

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренцијски савјет

MIŠLJENJE

po Zahtjevu Agencije za javne nabave Bosne i Hercegovine na „Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavama“

**Sarajevo,
veljača, 2020. godine**



Broj: 01-26-7-018-4/19
Sarajevo, 06.02.2020. godine

Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine, na temelju članka 25. stavak (2) Zakona o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, broj 48/05, 76/07 i 80/09), a po Zahtjevu za davanje mišljenja Agencije za javne nabave Bosne i Hercegovine, Maršala Tita 9a/I, 71 000 Sarajevo na 64. (šezdesetčetvrtoj) sjednici održanoj dana 06.02.2020. godine, donijelo je

MIŠLJENJE

Agencija za javne nabave Bosne i Hercegovine, Maršala Tita 9a/I, 71 000 Sarajevo (u daljnjem tekstu: Agencija ili Podnositelj zahtjeva), je podnijela Konkurencijskom vijeću Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Konkurencijsko vijeće) Zahtjev za davanje mišljenja (u daljnjem tekstu: Zahtjev), na Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavama (u daljnjem tekstu: Nacrt Zakona), zaprimljen dana 16.10.2019. godine, pod brojem: 01-26-7-018-1/19.

Agencija u Zahtjevu navodi slijedeće:

- Nacrtom Zakona, predlažu se izmjene i dopune Zakona o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH“, broj 39/14) (u daljnjem tekstu: Zakon o javnim nabavama), a koje imaju za cilj djelimično usklađivanje sa pravnom tečevinom Europske unije i to:

- Direktivom 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnim nabavama i o stavljanju van snage Direktive 2004/18/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/24/EU),
- Direktivom 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavama subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetskom i prometnom sektoru, te sektoru poštanskih usluga i stavljanju van snage Direktive 2004/17/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/25/EU),
- Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2009/81/EZ od 13. srpnja 2009. o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o nabavi određenih radova, nabavi određenih usluga od strane ugovornih organa ili subjekata u području obrane i sigurnosti koje mijenja Direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva 2009/81/EU) i
- Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2007/66/EZ od 11. prosinca 2007. kojom se mijenjaju i dopunjavaju Direktive Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EZ u pogledu poboljšanja učinkovitosti revizije postupka za dodjelu ugovora o javnim nabavama (u daljnjem tekstu: Direktiva 2007/66/EU) .

- Agencija navodi da se Nacrtom Zakona žele poboljšati postojeća rješenja i ukloniti tehnički nedostaci važećeg Zakona o javnim nabavkama.

- Također, Nacrtom Zakona se uvode antikoruptione odredbe, organizacione novine u sustavu javnih nabava Bosne i Hercegovine, daje zakonski okvir za daljnji razvoj elektronskih javnih nabava, uvodi potpuna transparentnost javnih nabava i stvaraju se pretpostavke za potpuno usklađivanje sa legislativom Europske unije u budućnosti.

Nacrtom Zakona se predlažu izmjene i dopune Zakona o javnim nabavama, koje se odnose na definicije pojmova iz istog, javne nabave koje uključuju ugovorne organe iz različitih država, izuzeća

od primjene Zakona o javnim nabavama, prethodnu provjeru tržišta u svrhu pripreme javne nabave, podjelu predmeta nabave na lotove, uvjete za početak postupka javne nabave, ličnu sposobnost ponuđača u postupku javnih nabava, diskvalifikaciju po temelju sukoba interesa ili korupcije, izvješće o postupku javne nabave, konkurentski zahtjev za dostavljanje ponuda, postupak izravnog sporazuma, postupak ugovornog organa po prizivu i rokove izjavljivanja priziva ugovornom organu, te se uvode novi odjeljci koje se odnose na inspekcijski nadzor i kaznene odredbe.

Konkurencijsko vijeće je aktom broj: 01-26-7-018-2/19 od dana 05.12.2019. godine, zatražilo pojašnjenje određenih odredbi Nacrta Zakona.

Agencija je dopisom zaprimljenim pod brojem: 01-26-7-018-3/19 dana 26.12.2019. godine dostavila dodatna pojašnjena pojedinih odredbi Nacrta Zakona u kojem navodi slijedeće:

- Članak 2. Nacrta Zakona, predviđa izmjenu članka 2. Zakona o javnim nabavama koja se tiče definicije ponuda u postupcima javnih nabava i u točki 1) dodaje se alineja 3) koja glasi: nepravilna-koja nije sukladna sa tenderskom dokumentacijom ili je primljena izvan roka za dostavu ponuda ili postoje dokazi o tajnom sporazumu ili korupciji ili nije rezultat tržišne konkurencije ili je ugovorni organ utvrdio da je cijena ponude izuzetno niska. Člankom 2. se vrši dopuna definicija i to onih koje se zahtjevaju direktivama, odnosno usklađivanje sa definicijama iz Direktive 2014/24/EU. Preuzeta odredba Direktive EU 2014/24/EU glasi: „Ponuda se smatra prihvatljivom ako ju je podnio ponuđač koji nije bio isključen sukladno članku 78. stavkom (1) ili člankom 80. stavak (1) i koji ispunjava kriterije za odabir utvrđene sukladno člancima 78. i 80., te čija je ponuda sukladna s tehničkim specifikacijama bez da je nepravilna ili neprihvatljiva ili neodgovarajuća. Posebno se ponude koje nisu sukladne s dokumentacijom o nabavi, koje su primljene nakon roka za predaju, kada postoji dokaz za tajni sporazum ili korupciju ili za koje su javni naručitelji ustanovili da su izuzetno niske vrijednosti smatraju nepravilnim ponudama. Posebno se ponude koje su podnijeli ponuđači koji nemaju tražene kvalifikacije, te ponude čija vrijednost prelazi proračun javnog naručitelja koji je utvrđen i zabilježen prije početka postupka nabave smatraju neprihvatljivima.”

- Članak 16. stavak (3) Nacrta Zakona, nalaže da ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji određuje može li se ponuda dostaviti za jedan, nekoliko ili za sve lotove uz navođenje obrazloženja. Postojeće odredbe Zakona o javnim nabavama nedovoljno stimuliraju podjelu predmeta nabave na lotove, dok Direktive iz 2014. naglašavaju da zemlje članice mogu podjelu predmeta nabave na lotove učiniti obveznim, u slučajevima gdje predmet nabave to omogućava, zbog povećanja pristupa tržištima javnih nabava za mala i srednja preduzeća koja su stub zdravog razvitka i inovativnosti gospodarstva jedne zemlje. Transponirana odredba članka 65. Direktive EU 2014/24/EU glasi: „Članak 65. Razdiobom ugovora u grupe Naručitelji mogu odlučiti dodijeliti ugovor u obliku odvojenih grupa, te mogu odrediti veličinu i predmet takvih grupa. 1. U obavijesti o nadmetanju, u pozivu na potvrdu interesa ili ako je sredstvo poziva na nadmetanje obavijest o postojanju kvalifikacijskog sustava, u pozivu na dostavu ponuda ili u pozivu na pregovore, naručitelji navode mogu li se ponude podnijeti za jednu grupu, za više njih ili za sve grupe. 2. Naručitelji mogu, čak i ako se ponude mogu podnijeti za nekoliko grupa ili sve, ograničiti broj grupa koje se mogu dodijeliti jednom ponuditelju, pod uvjetom da je maksimalan broj grupa po ponuditelju naveden u obavijesti o nadmetanju ili u pozivu na potvrdu interesa, u pozivu na podnošenje ponuda ili u pozivu na pregovore. U dokumentaciji o nabavi naručitelji navode objektivne i nediskriminirajuće kriterije ili pravila koja namjeravaju primijeniti, kako bi odredili koje će grupe biti dodijeljene ako primjena kriterija za dodjelu vodi tome da se jednom ponuditelju dodijeli više grupa od najvećeg mogućeg broja.”

- Člankom 24. stavak (5) točka a) Nacrta Zakona, predviđeno je da ugovorni organ može na razdoblje od 36. mjeseci isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave ponuditelja/kandidata, ako ugovorni organ ima dokaz da je kandidat/ponuđač sklopio sporazum sa drugim kandidatom/ponuditeljom kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencije. U cilju harmoniziranja propisa i primjene Direktiva Europske unije, navedena je situacija da se kandidat/ponuditelj ili dobavljač mogu isključiti iz postupka javne nabave u slučaju sklapanja sporazuma koji ima za cilj narušavanje i sprječavanje tržišne konkurencije. Kroz izmjene i dopune predviđene člankom 24. Nacrta Zakona, odredbe Zakona o javnim nabavama

bi se uskladile sa člankom 57. Direktive 2014/24/EU. Također, zbog posebne neozbiljnosti prilikom e-Aukcije, kada se cijene obaraju do očito niskih vrijednosti, a u slučajevima kada je procijenjena vrijednost ispod 100.000,00 KM, ugovorni organi nemaju nikakve mehanizme da mogu doći do ugovora. U cilju ozbiljnosti, potrebno je uvesti zaštitne mehanizme navedene u članku 57. Direktive EU 2014/24/EU.

- Člankom 27. Nacrta Zakona predviđena je izmjena članka 52. stavak (1) Zakona koja se tiče diskvalifikacije po temelju sukoba interesa ili korupcije, u kojem se navodi da ugovorni organ poduzima mjere kako bi se spriječili, prepoznali i uklonili sukobi interesa, u svezi sa postupkom javne nabave, a radi izbjegavanja narušavanja tržišnog natjecanja. Članak 27. Nacrta Zakona predstavlja usuglašavanje sa odredbama Direktive EU 2014/24/EU i Direktive 2014/25/EU koje se odnose na sukob interesa. Transponirana odredba članak 42. Direktive EU 2014/24/EU glasi: „Sukobi interesa Države članice osiguravaju da javni naručitelji poduzmu prikladne mjere da učinkovito spriječe, prepoznaju i uklone sukobe interesa koji proizlaze iz provedbe postupka nabave kako bi se izbjeglo bilo kakvo narušavanje tržišnog natjecanja, te se osiguralo jednako postupanje sa svim gospodarskim subjektima. Koncept sukoba interesa obuhvaća barem one situacije kada članovi osoblja javnog naručitelja ili pružatelj usluga nabave koji djeluje u ime javnog naručitelja koji su uključeni u provedbu postupka nabave ili mogu utjecati na ishod tog postupka imaju, izravno ili neizravno, financijski, gospodarski ili bilo koji drugi osobni interes koji bi se mogao smatrati štetnim za njihovu nepristranost i neovisnost u kontekstu postupka nabave.”

Sukladno članku 25. stavak (2) Zakona o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, broj 48/05, 76/07 i 80/09) (u daljnjem tekstu: Zakon), Konkurencijsko vijeće je nadležno da na nacрте, prijedloge zakona i drugih propisa iz oblasti koje imaju utjecaja na tržišnu konkurenciju daje mišljenje o njihovoj usklađenosti sa Zakonom.

Konkurencijsko vijeće je razmotrilo Nacrt Zakona i ocijenilo da je isti u temelju usuglašen sa Zakonom, ali Konkurencijsko vijeće je mišljenja da je u Nacrtu Zakona, prije upućivanja u daljnju proceduru, potrebno razgraničiti nadležnosti za postupanje između ugovornog organa i Konkurencijskog vijeća. Također, napominjemo da ukoliko u tijeku provođenja postupka javne nabave ugovorni organi i gospodarski subjekti (ponuditelji) 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. Člankom 4. stavak (1) Zakona zabranjeno je prešutno (tajno) dogovaranje između gospodarskih subjekata koje ima za cilj i posljedicu sprječavanje, ograničavanje i narušavanje tržišne konkurencije, što predstavlja jedan od najtežih oblika zabranjenog konkurencijskog djelovanja, odnosno kartel između sudionika na mjerodavnom tržištu. Konkurencijsko vijeće nadležno je za zaštitu tržišne konkurencije, te vođenje upravnih postupaka kod zabranjenih konkurencijskih djelovanja, sukladno sa člankom 20. i člankom 25. stavak (1) točke e) i f) Zakona. Konkurencijsko vijeće je isključivo nadležno za zaštitu i promidžbu tržišne konkurencije (natjecanja) u Bosni i Hercegovini i donošenje mjera za otklanjanje štetnih posljedica kod zabranjenih konkurencijskih djelovanja, sukladno Zakonu.

U Nacrt Zakona potrebno je inkorporirati odredbe koje će dati mogućnost ugovornim organima i gospodarskim subjektima (ponuditeljima) koji sudjeluju u postupku javne nabave da Konkurencijskom vijeću, dostave dokaze o postojanju zabranjenih sporazuma/kartela između ponuđača u postupcima javnih nabava, kao i dokaze o drugim radnjama koje mogu dovesti do narušavanja tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini.

Ovo mišljenje se odnosi samo da dostavljeni tekst Nacrta Zakona, te ukoliko isti odstupa od stvarnog stanja, ovo mišljenje se ne može primjeniti.

Predsjednica

mr. Arijana Regoda-Dražić