у поступку бр. ЈН-01-07-1-175-7/18, којом такође одбија жалбу Подносиоца захтјева из напријед наведених разлога;
- да Подносилац захтјева против Рјешења благовремено покрене управни спор пред Судом Босне и Херцеговине, који је испитујући правилност и законитост оспореног Рјешења, исто поништио, уважио жалбу и предмет вратио КРЖ-у на провођење поновног поступка и доношење правилне и законите одлуке у складу са примједбама датим у Пресуди Суда БиХ бр. Сл 3 У 025137 17 У, од дана 28. новембра 2018. године. У Пресуди, суд оцјењује да је КРЖ доношењем оспореног Рјешења повриједила основне принципе из одредбе члана 3. ЗоЈН којом је прописано: *„Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом. Општи принципи обавезно се примјењују и поштују и у поступку правне заштите“*, да су погрешно примијенили одредбу члана 2. став 1. тачке ц) истог Закона;
- да је Суд БиХ у Пресуди указао на чињеницу да се систем јавних набавки заснива на циљу да се предузму све мјере, потребне како би се обезбиједила правична и активна конкуренција међу потенцијалним учесницима, уз остваривање једнаког третмана, недискриминирања и транспарентности. Суд БиХ је указао на одредбу члана 4. став 1. Закона о удружењима и фондацијама

Републике Српске којом је прописано да иста могу обављати дјелатности којима се стиче добит, једино ако стицање добити није основни статутарни циљ удружења. Према оцјени суда, ниједна одредба ЗоЈН не ограничава појам привредни субјекат на субјекте регистроване ради стицања добити и према одредбама и условима прописаним Законом о привредним друштвима, обзиром да ЗоЈН као *lex specialis* нити једном одредбом не прописује да се као понуђачи могу пријавити само друштва регистрована у складу са Законом о привредним друштвима, те да је овако уско тумачење појма привредни субјекат супротно општим принципима прописаним одредбом члана 3. ЗоЈН. У контексту ових навода Суд између осталог цитира законодавство Европске уније и праксу Европског суда правде, преваходно Одлуку овог суда бр. ЕУ:Ц:200г:807;

- да је у поновљеном поступку КРЖ дана 21. децембра 2018. године донијела ново Рјешење бр. ЈН2-01-07-1-730-4/18, којим је поновно одбила жалбу Подносиоца захтјева, уз образложење да је погрешан став Суда БиХ у Пресуди, те између осталог поново наглашава да Подносилац захтјева није привредно друштво уписано у Регистар пословних субјеката, те као непрофитна организација ужива одређене повластице, а из чега произилази да би избором удружења као квалификованог и најповољнијег понуђача били прекршени општи принципи заштите конкуренције утврђени одредбом члана 3. ЗоЈН;
- да у прилог горе наведеног потврђује и више пресуда донесених од стране Суда БиХ након спроведених управних спорова по тужбама Подносиоца захтјева које су садржајно и суштински идентичне, те указују да је КРЖ доношењем оспореног Рјешења повриједила основне принципе из одредбе члана 3. ЗоЈН и да између осталог у Пресудама истиче да је неодрживо становиште КРЖ исказано у оспореним актима, према којем је право на учешће у поступку јавних набавки, условљено околношћу да ли је понуђач профитна или непрофитна организација;
- да према налазима суда, нити једна одредба ЗоЈН не ограничава појам „привредни субјекат“ на субјекте регистроване према условима и одредбама Закону о привредним друштвима РС. Овакво становиште и поступање КРЖ-а је према налазу Суда БиХ супротно обавези транспарентног поступања без дискриминације и ограничавања конкуренције на тржишту јавних набавки Босне и Херцеговине. у којем контексту указује на и цитира законодавство Европске уније и праксу Европског суда правде;
- да је АЈН који је надлежан и између осталог за пружање техничке помоћи и савјетодавних мишљења уговорним органима и понуђачима у вези с правилном примјеном овог закона и подзаконских аката, у складу са чланом 92. став (3) тачка д) ЗоЈН, у току трајања неколико поступака јавних набавки издало мишљења уговорним органима у вези са правом учешћа удружења у поступку јавних набавки;
- да у Мишљењу АЈН по предметном спорном питању, од дана 29. децембра 2016. године бр. 03-02-1-5536-7-16, а које наводе цитира и позива се на исте КРЖ у Рјешењу од дана 21. децембра 2018. године, АЈН истиче да се удружења грађана на тржишту не могу појављивати у улози понуђача, као и да је јасно да Подносилац захтјева у смислу Закона о порезу на добит нема пореске повластице, уколико врши дјелатност на тржишној основи и по том основу остварује приходе из тржишних извора;
- да се надаље у Мишљењу истиче да удружења грађана када нису регистрована као привредни субјекат су непрофитне организације и као такве уживају одређене повластице, а то директно у случају да њихова понуда буде изабрана као најповољнија доводи до дискриминације понуђача и кршења општих принципа о правичној конкуренцији утемељених у члану 3. став (1) ЗоЈН;
- да такође, АЈН у Мишљењу издатом дана 28. јуна 2018. године бр. 03-02-1-2458- 2/18, а чије наводе КРЖ такође цитира и цијени као релевантне у рјешавању жалбе Подносица захтјева у предмету бр. ЈХ2-03-07-1-984-9/18 истиче да удружења грађана и фондације по свом карактеру не могу на

тржишту нудити робе, услуге и радове нити закључивати уговоре са финансијским интересом, дакле не могу учествовати у поступцима јавне набавке као понуђачи;

- да сматрају да су овакви ставови АЈН у потпуној супротности са Законом о удружењима и фондацијама по питању обављања привредне дјелатности а којима АЈН у потпуности занемарује и погрешно примјење одредбе овог закона и ЗоЈН, нејасно је и по којем основу АЈН може бити надлежна за тумачење одредбе било којег закона са аспекта заштите конкуренције на тржишту Босне и Херцеговине, када је то улога Конкуренцијског савјета;
- да осим наведеног, сматрају да мишљење АЈН не би требало бити обавезујуће имајући у виду да је јасно да аутентично тумачење нејасних одредби закона у овом случају може вршити само Парламентарна скупштина БиХ, у складу са поступком прописаним одредбом члана 146. Пословника Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине;
- да АЈН је такође на порталу јавних набавки Босне и Херцеговине објавила и упутство и појашњење у виду „најчешћих питања и одговора“, којим потврђује став изнесен у наведеним мишљењима, те директно, без претходно постављених критеријума или било каквог навођења и образложења којим се то повластицама ради којима подлијежу удружења, а због којих би учешће удружења у поступку јавне набавке било у супротности са начелом заштите конкуренције (члан 3. ЗоЈН), ограничила приступ и учешће удружења у систему јавних набавки у Босни и Херцеговини;
- да се у вези наведене проблематике, Подносилац захјтева обратио и органима надлежним за питање пореског третмана удружења грађана и органу који је задужен за спровођење ЗоЈН у Републици Српској, односно Министарству финансија за издавање мишљења о пореском третману удружења и наводном повољнијем положају на тржишту у односу на самосталне предузетнике и привредна друштва;
- да се Министарство финансија Републике Српске читовало се Мишљењем бр. 10.3-04-4/18, од дана 11. марта 2019. године по питању обавеза плаћања пореза од стране удружења, прописаних у Републици Српској, на начин да је јасно истакло да и правни субјекти који су регистровани за обављање недобитне дјелатности, уколико врше дјелатности на тржишној основи и остварују приходе из тржишних извора, обвезници су пореза на добит коју остваре обављањем такве дјелатности;
- да имајући у виду да је удружењима управо дозвољено обављати привредну дјелатност и на тај начин остварити добит, уколико такве дјелатности представљају статутарне дјелатности и уколико стицање добити није основни циљ удружења, нити остварена добит може бити исплаћена члановима, јасно произилази да остварени приходи у случају обављања привредне дјелатности по основу избора понуде удружења у поступку јавне набавке не подлијеже пореским олакшицама, на којима инсистирају АЈН и КРЖ, без образлагања истих или правилног тумачења пореских прописа Републике Српске, а у смислу кршења општих принципа о заштити правичне конкуренције у поступку јавних набавки;
- да у вези наведеног АЈН и КРЖ уопште не наводе о којим конкретно повластицама се ради, већ управо супротно истичу да јесте тачно да удружења могу обвезници директних и индиректних пореза, по основу тржишних прихода. Уколико би се пореске или царинске повластице имале сматрати кључним при одлуци о праву учешћа у поступку јавне набавке, значајан проблем би представљало и учешће осталих правних форми којима је тренутно омогућен приступ јавним набавкама;
- да у вези наведеног узимајући у обзир све наведено као спорно произилази питање тумачење члана 3. ЗоЈН којом су прописани општи принципи правичне конкуренције на којима се заснива систем јавних набавки у вези са тумачењем појма *привредног субјекта* у складу са ЗоЈН. Наиме, овом одредбом прописује

се обавеза уговорних органа да у поступцима јавних набавки кандидате/понуђаче третирају једнако и недискриминирајуће, на начин да се осигура правична и активна конкуренција, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом;

- да као што је наведено у Одлукама Суда БиХ у више управних спорова који су пред овим судом вођени против КРЖ, уским тумачењем појма привредни субјекат, на начин да се исти ограничи на привредна друштва (не привредне субјекте) и самосталне предузетнике, који су регистровани у складу са Законом о привредним друштвима/односно другим релевантним прописима којима је прописана одговарајућа регистрација самосталних предузетника, управо се нарушава начело правичне и активне конкуренције на којем се заснива систем јавних набавки у Босни и Херцеговини, поготово имајући у виду да ЗоЈН и не прописује овакво ограничење управо из разлога што постоје различити облици организовања (самостални предузетници-физичка лица, која организују рад сопственим средствима, и исходују одобрења од надлежних градских, општинских органа или других органа - трговци, фризерски, механичари, угоститељи, превозници и остале занатлије, привредна друштва организована у једној од правних форми предвиђених Законом о привредним друштвима - д.О.О., а.д., о.д., к.д., грађани или привредници који су удружили рад и средства у виду кооперативног односа или као формирања удружења грађана, пољопривредне и земљорадничке задруге и други облици удруживања;
- да заступати став да је одређеним облицима напријед поменутих облика организовања ограничен, односно онемогућен приступ и учешће у поступку јавних набавки, управо је супротно намјери законодавца да обезбиједи правичну и активну конкуренцију, те недискриминирајући и једнак третман учесницима у поступку јавних набавки, али и намјери законодавца да осигура избор најповољнијег понуђача с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом;
- да тврдити да је за учешће у поступку јавних набавки неопходна регистрација привредног субјекта у Регистру пословних субјеката, супротно је и контрадикторно осталим наводима Министарства и КРЖ, из разлога што и самостални предузетници такође нису уписани у Регистар пословних субјеката, већ у Регистар предузетника, као што ни адвокати који се у пореском смислу имају третирати као самостални предузетници, нису уписани нити у један од поменута два регистра, већ у Именик одговарајуће адвокатске коморе, а такође као и самосталним предузетницима није им онемогућен приступ и учешће у систему јавних набавки;
- да такође, као што и КРЖ у предметним рјешењима оцјењује неспорним, удружења могу обављати привредну дјелатност уколико стицање добити није основни статутарни циљ удружења. Остваривање добити, односно вишак прихода на расходима у случају удружења подлијеже ограничењу да не може бити распоређен члановима удружења, већ усмјерен у остваривање циљева и активности удружења утврђених њиховим статутом. Из наведеног такође произилази да удружења могу стицати добит, са одговарајућим ограничењима по питању расподеле исте, те аргумент на који се позива уговорни орган, АЈН и КРЖ да удружења не могу бити понуђач у поступку јавне набавке као непрофитне организације није основан нити представља оправдан основ за уско тумачење појма привредни субјекат које је супротно са општим принципима утврђеним у члану 3. ЗоЈН;
- да поред ограничења обављања привредне дјелатности које се односи на околност да обављање привредне дјелатности не смије да буде основни статутарни циљ удружења, удружења и фондације такође смију обављати само оне привредне дјелатности које су непосредно повезане са остваривањем њихових основних статутарних циљева и активности сродне привредне дјелатности без обавезе формирања посебног правног лица. Управо ово правило које је јасно успостављено Законом о удружењима и фондацијама Републике

- Српске, указује на неосновано ограничавање приступа систему и учешћа удружења у поступцима јавни набавки које спроводе АЈН и КРЖ;
- да одбијањем жалби Подносиоца захтјева и заступањем става да удружења и фондације не могу бити понуђачи у поступцима јавних набавки, КРЖ и АЈН управо ограничавају правичну конкуренцију и приступ тржишту јавних набавки удружења која могу обављати привредну дјелатност превођења докумената, која је између осталих Статутом Удружења преводиоца Републике Српске прописана као једна од основних статутарних активности Подносиоца захтјева (члан 4. Статута удружења);
 - да је спорно питање тумачења појма привредног субјекта прописаног Директивом Европског парламента и Савјета 2004/18/ЕЗ од 31. марта 2004. о усклађивању поступака за склапање уговора о јавним радовима, уговора о јавној набавци робе те уговора о јавним услугама, расправљао је Европски суд правде у предмету бр. Ц-305/08 *CoNISMa Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)* против *Regione Marche*, у којем поступку је донио Пресуду, од дана 23. децембра 2009. по Захтјеву за претходну одлуку;
 - да је ЗоЈН управо донесен како би се извршило усклађивање босанскохерцеговачког законодавства у области јавних набавки, а у складу са обавезама које је Босна и Херцеговина преузела закључивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ према којем се од Босне и Херцеговине захтијева да постепено прилагођава своје законодавство правној стечевини ЕУ (*Acquis communautaire*). Како је појам привредног субјекта прописан чланом 2. став (1) тачка ц) ЗоЈН, прописан (односно преписан) на основу датог појма одредбе члана 1(2)(а) и (8) наведене директиве ЕУ - „*economic operator*”, појам привредног субјекта у свјетлу заштите правичне и активне конкуренције, односно општих принципа из одредбе члана 3. ЗоЈН не може се тумачити, не узимајући у обзир тумачење и примјене датог појма из наведене директиве у ЕУ и праксе коју је по овом питању успоставио Европски суд правде и други надлежни органи ЕУ;
 - да такође, пракса Европског суда правде по питању заштите и промоције конкуренције тржишта, значајна је приликом поступања и одлучивања Конкуренцијског савјета, имајући у виду одредбу члана 43. став (7) Закона о конкуренцији, којом је прописано да Конкуренцијски савјет се може користити судском праксом Европског суда правде ради оцјене датог случаја, као и одлукама Европске комисије. У свјетлу напријед наведеног, а у вези са тумачењем појма привредни субјекат из аспекта заштите конкуренције у Босни и Херцеговини, у наставку доносимо преглед и суштинске ставове које је Европски суд правде заузео у Одлуци ЕСП;
 - да је до овог предмета дошло због одлуке италијанског уговорног органа да искључи групу непрофитних организација из поступка додјеле уговора. Предмет се односио на позив за достављање понуде који је објавио *Regione Marche* за уговор о пружању услуга поморских и сеизмичких података и томе сродних активности. *CoNISMa* је била група од 14 универзитета и владиних министарстава која је жељела доставити понуду. *Regione Marche* је сматрао да италијанско законодавство искључује ову врсту тијела из оних који се могу пријавити на позив за додјелу уговора јавне набавке. Стога је искључио *CoNISMa*-у из процеса набавке, против које одлуке је *CoNISMa* уложила жалбу;
 - да је Европски суд правде заузео став да члан 45. директиве не спречава групу (конзорциј) ове врсте да учествује у поступку јавне набавке. Суд у Одлуци ЕСП наводи да постоји подобност за учешће чак и када је група (конзорциј) претежно непрофитна и нема организирану пословну структуру нити редовно присуство на тржишту. Надаље, се наводи да „законодавство ЕУ нема намјеру ограничавати концепт 'привредног субјекта који нуди своје услуге на тржишту само на субјекте који су структурисани као привредно друштво нити да намеће посебне услове који могу, од самог почетка, ограничити приступ тендерским постипцима на основу правног облика и унутрашње организације субјекта”

(тачка 35. Одлуке ЕСП). Суд је такође оцијенио да наведена директива (у складу са којом је усвојен ЗоЈН) искључује тумачење националног законодавства попут оног које се разматрало у овом предмету, а које забрањује организацијама попут универзитета и истраживачких института, који примарно дјелују непрофитно, да учествују у поступцима јавних набавки;

- да иако је уговорни орган одлуку да онемогући учешће удружењу непрофитних организација у поступку јавне набавке темељио на образложењу да би се таквим учешћем непрофитна организација ставила у повољнији положај у односу на друге понуђаче имајући у виду олакшице због јавног финансирања такве непрофитне организације (тачка 23. Одлуке ЕСП), суд је прије свега указао на примарну сврху ЕУ законодавства у области јавних набавки да се осигура што веће отварање тржишне конкуренције, које подразумева што шири и свеобухватнији приступ понуђачима расписаним позивима за додјелу уговора о јавној набавци. Поред овог аспекта, суд указује и на сврсисходност овог концепта у погледу користи самог уговорног органа, којем је на тај начин обезбијеђена могућност што ширег избора при одабиру најадекватније понуде за расписану јавну набавку (тачка 37. Одлуке ЕСП);
- да имајући у виду да своје одлуке у предметним поступцима, КРЖ и уговорни органи заснивају на образложењу да би учешће удружења нарушило тржишну конкуренцију у смислу одредбе члана 3. ЗоЈН, те да се на оваквој оцјени заснивају и горе наведена мишљења АЈН (тачка 3. Захтјева), сматрају неопходним да Конкурентијски савјет донесе мишљење о тумачењу концепта привредног субјекта са аспекта заштите и промоције конкуренције, у складу са надлежностима прописанима одредбом члана 25. став (1) тачка ф. Закона о конкуренцији;
- да мишљење Конкурентијског савјета о праву удружења да учествују у поступку јавних набавки са аспекта заштите и промоције активне и правичне конкуренције, прије свега је једино релевантно с обзиром на законом повјерену искључиву надлежност и овлаштења Конкурентијског савјета да одлучује о питањима конкуренције у Босни и Херцеговини;
- да такође, у цијелости супротне оцјене Суда БиХ на једној страни и органа надлежних за праћење примјене ЗоЈН (АЈН и КРЖ) по питању нарушавања конкуренције тржишта учешћем удружења у поступцима јавне набавке, указују на потребу изјашњавања Конкурентијског савјета по овом питању, поготово имајући у виду да садашња пракса уговорних органа, АЈН и КРЖ у Босни и Херцеговини одступа од јасно утврђене праксе ЕУ у аспектима заштите конкуренције тржишта јавних набавки;
- да у свјетлу претходно наведеног, истичу и Мишљење Конкурентијског савјета по Захтјеву АЈН на „Нацрт Закона о измјенама и допунама Закона о јавним набавкама“, бр. 01-26-7-018-4/19, од дана 6. фебруара 2020. године, у којем је Конкурентијски савјет јасно указао на потребу да се разграниче надлежности за поступање између уговорног органа и Конкурентијског савјета;
- да у предметном мишљењу Конкурентијски савјет експлицитно наводи: „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 Конкурентијски савјет. Законом је експлицитно дата надлежност Конкурентијском савјету за поступање код нарушавња тржишне конкуренције на релевантном тржишту“;
- да уз наведени захтјев достављају релевантну документацију која се односи на наведену проблематику (статут Удружења, пресуде Суда БиХ, Рјешења КРЖ и др.).

Из напријед наведених разлога Подносилац захтјева се обраћа Конкурenciјском савјету, сходно одредби члана 25. став (л) тачка ф, са Захтјевом за давање мишљења о сљедећим спорним питањима:

- 1. Да ли је тумачење појма „привредни субјекат“ који прописује одредба члана 2. став (1) тачка ц. ЗоЈН на начин да исти искључује удружења и организације које су регистроване у складу са Законом о удружењима и фондацијама Републике Српске, у супротности са општим принципима о заштити тржишне конкуренције утврђеним одредбом члана 3. Закона о јавним набавкама, одредбама Закона о конкуренцији и прописима и пракси Европске уније у области заштите тржишне конкуренције у поступцима јавних набавки?*
- 2. Да ли би учешће правних субјеката, који могу обављати дјелатност којом се стиче добит (привредну делатност) уколико стицање добити није основни статутарни циљ истих, у поступцима јавних набавки у Босни и Херцеговини, представљало нарушавање тржишне конкуренције у Босни и Херцеговини, супротно начелу једнаког и недискриминаторног третмана учесника у поступку јавних набавки, у складу са ставовима и праксом органа надлежних за провођење Закона о јавним набавкама, АЈН и КРЖ?*
- 3. Да ли је а priori онемогућавање учешћа удружења и других правних субјеката чија основна сврха није стицање добити у поступцима јавних набавки у Босни и Херцеговини, без претходног разматрања датих околности и специфичности таквог правног субјекта и без јасно постављених критеријума и услова под којим би овакви правни субјекти могли учествовати у поступку јавних набавки, у супротности са општим принципима заштите тржишне конкуренције, сходно примјењивим прописима Босне и Херцеговине, и начелом једнаког третмана, начелом забране дискриминације и обезбјеђења отварања јавних набавки конкурентности, утемељених у уводној изјави тачка 2. Директиве Европског парламента и Савјета 2004/18/ЕЗ?*

Имајући у виду напријед наведено потребно је истаћи да је Конкурenciјски савјет надлежан да, у складу са чланом 25. став (1) прописује и даје тумачење општих и посебних дефиниција конкурenciјских појмова те даје мишљења и препоруке о било којем аспекту конкуренције, по службеној дужности или на захтјев државног органа, привредног субјекта или друштва.

Такође, Конкурenciјски савјет је у складу са чланом 25. став (2) Закона надлежан да нацрта, приједлоге закона и других прописа из области које имају утјецаја на тржишну конкуренцију даје мишљење о њиховој усклађености са Законом.

На наведени ЗоЈН Конкурenciјски савјет није добио захтјев за давање мишљења о њиховој усклађености са Законом о конкуренцији прије него што је исти усвојен, како је то и прописано напријед наведеним чланом.

Сходно томе, Конкурenciјски савјет сматра да питање тумачења појма “привредни субјекат” прописан чланом 2. став 1. тачка ц) ЗоЈН и да ли је у супротности са општим принципима о заштити тржишне конкуренције утврђеним одредбом члана 3. ЗоЈН, одредбама Закона о конкуренцији и прописима и праксом Европске уније у области заштите тржишне конкуренције у поступцима јавних набавки не спада у надлежности Конкурenciјског савјета прописане Законом о конкуренцији, односно Конкурenciјски савјет не може улазити у тумачења одредби садржаних у ЗоЈН, њихову усклађеност са Законом о конкуренцију, као ни ставове и праксу АЈН и КРЖ.

Законом о конкуренцији је експлицитно дата надлежност Конкуренцијском савјету за поступање код нарушавања тржишне конкуренције на релевантном тржишту, односно када привредни субјекти својим учешћем и дјеловањем на тржишту спречавају, ограничавају или нарушавају тржишну конкуренцију у смислу одредби члана 4. и 10. Закона о конкуренцији

Ово мишљење је дато искључиво на основу података наведених у Захтјеву, те уколико дати подаци одступају од стварног чињеничног стања ово мишљење се не може примијенити.

Предсједник

Др Стјепо Прањић

Доставити:

- Подносиоцу захтјева
- архив Конкуренцијског савјета