

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
septembar, 2020. godine**



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

Na osnovu člana 25. stav (1) tačka 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, advokatu 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 daljem tekstu: Podnosilac zahtjeva ili Udruženje) zastupan po punomoćniku Neveni Tomić Lučić, advokatu iz Banjaluke, Vojvode Radomira Putnika 11 i Nihadu Sijerčiću, advokatu iz Sarajeva, Fra Anđela Zvizdović 1, podnio je Konkurencijskom vijeću Zahtjev za davanje mišljenja (u daljem tekstu: Zahtjev), zaprimljen dana 01.09.2020. godine pod brojem: 01-26-7-12-1/20.

Podnosilac zahtjeva traži mišljenje od Konkurencijskog vijeća o dozvoljenosti, odnosno pravu učešća udruženja u postupku javnih nabavki u Bosni i Hercegovini, sa aspekta tržišne konkurencije.

Naime, imajući u vidu činjenično stanje u vezi sa učešćem Podnosioca zahtjeva u više postupaka javnih nabavki, sprovedenih od strane ugovornih organa u Bosni i Hercegovini u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama („Službeni glasnik BiH“, br. 39/14) (u daljem tekstu: ZoJN), a koje je prethodilo spornom pitanju i tumačenju odredbi ZoJN i Zakona o konkurenciji, Podnosilac zahtjeva između ostalog navodi sljedeće:

- da je Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu :Ministarstvo) dana 10. januara 2017. godine pokrenulo konkurencijski postupak nabavke usluga prevođenja i izvršilo objavu dana 14. februara 2018. godine na portalu javnih nabavki Agencije za javne nabavke Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: AJN) i uputilo poziv ponuđačima na tri različite adrese za učešće u predmetnoj nabavki. Nakon izvršenog uvida u pristigle ponude i dokumentaciju, u koje je spadala i ponuda pristigla od strane Podnosioca zahtjeva, nadležna komisija za provođenje javnih nabavki Ministarstva, konstatovala je da Podnosilac zahtjeva ne ispunjava uslove, propisane odredbom člana 2. stav (1) ZoJN-a, kojom je propisano da u postupku javnih nabavki može učestvovati ponuđač koji je privredni subjekt. Shodno obrazloženju nadležne komisije Ministarstva, Podnosilac zahtjeva nije registrovan kao privredni subjekt, nego kao neprofitna organizacija „udruženje građana“;
- da protiv navedene odluke Ministarstva, Podnosilac zahtjeva je dana 15. februara 2017. godine izjavio žalbu Kancelariji za razmatranje žalbi Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KRŽ), koja je postupajući po žalbi Podnosioca zahtjeva donijela Rješenje br. JN2-01-07-I-117-8/17, dana 30. marta 2017. godine kojim je odbila žalbu Podnosioca zahtjeva kao neosnovanu. Između ostalih navoda, KRŽ je u

Rješenju istaknula da prema definiciji pojma privredni subjekt u skladu sa odredbom člana 2. stav (1) tačka c) ZoJN-a u postupku javnih nabavki u Bosni i Hercegovini može učestvovati pravno ili fizičko lice ili grupa lica, koji na tržištu nude robe, usluge i/ili radove, a registrovani su za obavljanje predmetne djelatnosti te da je u skladu sa Zakonom o privrednim društvima Republike Srpske privredno društvo pravna osoba koju osnivaju pravna ili fizička lica radi obavljanja djelatnosti u cilju sticanja dobiti i koje društvo se u skladu sa Zakonom o registraciji poslovnih subjekata Republike Srpske upisuje u Registar poslovnih subjekata;

- da takođe, KRŽ u obrazloženju Rješenja ističe i odredbu člana 2. stav (1) Zakona o udruženjima i fondacijama Republike Srpske, prema kojoj osnovna svrha osnivanja udruženja nije sticanje dobiti, te da se ugovor o javnoj nabavci u skladu sa odredbom člana 2 stav (1) tačka a) zaključuje kao ugovor sa finansijskim interesom i ima za cilj nabavku robe, usluga ili izvođenje radova. Iako KRŽ u Rješenju utvrđuje da nije sporno da Podnosilac zahtjeva može obavljati privrednu djelatnost u skladu sa Zakonom o udruženjima i fondacijama, a koja je neposredno vezano sa osnovnim statutarnim ciljevima i aktivnostima udruženja - srodne privredne djelatnosti, te da može uredno platiti poreske obaveze iz direktnih i indirektnih poreza - KRŽ smatra da ponuđač u smislu člana 2. stav (1) tačka c) mora biti privredni subjekt koji je registrovan za obavljanje predmetne djelatnosti;
- da nadalje, KRŽ u Rješenju navodi da bi izborom udruženja koje nije registrovano za obavljanje privredne djelatnosti u skladu sa Zakonom o privrednim društvima ili na način kako se registruje fizičko lice kao samostalni preduzetnik kao kvalifikovanog i najpovoljnijeg ponuđača u postupku javnih nabavki bilo povrijeđeno načelo pravične konkurencije, odnosno jednakog tretmana, s obzirom da udruženja za razliku od registrovanih privrednih društava i samostalnih preduzetnika ne podliježu plaćanju obaveza kojima privredna društva/samostalni preduzetnici podliježu. Ovakav stav u pogledu učešća udruženja i Podnosioca zahtjeva u postupku javnih nabavki, KRŽ potvrđuje i odlukom o žalbi Podnosioca zahtjeva u postupku br. JN-01-07-1-175-7/18, kojom takođe odbija žalbu Podnosioca zahtjeva iz naprijed navedenih razloga;
- da Podnosilac 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 u skladu sa primjedbama datim u Presudi Suda BiH br. Sl Z U 025137 17 U, od dana 28. novembra 2018. godine. U Presudi, sud ocjenjuje da je KRŽ donošenjem osporenog Rješenja povrijedila osnovne principe iz odredbe člana 3. ZoJN kojom je propisano: *„Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće, na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom. Opšti principi obavezno se primjenjuju i poštuju i u postupku pravne zaštite“*, da su pogrešno primijenili odredbu člana 2. stav 1. tačke c) istog Zakona;
- da je Sud BiH u Presudi ukazao na činjenicu da se sistem javnih nabavki zasniva na cilju da se preduzmu sve mjere, potrebne kako bi se obezbijedila pravična i aktivna konkurencija među potencijalnim učesnicima, uz ostvarivanje jednakog tretmana, nediskriminiranja i transparentnosti. Sud BiH je ukazao na odredbu člana 4. stav 1. Zakona o udruženjima i fondacijama Republike Srpske kojom je propisano da ista mogu obavljati djelatnosti kojima se stiče dobit, jedino ako sticanje dobiti nije osnovni statutarni cilj udruženja. Prema ocjeni suda, nijedna odredba ZoJN ne ograničava pojam privredni subjekt na subjekte registrovane radi sticanja dobiti i prema odredbama i uslovima propisanim Zakonom o privrednim društvima, obzirom da ZoJN kao lex specialis niti jednom odredbom ne propisuje da se kao ponuđači mogu prijaviti samo društva registrovana u skladu sa Zakonom o privrednim društvima, te da je ovako usko tumačenje pojma privredni subjekt suprotno opštim principima propisanim odredbom člana 3. ZoJN. U kontekstu ovih navoda Sud

između ostalog citira zakonodavstvo Evropske unije i praksu Evropskog suda pravde, prevashodno Odluku ovog suda br. EU:C:200g:807;

- da je u ponovljenom postupku KRŽ dana 21. decembra 2018. godine donijela novo Rješenje br. JN2-01-07-1-730-4/18, kojim je ponovno odbila žalbu Podnosioca zahtjeva, uz obrazloženje da je pogrešan stav Suda BiH u Presudi, te između ostalog ponovo naglašava da Podnosilac zahtjeva nije privredno društvo upisano u Registar poslovnih subjekata, te kao neprofitna organizacija uživa određene povlastice, a iz čega proizilazi da bi izborom udruženja kao kvalifikovanog i najpovoljnijeg ponuđača bili prekršeni opšti principi zaštite konkurencije utvrđeni odredbom člana 3. ZoJN;
- da u prilog gore navedenog potvrđuje i više presuda donesenih od strane Suda BiH nakon sprovedenih upravnih sporova po tužbama Podnosioca zahtjeva koje su sadržajno i suštinski identične, te ukazuju da je KRŽ donošenjem osporenog Rješenja povrijedila osnovne principe iz odredbe člana 3. ZoJN i da između ostalog u Presudama ističe da je neodrživo stanovište KRŽ iskazano u osporenim aktima, prema kojem je pravo na učešće u postupku javnih nabavki, uslovljeno okolnošću da li je ponuđač profitna ili neprofitna organizacija;
- da prema nalazima suda, niti jedna odredba ZoJN ne ograničava pojam „privredni subjekat“ na subjekte registrovane prema uslovima i odredbama Zakonu o privrednim društvima RS. Ovakvo stanovište i postupanje KRŽ-a je prema nalazu Suda BiH suprotno obavezi transparentnog postupanja bez diskriminacije i ograničavanja konkurencije na tržištu javnih nabavki Bosne i Hercegovine. u kojem kontekstu ukazuje na i citira zakonodavstvo Evropske unije i praksu Evropskog suda pravde;
- da je AJN koji je nadležan i između ostalog za pružanje tehničke pomoći i savjetodavnih mišljenja ugovornim organima i ponuđačima u vezi s pravilnom primjenom ovog zakona i podzakonskih akata, u skladu sa članom 92. stav (3) tačka d) ZoJN, u toku trajanja nekoliko postupaka javnih nabavki izdalo mišljenja ugovornim organima u vezi sa pravom učešća udruženja u postupku javnih nabavki;
- da u Mišljenju AJN po predmetnom spornom pitanju, od dana 29. decembra 2016. godine br. 03-02-1-5536-7-16, a koje navode citira i poziva se na iste KRŽ u Rješenju od dana 21. decembra 2018. godine, AJN ističe da se udruženja građana na tržištu ne mogu pojavljivati u ulozi ponuđača, kao i da je jasno da Podnosilac zahtjeva u smislu Zakona o porezu na dobit nema poreske povlastice, ukoliko vrši djelatnost na tržišnoj osnovi i po tom osnovu ostvaruje prihode iz tržišnih izvora;
- da se nadalje u Mišljenju ističe da udruženja građana kada nisu registrovana kao privredni subjekt su neprofitne organizacije i kao takve uživaju određene povlastice, a to direktno u slučaju da njihova ponuda bude izabrana kao najpovoljnija dovodi do diskriminacije ponuđača i kršenja opštih principa o pravičnoj konkurenciji utemeljenih u članu 3. stav (1) ZoJN;
- da takođe, AJN u Mišljenju izdatom dana 28. juna 2018. godine br. 03-02-1-2458-2/18, a čije navode KRŽ takođe citira i cijeni kao relevantne u rješavanju žalbe Podnosioca 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 finansijskim interesom, dakle ne mogu učestvovati u postupcima javne nabavke kao ponuđači;
- da smatraju da su ovakvi stavovi AJN u potpunoj suprotnosti sa Zakonom o udruženjima i fondacijama po pitanju obavljanja privredne 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 obavezujuće imajući u vidu da je jasno da autentično tumačenje nejasnih odredbi zakona u ovom slučaju može vršiti samo Parlamentarna skupština BiH, u skladu sa postupkom propisanim odredbom člana 146. Poslovnika Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine;
- da AJN je takođe na portalu javnih nabavki Bosne i Hercegovine objavila i uputstvo i pojašnjenje u vidu „najčešćih pitanja i odgovora“, kojim potvrđuje stav iznesen u

navedenim mišljenjima, te direktno, bez prethodno postavljenih kriterijuma ili bilo kakvog navođenja i obrazloženja kojim se to povlasticama radi kojima podliježu udruženja, a zbog kojih bi učešće udruženja u postupku javne nabavke bilo u suprotnosti sa načelom zaštite konkurencije (član 3. ZoJN), ograničila pristup i učešće udruženja u sistemu javnih nabavki u Bosni i Hercegovini;

- da se u vezi navedene problematike, Podnosilac zahjete obratio i organima nadležnim za pitanje poreskog tretmana udruženja građana i organu koji je zadužen za sprovođenje ZoJN u Republici Srpskoj, odnosno Ministarstvu finansija za izdavanje mišljenja o poreskom tretmanu udruženja i navodnom povoljnijem položaju na tržištu u odnosu na samostalne preduzetnike i privredna društva;
- da se Ministarstvo finansija Republike Srpske očitovalo se Mišljenjem br. 10.3-04-4/18, od dana 11. marta 2019. godine po pitanju obaveza plaćanja poreza od strane udruženja, propisanih u Republici Srpskoj, na način da je jasno istaklo da i pravni subjekti koji su registrovani 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 privrednu djelatnost i na taj način ostvariti dobit, ukoliko takve djelatnosti predstavljaju statutarne djelatnosti i ukoliko sticanje 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 nabavke ne podliježe poreskim olakšicama, na kojima insistiraju AJN i KRŽ, bez obrazlaganja istih ili pravilnog tumačenja poreskih propisa Republike Srpske, a u smislu kršenja opštih principa o zaštiti pravične konkurencije u postupku javnih nabavki;
- da u vezi navedenog AJN i KRŽ uopšte ne navode o kojim konkretno povlasticama se radi, već upravo suprotno ističu da jeste tačno da udruženja mogu obveznici direktnih i indirektnih poreza, po osnovu tržišnih prihoda. Ukoliko bi se poreske ili carinske povlastice imale smatrati ključnim pri odluci o pravu učešća u postupku javne nabavke, značajan problem bi predstavljalo i učešće ostalih pravnih formi kojima je trenutno omogućen pristup javnim nabavkama;
- da u vezi navedenog uzimajući u obzir sve navedeno kao sporno proizilazi pitanje tumačenje člana 3. ZoJN kojom su propisani opšti principi pravične konkurencije na kojima se temelji sistem javnih nabavki u vezi sa tumačenjem pojma *privrednog subjekta* u skladu sa ZoJN. Naime, ovom odredbom propisuje se obaveza ugovornih organa da u postupcima javnih nabavki kandidate/ponuđače tretiraju jednako i nediskriminirajuće, na način da se osigura pravična i aktivna konkurencija, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke 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 privredni subjekt, na način da se isti ograniči na privredna društva (ne privredne subjekte) i samostalne preduzetnike, koji su registrovani u skladu sa Zakonom o privrednim društvima/odnosno drugim relevantnim propisima kojima je propisana odgovarajuća registracija samostalnih preduzetnika, upravo se narušava načelo pravične i aktivne konkurencije na kojem se temelji sistem javnih nabavki u Bosni i Hercegovini, pogotovo imajući u vidu da ZoJN i ne propisuje ovakvo ograničenje upravo iz razloga što postoje različiti oblici organizovanja (samostalni preduzetnici-fizička lica, koja organizuju rad sopstvenim sredstvima, i ishoduju odobrenja od nadležnih gradskih, opštinskih organa ili drugih organa - trgovci, frizeri, mehaničari, ugostitelji, prevoznici i ostale zanatlije, privredna društva organizovana u jednoj od pravnih formi predviđenih Zakonom o privrednim društvima - d.o.o., a.d., o.d., k.d., građani ili privrednici 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 učešće u postupku javnih nabavki, upravo je suprotno namjeri zakonodavca da obezbijedi pravičnu i aktivnu konkurenciju, te nediskriminirajući i jednak tretman učesnicima u postupku javnih nabavki, ali i namjeri zakonodavca da osigura izbor najpovoljnijeg ponuđača s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom;
- da tvrditi da je za učešće u postupku javnih nabavki neophodna registracija privrednog subjekta u Registru poslovnih subjekata, suprotno je i kontradiktorno ostalim navodima Ministarstva i KRŽ, iz razloga što i samostalni preduzetnici takode nisu upisani u Registar poslovnih subjekata, već u Registar preduzetnika, kao što ni advokati koji se u poreskom smislu imaju tretirati kao samostalni preduzetnici, nisu upisani niti u jedan od pomenuta dva registra, već u Imenik odgovarajuće advokatske komore, a takođe kao i samostalnim preduzetnicima nije im onemogućen pristup i učešće u sistemu javnih nabavki;
- da takođe, kao što i KRŽ u predmetnim rješenjima ocjenjuje nespornim, udruženja mogu obavljati privrednu djelatnost ukoliko sticanje 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 takođe proizilazi da udruženja mogu sticati 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 nabavke kao neprofitne organizacije nije osnovan niti predstavlja opravdan osnov za usko tumačenje pojma privredni subjekt koje je suprotno sa opštim principima utvrđenim u članu 3. ZoJN;
- da pored ograničenja obavljanja privredne djelatnosti koje se odnosi na okolnost da obavljanje privredne djelatnosti ne smije da bude osnovni statutarini cilj udruženja, udruženja i fondacije takođe smiju obavljati samo one privredne djelatnosti koje su neposredno povezane sa ostvarivanjem njihovih osnovnih statutarinih ciljeva i aktivnosti srodne privredne djelatnosti bez obaveze formiranja posebnog pravnog lica. Upravo ovo pravilo koje je jasno uspostavljeno Zakonom o udruženjima i fondacijama Republike Srpske, ukazuje na neosnovano ograničavanje pristupa sistemu i učešća udruženja u postupcima javni nabavki koje sprovode AJN i KRŽ;
- da odbijanjem žalbi Podnosioca zahtjeva i zastupanjem stava da udruženja i fondacije ne mogu biti ponuđači u postupcima javnih nabavki, KRŽ i AJN upravo ograničavaju pravičnu konkurenciju i pristup tržištu javni nabavki udruženja koja mogu obavljati privrednu djelatnost prevođenja dokumenata, koja je između ostalih Statutom Udruženja prevodioca Republike Srpske propisana kao jedna od osnovnih statutarinih aktivnosti Podnosioca zahtjeva (član 4. Statuta udruženja);
- da je sporno pitanje tumačenja pojma privrednog subjekta propisanog Direktivom Evropskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. marta 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavci robe te ugovora o javnim uslugama, raspravljao je Evropski 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. decembra 2009. po Zahtjevu za prethodnu odluku;
- da je ZoJN upravo donesen kako bi se izvršilo usklađivanje bosanskohercegovačkog zakonodavstva u oblasti javnih nabavki, a u skladu sa obavezama 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 privrednog subjekta propisan članom 2. stav (1) tačka c) ZoJN, propisan (odnosno prepisan) na osnovu datog pojma odredbe člana 1(2)(a) i (8) navedene direktive EU - „economic operator“, pojam privrednog subjekta u svjetlu zaštite pravične i aktivne konkurencije, odnosno opštih principa iz odredbe člana 3. ZoJN ne može se tumačiti,

ne uzimajući u obzir tumačenje i primjene datog pojma iz navedene direktive u EU i prakse koju je po ovom pitanju uspostavio Evropski sud pravde i drugi nadležni organi EU;

- da takođe, praksa Evropskog suda pravde po pitanju zaštite i promocije konkurencije tržišta, značajna je prilikom postupanja i odlučivanja Konkurencijskog vijeća, imajući u vidu odredbu člana 43. stav (7) Zakona o konkurenciji, kojom je propisano da Konkurencijsko vijeće se može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde radi ocjene datog slučaja, kao i odlukama Evropske komisije. U svjetlu naprijed navedenog, a u vezi sa tumačenjem pojma privredni subjekt iz aspekta zaštite konkurencije u Bosni i Hercegovini, a nastavku donosimo pregled i suštinske stavove koje je Evropski 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. CoNISMa 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 nabavke. Stoga je isključio CoNISMu iz procesa nabavke, protiv koje odluke je CoNISMu uložila žalbu;
- da je Evropski sud pravde zauzeo stav da član 45. direktive ne sprečava grupu (konzorcij) ove vrste da učestvuje u postupku javne nabavke. Sud u Odluci ESP navodi da postoji podobnost za učešće čak i kada je grupa (konzorcij) pretežno neprofitna i nema organiziranu poslovnu strukturu niti redovno prisustvo na tržištu. Nadalje, se navodi da „zakonodavstvo EU nema namjeru ograničavati koncept 'privrednog subjekta koji nudi svoje usluge na tržištu samo na subjekte koji su strukturisani kao privredno društvo niti da nameće posebne uslove koji mogu, od samog početka, ograničiti pristup tenderskim postupcima na temelju pravnog oblika i unutrašnje organizacije subjekta" (tačka 35. Odluke ESP). Sud je takođe ocijenio da navedena direktiva (u skladu 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 učestvuju u postupcima javnih nabavki;
- da iako je ugovorni organ odluku da onemogućiti učešće udruženju neprofitnih organizacija u postupku javne nabavke temeljio na obrazloženju da bi se takvim učešćem neprofitna organizacija stavila u povoljniji položaj u odnosu na druge ponuđače imajući u vidu olakšice zbog javnog finansiranja takve neprofitne organizacije (tačka 23. Odluke ESP), sud je prije svega ukazao na primarnu svrhu EU zakonodavstva u oblasti javnih nabavki da se osigura što veće otvaranje tržišne konkurencije, koje podrazumijeva što širi i sveobuhvatniji pristup ponuđačima raspisanim pozivima za dodjelu ugovora o javnoj nabavci. 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 nabavku (tačka 37. Odluke ESP);
- da imajući u vidu da svoje odluke u predmetnim postupcima, KRŽ i ugovorni organi zasnivaju na obrazloženju da bi učešće udruženja narušilo tržišnu konkurenciju u smislu odredbe člana 3. ZoJN, te da se na ovakvoj ocjeni temelje i gore navedena mišljenja AJN (tačka 3. Zahtjeva), smatraju neophodnim da Konkurencijsko vijeće donese mišljenje o tumačenju koncepta privrednog subjekta sa aspekta zaštite i promocije konkurencije, u skladu sa nadležnostima propisanim odredbom člana 25. stav (1) tačka f. Zakona o konkurenciji;
- da mišljenje Konkurencijskog vijeća o pravu udruženja da učestvuju u postupku javnih nabavki sa aspekta zaštite i promocije aktivne i pravične konkurencije, prije svega je jedino relevantno s obzirom na zakonom povjerenu isključivu nadležnost i ovlaštenja Konkurencijskog vijeća da odlučuje o pitanjima konkurencije u Bosni i Hercegovini;

- da takođe, u cijelosti suprotne ocjene Suda BiH na jednoj strani i organa nadležnih za praćenje primjene ZoJN (AJN i KRŽ) po pitanju narušavanja konkurencije tržišta učešćem udruženja u postupcima javne nabavke, 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 nabavki;
- da u svjetlu prethodno navedenog, ističu i Mišljenje Konkurencijskog vijeća po Zahtjevu AJN na „Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama“, br. 01-26-7-018-4/19, od dana 6. februara 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 toku provođenja postupka javne nabavke ugovorni organi i privredni subjekti (ponuđači) koji učestvuju u postupku javne nabavke 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 relevantnom tržištu“;
- da uz navedeni zahtjev dostavljaju relevantnu dokumentaciju koja se odnosi na navedenu problematiku (statut Udruženja, presude Suda BiH, Rješenja KRŽ i dr.).

Iz naprijed navedenih razloga Podnosilac zahtjeva se obraća Konkurencijskom vijeću, shodno odredbi člana 25. stav (1) tačka f, sa Zahtjevom za davanje mišljenja o sledećim spornim pitanjima:

1. *Da li je tumačenje pojma „privredni subjekt“ koji propisuje odredba člana 2. stav (1) tačka c. ZoJN na način da isti isključuje udruženja i organizacije koje su registrovane u skladu sa Zakonom o udruženjima i fondacijama Republike Srpske, u suprotnosti sa opštim principima o zaštiti tržišne konkurencije utvrđenim odredbom člana 3. Zakona o javnim nabavkama, odredbama Zakona o konkurenciji i propisima i praksi Evropske unije u oblasti zaštite tržišne konkurencije u postupcima javnih nabavki?*
2. *Da li bi učešće pravnih subjekata, koji mogu obavljati djelatnost kojom se stiče dobit (privrednu delatnost) ukoliko sticanje dobiti nije osnovni statutarni cilj istih, u postupcima javnih nabavki u Bosni i Hercegovini, predstavljalo narušavanje tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini, suprotno načelu jednakog i nediskriminatornog tretmana učesnika u postupku javnih nabavki, u skladu sa stavovima i praksom organa nadležnih za provođenje Zakona o javnim nabavkama, AJN i KRŽ?*
3. *Da li je a priori onemogućavanje učešća udruženja i drugih pravnih subjekata čija osnovna svrha nije sticanje dobiti u postupcima javnih nabavki u Bosni i Hercegovini, bez prethodnog razmatranja datih okolnosti i specifičnosti takvog pravnog subjekta i bez jasno postavljenih kriterijuma i uslova pod kojim bi ovakvi pravni subjekti mogli učestvovati u postupku javnih nabavki, u suprotnosti sa opštim principima zaštite tržišne konkurencije, shodno primjenjivim propisima Bosne i Hercegovine, i načelom jednakog tretmana, načelom zabrane diskriminacije i obezbjeđenja otvaranja javnih nabavki konkurentnosti, utemeljenih u uvodnoj izjavi tačka 2. Direktive Evropskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ?*

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

Također, Konkurencijsko vijeće je u skladu sa članom 25. stav (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 “privredni subjekat” propisan članom 2. stav 1. tačka c) ZoJN i da li je u suprotnosti sa opštim principima o zaštiti tržišne konkurencije utvrđenim odredbom člana 3. ZoJN, odredbama Zakona o konkurenciji i propisima i praksom Evropske unije u oblasti zaštite tržišne konkurencije u postupcima javnih nabavki 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 data nadležnost Konkurencijskom vijeću za postupanje kod narušavanja tržišne konkurencije na relevantnom tržištu, odnosno kada privredni subjekti svojim učešćem i djelovanjem na tržištu sprečavaju, ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenciju u smislu odredbi člana 4. i 10. Zakona o konkurenciji

Ovo mišljenje je dato isključivo na osnovu podataka navedenih u Zahtjevu, te ukoliko dati podaci odstupaju od stvarnog činjeničnog stanja ovo mišljenje se ne može primijeniti.

Predsjednik

dr. Stjepo Pranjić

Dostaviti:

- Podnosiocu zahtjeva
- arhiv Konkurencijskog vijeća