

**BOSNA I HERCEGOVINA**  
*Konkurencijsko vijeće*



**БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА**  
*Конкуренцијски савјет*

**РЈЕШЕЊЕ**

**по Захтјеву привредног субјекта „ORTHO LIFE“ д.о.о. Бихаћ против Завода здравственог осигурања Унско-санског кантона**

**Сарајево,  
фебруар, 2017. године**



Број: 02-26-2-013-58-II/16  
Сарајево, 28.02.2017. године

Конкуренцијски савјет Босне и Херцеговине, на основу члана 25. став (1) тачка е) и члана 42. став (1) Закона о конкуренцији („Службени гласник БиХ“, бр. 48/05, 76/07 и 80/09), члана 105. Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ“, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16), у поступку покренутом по Захтјеву за покретање поступка привредног субјекта „ORTHO LIFE“ д.о.о. Бихаћ, Сарајевска број 8., 77 000 Бихаћ, Босна и Херцеговина, заступаног по Санину Пешти, адвокату из Сарајева, против Завода здравственог осигурања Унско-санског кантона, 5. Корпуса 10, 77 000 Бихаћ, Босна и Херцеговина, ради утврђивања постојања забрањених конкуренцијских дјеловања у смислу члана 4. став (1) тачка б), ц) и д) Закона о конкуренцији и члана 10. став (2) тачке а), б) и ц) Закона о конкуренцији, на 141. (стотинучетрдесетпрвој) сједници одржаној дана 28.02.2017. године, донио је:

### **РЈЕШЕЊЕ**

1. Одбија се Захтјев привредног субјекта „ORTHO LIFE“ д.о.о. Бихаћ, поднесен против Завода здравственог осигурања Унско-санског кантона, ради утврђивања постојања забрањеног споразума у смислу члана 4. став (1) тачке б), ц) и д) Закона о конкуренцији, као неоснован.
2. Одбија се Захтјев привредног субјекта „ORTHO LIFE“ д.о.о. Бихаћ, поднесен против Завода здравственог осигурања Унско-санског кантона, ради утврђивања постојања злоупотребе доминантног положаја у смислу члана 10. став (2) тачке а), б) и ц) Закона о конкуренцији, као неоснован.
3. Одбија се захтјев за накнаду трошкова заступања привредног субјекта „ORTHO LIFE“ д.о.о. Бихаћ, као неоснован.
4. Ово Рјешење је коначно и биће објављено у „Службеном гласнику БиХ“, службеним гласницима ентитета и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине.

### **Образложење**

Конкуренцијски савјет Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Конкуренцијски савјет) је дана 16.05.2016. године, под бројем 02-26-2-013-II/16, запримио Захтјев за покретање поступка (у даљем тексту: Захтјев) привредног субјекта „ORTHO LIFE“ д.о.о. Бихаћ, ул. Сарајевска број 8, 77 000 Бихаћ, Босна и Херцеговина (у даљем тексту: Ortho Life или Подносилац захтјева), поднесен по адвокату Пешто Санину, ул. Џициковац број 8, 71 000 Сарајево против Завода здравственог осигурања Унско-санског кантона, ул. 5. Корпуса 10, 77 000 Бихаћ, Босна и Херцеговина (у даљем тексту: Завод или Противна страна) ради кршења одредби члана 4. став (1) тачка б), ц) и д) Закона о конкуренцији и злоупотребе доминантног положаја у смислу члана 10. став (2) тачка б) и ц) Закона о конкуренцији („Службени гласник БиХ“, бр. 48/05, 76/07 и 80/09 - у даљем тексту: Закон).

Увидом у поднесени Захтјев, Конкуренцијски савјет је утврдио да исти није комплетан и уредан, у смислу члана 28. Закона, те је затражио допуну истог у смислу члана 31. став (1) Закона, актом број: 02-26-2-013-1-II/16 од 22.06.2016. године.

Подносилац захтјева је дописом запримљеним под бројем: 02-26-2-013-2-П/16, дана 23.06.2016. године доставио тражену документацију.

Комплетирањем предметног Захтјева, Конкуренцијски савјет је на основу члана 28. став (3) Закона, дана 07.09.2016. године издао Потврду о пријему комплетног и уредног Захтјева, број: 02-26-2-013-3-П/16.

На основу документације достављене уз Захтјев, Конкуренцијски савјет је оцијенио да није могуће без проведеног поступка утврдити постојање повреде Закона на које Подносилац захтјева указује, те је донијело Закључак о покретању поступка дана 14.09.2016. године под бројем: 02-26-2-013-5-П/16.

Подносилац захтјева је дописом запримљеним под бројем: 02-26-2-013-13-П/16 дана 25.10.2016. године повукао Захтјев за одређивање привремене мјере поднесен на основу члана 40. Закона.

Конкуренцијски савјет је на 136. (стотинутридесетишестој) сједници одржаној дана 21.12.2016. године, донио Закључак о продужењу рока за доношење рјешења број: 02-26-2-013-29-П/16, који је достављен Подносиоцу захтјева и Противној страни.

Дана 26.12.2016. године под бројем: 02-26-2-013-43-П/16, Конкуренцијски савјет је запримио молбу за хитно доношење одлуке упућену од пуномоћника Подносиоца захтјева, адвоката Пешто Санина.

## ***1. Странке у поступку***

Странке у поступку су привредни субјект „ORTHO LIFE“ д.о.о. Бихаћ, Сарајевска број 8., 77 000 Бихаћ, Босна и Херцеговина и Завод здравственог осигурања Унско-санског кантона, 5. Корпуса 10, 77 000 Бихаћ, Босна и Херцеговина.

### ***1.1. Привредни субјекат „ORTHO LIFE“ д.о.о Бихаћ-Подносилац захтјева***

Привредни субјекат Друштво са ограниченом одговорношћу „ORTHO LIFE“ Бихаћ, Сарајевска број 8., 77 000 Бихаћ, Босна и Херцеговина регистрован је код Општинског суда у Бихаћу. Уписан је под МБС: 17-01-0136-14, са основним капиталом од 30.000,00 КМ. Основне дјелатности привредног субјекта Ortho Life су производња, veleпродаја и малопродаја ортопедских помагала.

### ***1.2. Завод здравственог осигурања Унско-санског кантона-Противна страна***

Завод здравственог осигурања Унско-санског кантона основан је Одлуком Скупштине Унско-санског кантона дана 05.08.1998. године, ради обављања послова остваривања права из обавезног здравственог осигурања. Основна дјелатност Завода је омогућавање здравствене заштите и накнаде путних трошкова у вези са кориштењем здравствене заштите осигураним лицима и њиховим члановима породице.

## ***2. Правни оквир предметног поступка***

Конкуренцијски савјет је у току поступка примијенило одредбе Закона, Одлуке о утврђивању релевантног тржишта („Службени гласник БиХ“, број 18/06 и 34/10) и одредбе Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ“ број 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16 - у даљем тексту: Закон о управном поступку) у смислу члана 26. Закона.

Конкуренијски савјет је примијенио и одредбе Одлуке о обиму права на кориштење ортопедских и других помагала, зубнопротетске помоћи и зубнопротетских надомјестака који се обезбјеђују у Заводу здравственог осигурања Унско-санског кантона („Службени гласник Унско-санског кантона“, број: 8/10 и 19/11), те одредбе Закона о здравственом осигурању („Службене новине Федерације“ број: 30/97, 7/02, 70/08 и 48/11).

Конкуренијски савјет је, у складу са чланом 43. став (7) Закона, при утврђивању доминатног положаја Подносиоца захтјева на релевантном тржишту, користио пресуду Европског суда правде број: Т-319/99 од 04.03.2003. године.

Конкуренијски савјет је у предметном поступку, примијенило члан 71. ст. (1) и (2) Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Босне и Херцеговине, с друге стране (у даљем тексту: ССП).

### **3. Поступак по захтјеву за покретање поступка**

У Захтјеву, Подносилац захтјева описују чињенично стање и околности које су разлог за подношење Захтјева, те наводи слиједеће:

- Завод је дана 28.01.2016. године на званичној веб страници објавио Јавни позив за достављање пријава за закључење уговора за производњу и испоруку ортопедских и других помагала осигураним лицима за 2016. годину (у даљем тексту: Јавни позив).

- Подносилац захтјева је по оснивању Конзорција са привредним субјектом „ОртоСар“ д.о.о. Сарајево (у даљем тексту: ОртоСар) у предвиђеном року као носитељ Конзорција поднио пријаву на Јавни позив.

- Подносилац захтјева је по извршеном увиду у објављени Јавни позив, доставио Заводу захтјев за појашњење услова назначених у глави IV Јавног позива, актом број: Пс-ОЛ.1-2/16 од дана 03.02.2016. године.

- Ortho Life је сматрајући услове Јавног позива незаконитим у цијелости, покушао реализирати своја права у складу са одредбама Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“ број 39/14 - у даљем тексту: Закон о јавним набавкама), подношењем жалбе број: Пс-ОЛ.2.-2/16 дана 03.02.2016. године.

- Завод је актом број: 04/2-49-1359/16 од 09.02.2016. године обавијестио Подносиоца захтјева да су постављени услови Јавног позива de facto произвољни и да немају упориште нити у једном законском или подзаконском пропису, те да се поступак Јавног позива не води по Закону о јавним набавкама.

- Подносилац захтјева је дана 22.02.2016. године запримио допис Завода број: 03-37-1087/16 којим је обавијештен о „недопуштености жалбе“ у предметном поступку Јавног позива, јер Јавни позив није предмет Закона о јавним набавкама.

- Завод је обавијестио Подносиоца захтјева да није задовољио услове предвиђене Јавним позивом достављањем обавјештења број: 03/1-37-2375/16 од 15.03.2016. године (у даљем тексту: Обавјештење), тј. да Подносилац захтјева није доставио увјерење надлежног суда предвиђено тачком 4. глава IV Јавног позива, обзиром да је издавање траженог увјерења у надлежности Суда Босне и Херцеговине, те да се поднесена пријава на Јавни позив сматра појединачним пријавама чланова Конзорција.

- Комисија именована од стране Завода је приликом отварања пријава по Јавном позиву утврдила да пријава Конзорција није прихватљива због недостављања увјерења надлежног суда предвиђеног тачком 4. глава IV Јавног позива, док Завод у Обавјештењу наводи друге разлоге

неприхватљивости понуде Конзорција али и раздвајање понуде Подносиоца захтјева и другог члана Конзорција привредног субјекта ОртхоСар.

- Завод је актом број: 03-49-874-1/16 од 21.03.2016. године обавијестио Подносица захтјева о раскиду Уговора о пословној сарадњи број: 03-37-148/16 који су међусобно склопили дана 11.01.2016. године (у даљем тексту: Уговор) и Анекса уговора број: 03-49-874/16 од 01.02.2016. године (у даљем тексту: Анекс уговора).

- Подносилац захтјева је дописом број: 16/24 од 23.03.2016. године, те дописом број: 24/2016 од 11.04.2016. године указао на незаконитост престанка Уговора и затражио појашњење у погледу поступања Завода, при чему је Завод упућен на одредбе Закона о јавним набавкама и одредбе Закона о облигационим односима.

- Завод је дана 23.03.2016. године закључио уговор број: 03-49-2640/16 са привредним субјектом „Otto Bock Adria“ д.о.о. Сарајево (у даљем тексту: Otto Bock Adria) и дана 23.03.2016. године уговор број: 03-49-2639/16 са привредним субјектом „Bauerfeind“ д.о.о. Сарајево (у даљем тексту: Bauerfeind).

- Подносилац захтјева је директно упутио жалбу Уреду за разматрање жалби због шутње администрације, те је Уред за разматрање жалби Рјешењем број: ЈН2-03-07-1-234-7/16 од 31.03.2016. године усвојио жалбу и поништио Јавни позив.

- Завод је једностраним раскидом Уговора оштетио Подносиоца захтјева, јер је чланом 2. Анекса уговора дефинисано да се трајање Уговора продужава до окончања процедуре уговарања по основу Јавног позива, односно до доношења одлуке о резултатима Јавног позива, при чему је Завод занемарио постојање жалбеног поступка и закључио уговоре са привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind.

- Завод је требао наставити са примјеном Уговора закљученог са Подносиоцем захтјева, те да Обавијест није подобна исправа на основу које се може раскинути или престати примјењивати Уговор, обзиром да је чланом 2. Анекса уговора дефинирано да се трајање Уговора продужава до окончања процедуре по основу Јавног позива, односно до доношења одлуке о резултатима Јавног позива, што недвосмислено упућује да Завод није требао престати са примјеном Уговора, нити закључити уговоре са привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind.

- Да је Завод на незаконит начин престао примјењивати Уговор склопљен са Подносиоцем захтјева због закључења уговора са привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind на бази „процедуре уговарања“ која није окончана, на основу извјесне одлуке о резултатима Јавног позива (Одлука о додјели уговора од дана 14.03.2016. године) која није достављена Подносиоцу захтјева како би била предмет преиспитивања. Стога таква Одлука није стекла својство правоснажног и извршног управног акта, те иста није била подобан основ за престанак примјене Уговора.

- Подносилац захтјева је у пријави за Јавни позив доставио сву потребну документацију, укључујући и Увјерење Општинског суда у Бихаћу о чињеницама из службене евиденције број: 017-0-Кр-16-006 од 04.01.2016. године (у даљем тексту: Увјерење) које је у погледу нивоа суда који га је издао, те члана закона на темељу којег је издато, истовјетно са увјерењима достављеним од стране привредних субјеката Otto Bock Adria и Bauerfeind са којим је Завод склопио уговоре (Увјерења о чињеницама из службене евиденције издата од Општинског суда у Сарајеву).

- Увјерење које је доставио Подносилац захтјева не може бити мањкаво, из разлога што у истом нису појединачно набројана два или три кривична дјела као у садржају увјерења која су доставили привредни субјекти Otto Bock Adria и Bauerfeind, јер Увјерење које је доставио Подносилац захтјева доказује да Подносилац захтјева није осуђиван за кривична дјела прописана Кривичним законом.

- Завод је инсистирањем на невалидности/неподобности Увјерења које издато Подносиоцу захтјева, а прихваћајући увјерења која су доставили привредни субјекти Otto Bock Adria и Bauerfeind, примјенио различите услове на Подносица захтјева и привредне субјекте Otto Bock Adria и Bauerfeind, чиме је Завод довео Подносиоца захтјева у неповољан положај у односу на конкуренцију.

- Завод је дана 11.04.2016. године донио Одлуку о поништењу Јавног позива број: 03-49-31167/16, те наставио са примјеном уговора закључених са привредним субјектом Otto Bock Adria и привредним субјектом Bauerfeind.

- Завод је постављањем услова у тачки 15. глави IV Јавног позива де факто „затворио“ тржиште, обзиром да Подносилац захтјева који је практично новоосновао правно лице није могао у кратком периоду свог пословања реализирати уговоре у вриједности од најмање 250.000,00 КМ.

- Завод је својим поступањем утицао на подјелу тржишта ортопедских помагала на релевантном географском тржишту, при чему је изворе снабдијевања крајњих корисника ортопедских помагала ограничио на два привредна субјекта, тј. привредне субјекте Otto Bock Adria и Bauerfeind.

- Да је чланом 3. Привременог упутства о начину и поступку за одобравање издавања ортопедских и других помагала, зубнопротетске помоћи и зубнопротетских надомјестака који се обезбјеђују у Заводу здравственог осигурања Унско-санског кантона („Службени гласник Унско-санског кантона“ број 20/14 и 10/15 - у даљем тексту: Привремено упутство), односно чланом 9. Одлуке о обиму права на кориштење ортопедских и других помагала, зубнопротетске помоћи и зубнопротетских надомјестака који се обезбјеђују у Заводу здравственог осигурања Унско-санског кантона („Службени гласник Унско-санског кантона“ број: 8/10 и 19/11 - у даљем тексту: Одлука), те чланом 33. Закона о здравственом осигурању ФБиХ, утврђен начин уговарања, производње, испоруке ортопедских и других помагала, као и права крајњих корисника, те да поменути прописи не дају овлаштење Заводу да поставља услов из главе IV тачка 15. Јавног позива тј. доказ „финансијске оспособљености“ понуђача, односно привредних субјеката који обављају дјелатност производње ортопедских и других помагала.

- Да је Завод уколико је већ сматрао да постоји потреба за утврђивањем „финансијске оспособљености“ потенцијалних понуђача требао провести поступак јавних набавки у складу са Законом о јавним набавкама.

Подносилац захтјева истиче да је Завод, постављањем услова у Јавном позиву којим се тражи од понуђача достава потврде уговорних органа о успјешности у реализацији најмање по два уговора годишње чија укупна вриједност износи 250.000,00 КМ за двије претходне календарске године (2014.-2015. годину), довео Подносиоца захтјева у неповољан положај у односу на конкуренцију у смислу члана 4. став (1) тачка б), ц) и д) Закона.

Подносилац захтјева сматра да је Завод закључио забрањене споразуме са привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind у смислу члана 4. став (1) тачка б) и ц) Закона, обзиром да је Уред за разматрање жалби Рјешењем број: ЈН2-03-07-1-234-7/16 од 31.03.2016. године поништио Јавни позив, а да је Завод наставио са примјеном уговора закључених са привредним субјектима Отто Боцк Адриа и Бауерфеинд.

Надаље, Подносилац захтјева истиче да је постављање услова тзв. „финансијске оспособљености“ из главе IV тачка 15. Јавног позива суштински омогућавање стварања доминантног положаја привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind. Завод на тај начин онемогућава тржишну конкуренцију и пословање привредних субјеката који су тек основани или су имали сметње у пословању у периоду за који се захтјева реализација уговорних односа у вриједности од 250.000,00 КМ, што у смислу члана 10. став (2) тачка б) и ц) Закона представља злоупотребу доминантног положаја.

Подносилац захтјева, сукладно члану 40. Закона је предложио да Конкуренцијски савјет донесе привремену мјеру и наложи Заводу да без одлагања настави са примјеном Уговора о пословној сарадњи број: 03-37-148-/16 који су међусобно склопили дана 11.01.2016. године и Анекса уговора број: 03-49-874/16 од 01.02.2016. године, а на терет новчаних средстава Завода у складу са Одлуком.

Такође, Подносилац захтјева је предложио да Конкуренцијски савјет наложи Заводу да стави ван снаге уговор број: 03-49-2640/16 од 23.03.2016. године који је склопио са привредним субјектом Otto Bock Adria и уговор број: 03-49-2639/16 од 23.03.2016. године који је склопио са привредним субјектом Bauerfeind, обзиром на фактичку ништавост поступка по Јавном позиву који је претходио закључењу поменутих уговора.

Завод у свом одговору у потпуности одбацује и негира тврдње привредног субјекта Ortho Life наведене у Захтјеву за покретање поступка, те наводи сљедеће:

- Одлуком о утврђивању пакета здравствених услуга („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ број: 21/09), утврђена је Листа ортопедских и других помагала која се могу прописивати у оквиру обавезног здравственог осигурања, те је истом утврђен износ који се издваја из средстава намјењених за здравствено осигурање.

- Одлуком, је такође утврђена Листа ортопедских и других помагала која се могу прописивати у оквиру обавезног здравственог осигурања, те су одређени битни елементи када је у питању ортопедско помагало, шифра помагала, назив помагала, рок кориштења, као и учешће Завода.

- Завод је дана 27.10.2014. године запримио акт Агенције за јавне набавке Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Агенција за јавне набавке) број: 04-02-1-2089-I/14 у којем је на раније постављен упит Завода одговорено да се код набавке субвенционираних роба, без обзира на проценат субвенционирања не мора примјењивати Закон о јавним набавкама.

- Чланом 7. став (1) Закона о јавним набавкама прописано је да се исти примјењује на уговоре које уговорни орган директно субвенционира с више од 50% и то ако ти уговори укључују радове у смислу Анекса I Закона о јавним набавкама и на уговоре који укључују радове на болницама, објектима намијењеним за спорт, рекреацију и одмор, школским универзитетским зградама и зградама које се користе у административне сврхе.

- Да се Закон о јавним набавкама не примјењује за набавку ортопедских помагала која Завод субвенционира за своје осигуранике, него само за набавке које се субвенционирају с више од 50% и тичу се набавке радова из Анекса I Закона о јавним набавкама, те услуга које су у вези с тим радовима.

- У досадашњој пракси Завода набавка ортопедских помагала се обављала путем Јавног позива у Унско-санском кантону и у другим кантонима на подручју Федерације Босне и Херцеговине, те је познато како Завод здравственог осигурања Кантона Сарајево не врши набавку ортопедских помагала на основу Закона о јавним набавкама.

- Завод је дана 28.01.2016. године расписао Јавни позив, поштујући начела на којима почива поступак јавне набавке, ради транспарентности трошења јавних средстава за набавку субвенционираних роба.

- Завод је у конкретном случају, као уговорни орган проводио поступак набавке ортопедских помагала према цијени која је утврђена Одлуком која је обавезујућа за Завод.

- У случајевима када Завод учествује са 100% износа у набавци ортопедских помагала, проводи се поступак јавне набавке у складу са Законом о јавним набавкама, ради постизања ниже цијене.

- Јавни позив није предмет Закона о јавним набавкама, те да је Завод поштовао принципе на којима почивају јавне набавке.
  - Завод је објављеним Јавним позивом, поступак уговарања учинио транспарентним и доступним јавности.
  - Након запримања акта Подносиоца захтјева којим се тражи да се по наведеној „жалби“ донесе рјешење, односно управни акт, Завод је дописом број: 03/1-37-2375/16 од дана 15.03.2016. године обавијестио Подносиоца захтјева, да не може учинити тражено, јер се не ради о управном поступку.
  - На Јавни позив жалба није допуштена, те да Јавни позив по својој природи није управни акт у смислу Закона о управном поступку и Закона о управним споровима.
  - Завод је дана 23.03.2016. године закључио уговоре са кандидатима који су испунили услове тражене Јавним позивом.
  - Завод је дана 31.03.2016. године запримио Рјешење Уреда за разматрање жалби број: ЈН2-03-07-1-234-7/16 од 31.03.2016. године којим је усвојена жалба привредног субјекта Ortho Life и поништен Јавни позив, без претходног читавања Завода.
  - Завод је дана 11.04.2016. године, донио Одлуку о поништењу Јавног позива број: 03-49-3167/16, те обавијестио ортопедске куће са којим има склопљене уговоре о истом и покренуо управни спор против Рјешења Уреда за разматрање жалби пред Судом Босне и Херцеговине.
  - Такође, Завод је дана 18.04.2016. године запримио допис од потенцијалног понуђача Конзорција привредних субјеката Ortho Life и OrtoSar, насловљен као „жалба“ у којем су изнесене примједбе на поступак набавке ортопедских помагала.
  - Уред за разматрање жалби је донио Рјешење број: ЈН2-03-07-1-365-6/16 од 06.05.2016. године којим су поништени закључени уговори у поступку набавке по Јавном позиву.
  - Управни одбор Завода је дана 18.05.2016. године донио Одлуку број: 01-37-4217/16 којом је овлаштена стручна служба Завода, да у периоду до закључења уговора о набавци ортопедских и других помагала, обезбиједи континуирано снабдијевање осигураних лица у складу са Одлуком.
- Конкуренијски савјет је дана 26.12.2016. године под бројем: 02-26-2-013-44-П/16 запримио допис којим је Подносилац захтјева у складу са налогом Конкуренијског савјета са усмене расправе, доставио тражену документацију и то: Одлуку о допунама Одлуке о обиму права на кориштење ортопедских и других помагала, зубнопротетске помоћи и зубнопротетских надомјестака који се обезбјеђују у Заводу здравственог осигурања Унско-санског кантона („Службени гласник Унско-санског кантона“ број 19/11), Одлуку о обустави поступка број: 03-49-10325-1/16 од дана 20.12.2016. године и Тендерску документацију број: 03/49-10325/16.
- Противна страна се сукладно налогу Конкуренијског савјета са усмене расправе, очитовала на постављена питања својим дописом број: 04/2-37-11474/16 од дана 28.12.2016. године, који је Конкуренијски савјет запримио дана 29.12.2016. године у којем наводи слjedeће:
- Завод је дана 04.02.2016. године запримио Захтјев за појашњење услова Јавног позива, на који је одговорио актом 04/2-49-1359/16 од дана 09.02.2016. године.
  - Завод је дана 04.02.2016. године запримио Жалбу на предметни Јавни позив на коју је одговорио дана 17.02.2016. године актом број: 03-37-1087/16.
  - Уред за разматрање жалби је дана 12.05.2016. године донио Закључак број: ЈН2-03-07-1-417-1/16 којим је жалба Конзорција Ortho Life и ОртоСар одбачена као недопуштена.



- Завод је у периоду од 01.01.2016. године до 28.01.2016. године имао закључене уговоре са привредним субјектима: Latex д.о.о. Цазин, Bauerfeind д.о.о. Сарајево, Otto Bock Adria д.о.о. Сарајево, ОртоСар д.о.о. Сарајево и Подносиоцем захтјева.

- Надлежност за издавање увјерења траженог Јавним позивом дефинисана је важећим прописима Босне и Херцеговине, те да је за кривична дјела предвиђена тачком 4. глава IV Јавног позива надлежан Суд Босне и Херцеговине.

- Завод је према мишљењу Агенције за јавне набавке у обавези примјењивати начела Закона о јавним набавкама, те да је код предметног Јавног позива примјенио тумачење Агенције за јавне набавке, ЗИПС број: 1324-1326 од дана 15.01.2016 године, страница број 163 којим је образложена надлежност суда.

- Привредни субјекат Otto Bock Adria доставио увјерење издато од стране Општинског суда у Сарајеву са побројаним кривичним дјелима предвиђеним тачком 4. глава IV Јавног позива.

- У увјерењу привредног субјекта Ortho Life које је издао Општински суд у Бихаћу нису набројана појединачна кривична дјела предвиђена Јавним позивом, стога Завод није прихватио исто као важеће.

- Завод је покренуо поступак јавне набавке ортопедских помагала у складу са Законом о јавним набавкама (обавјештење о набавци број: 190-1-1-34-3-30/16 од дана 23.12.2016.године).

#### **4. Усмена расправа**

Обзиром да се у предметном поступку ради о странкама са супротним интересима, Конкуренијски савјет је у складу са чланом 39. став (1) Закона, заказао усмену расправу за дан 07.12.2016. године.

Дана 06.12.2016. године под бројем: 02-26-2-013-22-II/16, Конкуренијски савјет је запримио захтјев за одгоду усмене расправе упућен од пуномоћника Завода, Мирзе Татаревиха (запосленица), уз који је уједно достављена и пуномоћ за заступање.

Конкуренијски савјет је дана 06.12.2016. године, дописом број: 02-26-2-013-23-II/16 обавијестио Подносиоца захтјева о одгоди заказане усмене расправе и накнадно доставио позиве за усмену расправу.

Усмена расправа одржана је дана 22.12.2016. године у просторијама Конкуренијског савјета уз присуство пуномоћника Подносиоца захтјева, адвоката Пешто Санина, лица овлаштених за заступање Подносиоца захтјева Мустафе Ибрахимпашића и Сање Глумац-Арнаутовић и пуномоћника Противне стране Исидоре Иваниш и Мирзе Татаревих (запосленице Завода).

#### **Заступник Подносиоца захтјева је на усменој расправи истакао сљедеће:**

- Остаје код навода из поднеска број: Пс-ОЛ-КВ-3/16 од дана 25.10.2016. године којим је повукао приједлог за доношење привремене мјере.

- Одустаје од става 4. Захтјева исказаног у петиту Захтјева на страни 3. који се односи на примјену Уговора и Анекса уговора, обзиром да је Подносилац захтјева остварује пословну сарадњу са Заводом.

- На основу члана 26. Закона у вези са чланом 3. и 21. Закона о управном поступку, прецизира Захтјев, на начин да се у дијелу Захтјева на страни 1. иза члана 10. став (1) додаје тачка а), што

указује на је Завод својим дјеловањем поступио супротно члану 10. став (1) тачке а), б) и ц) Закона, постављањем услова у глави IV тачка 15. Јавног позива.

- Завод је поступао супротно одредбама Закона у периоду од 23.03.2016. године, односно 28.01.2016. године до 01.06.2016. године, након чега је настављена сарадња између Подносиоца захтјева и Завода, што је и неспорно међу истим.

- Противна страна је након доношења Одлуке о поништењу Јавног позива број: 03-49-3167/16 од дана 11.04.2016. године до дана 30.05.2016. године, пропустила обавијестити привредне субјекте Otto Bock Adria и Bauerfeind о поништењу Јавног позива и ништавости закључених уговора, што свједочи о незаконитостима у раду Завода.

- Противна страна је постављањем услова из главе IV тачка 15. Јавног позива, нарушила конкуренцију, увела неприхватљиве услове, те онемогућила свим правним и физичким лицима која су у текућој години инвестирала у пословање, односно регистровала дјелатност предвиђену Јавним позивом, учешће у истом.

- Завод је доставио Обавјештење о престанку уговора, без достављања одлуке о резултатима Јавног позива, те да Обавјештење не садржи поуку о правном лијеку.

- Завод је у новембру 2016. године, под бројем: 190-1-1-32-3-28/16 покренуо поступак јавне набавке који је везан уз став 5. петита Захтјева, што би Конкурентијски савјет требао цијенити приликом одлучивања у предметном поступку.

#### **Заступник Противне стране је на усменој расправи истакао сљедеће:**

- Завод у цијелости остаје код навода и чињеница изнесених у Одговору на захтјев, те да Захтјев Противне стране сматра несврхисходним, обзиром да је поступио по рјешењима Уреда за разматрање жалби, поништио Јавни позив и уговоре закључене на основу истог.

- Током поступка, Завод није довео нити једног потенцијалног понуђача у неповољан положај, јер је објавом Јавног позива омогућио свим потенцијалним понуђачима који испуњавају услове тражене Јавним позивом закључење уговора.

- Не може се прихватити тврдња Подносиоца захтјева како је Завод на незаконит начин престао са примјеном Уговора, обзиром да је закљученим Анексом уговора дефинисано да се исти продужава до окончања поступка уговарања, односно до доношења одлуке о резултатима Јавног позива.

- Завод је спреман доставити извјештај о оствареном промету по уговорима склопљеним дана 23.03.2016. године, уколико Конкурентијски савјет сматра то неопходним.

- Заступник Завода сматра како не постоји потреба за поступком вјештачења, обзиром да Завод посједује финансијске картице о реализацији уговора, те да је битно истаћи, што је и Подносилац захтјева навео, да су наведени уговори поништени и да више немају правну снагу.

- Завод је приликом расписивања Јавног позива, поступио према мишљењу Агенције за јавне набавке, према којем не постоји обавеза примјене Закона о јавним набавкама код набавке ортопедских помагала, али да органи који проводе исте нису ослобођени примјене принципа на којима почивају јавне набавке.

- Завод није проследио жалбу Подносиоца захтјева од дана 03.02.2016. године, јер се поступак Јавног позива није водио на основу Закона о јавним набавкама и да Уред за разматрање жалби није надлежан за поступке набавки по Јавном позиву.

- Завод је доставио одлуку о резултату Јавног позива понуђачима који су задовољили услове Јавног позива, док је осталим понуђачима достављено обавјештење.
- Завод је доставио Обавјештење о исходу поступка набавке привредном субјекту Ortho Life како је и дефинисано у Јавном позиву.
- У Јавном позиву није наведена вриједност набавке, јер поступак по Јавном позиву није законски дефинисан и Завод није у обавези навести вриједност набавке.
- У предметном поступку по Јавном позиву процијењена вриједност набавке износила 2.500.000,00 КМ, те да је Завод поставио минималан износ од 250.000,00 КМ.
- За издавање увјерења траженог тачком 4. глава IV Јавног позива надлежан је Суд Босне и Херцеговине, али да је валидно увјерење других судова под условом да су истим обухваћена кривична дјела наведена у тачки 4. глава IV Јавног позива.
- Завод сматра да увјерење које је доставио Подносилац захтјева не задовољава услове одређене Јавним позивом.
- Завод је закључио уговоре са изабраним добављачима и да се на жалбе потенцијалних понуђача читовао уз објашњење да се поступак по Јавном позиву не води на основу Закона о јавним набавкама, те да је након запримања Рјешења Уреда за разматрање жалби, поступио по истом.
- Завод је наставио са примјеном уговора склопљених по привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind, обзиром да је у међувремену добио жалбу другог потенцијалног понуђача привредног субјекта ОртоСар и чекао да Уред за разматрање жалби донесе рјешење по истој.
- Рјешење о поништењу уговора Уреда за разматрање жалби садржавало је техничку грешку, односно да је постојала грешка у бројевима поништених уговора, те да је Завод по доношењу закључка о исправци грешке донио одлуку о поништењу закључених уговора и обавијестио странке о томе.
- Завод је у складу са Законом о здравственом осигурању којим су регулисана права и обавезе осигураних лица на свеобухватну заштиту, а по инструкцији Управног одбора Завода на основу Одлуке од дана 18.05.2016. године, обезбиједио набавку ортопедских помагала до окончања поступка уговарања, по којој поступа и привредни субјект Ortho Life.
- Завод ће процедуру набавке ортопедских помагала за 2017. годину реализирати у складу са одредбама Закона о јавним набавкама, те да је процедура припреме тендерске документације при крају.
- До момента одржавања усмене расправе, није донесена одлука у спору који је покренуо Завод против Рјешења Уреда за разматрање жалби број: ЈН2-03-07-1-234-7/16 од 31.03.2016. године.

## **6. Прикупљање података од трећих лица**

Током поступка, Конкуренцијски савјет је ради утврђивања свих релевантних чињеница у смислу одредби члана 35. став (1) тачка а) и ц) Закона прикупљао податке и документацију од трећих лица која нису странке у поступку.

Конкуренцијски савјет се у смислу члана 35. став (1) тачка а) и ц) Закона обратило Уреду за разматрање жалби БиХ актом број: 02-26-2-013-19-П/16 од дана 23.11.2016. године, Агенцији за јавне набавке Босне и Херцеговине актом број: 02-26-2-013-20-П/16 од дана 23.11.2016. године и Високом судском и тужилачком савјету Босне и Херцеговине актом број: 02-26-2-013-21-П/16

од дана 23.11.2016. године, како би добило потребне податке и додатна појашњења везана за Захтјев.

Конкурентски савјет је дана 06.12.2016. године запримио мишљење Агенције за јавне набавке број: 03-02-1-5317-2/16 од 29.11.2016. године у којем се наводи следеће:

- Члан 7. Закона о јавним набавкама који је усклађен са Директивама ЕУ о јавним набавкама предвиђа примјену Закона о јавним набавкама само у случају набавке директно субвенционираних уговора који укључују уговоре о радовима или услугама које су везане за радове, који су таксативно набројани у члану 7. став (1) Закона о јавним набавкама и то субвенционираних са више од 50%, док се за набавку субвенционираних роба и других услуга Закон о јавним набавкама не примјењује.

- Уколико уговорни орган директно субвенционира набавку ортопедских помагала, иста набавка не подлијеже примјени Закона о јавним набавкама. О директном субвенционирању се ради у оном случају када се субвенција врши тачно одређеној категорији корисника, у овом случају корисницима ортопедских и других помагала.

- Члан 45. Закона о јавним набавкама дефинише личну способност кандидата, која се цијени током поступка јавних набавки.

- Такође, члан 45. став (1) тачка а) Закона о јавним набавкама прописује да је уговорни орган, изузев у случајевима из члана 21. став (1) тачка д) и члана 22. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама дужан одбацити захтјев за учешће или понуду, ако је кандидат/понуђач у кривичном поступку осуђен правоснажном пресудом за кривична дјела организованог криминала, корупцију, превару или прање новца, у складу са важећим прописима у БиХ или земљи у којој је регистриран.

- Закон о јавним набавкама и везани подзаконски акти не прописују обавезу уговорном органу да мора навести који суд је надлежан за издавање увјерења у конкретном случају, нити је то уопште могуће. Узевши у обзир да понуде могу подносити различити привредни субјекти, како домаћи тако и инострани уговорни орган би морао знати и навести све судове који су надлежни да издају конкретно увјерење за сваки од потенцијалних кандидата/понуђача.

- Код примјене Закона о јавним набавкама, потврде о учињеној реализацији уговора достављају се у складу са чланом 48. и 49. Закона о јавним набавкама који се односе на техничку и професионалну способност кандидата/понуђача, а не у складу са чланом 47. Закона о јавним набавкама који се односи на економску и финансијску способност.

- Да се код поступка јавних набавки, када је у питању економска и финансијска способност, могу примјенјивати само услови из члана 47. став (1) Закона о јавним набавкама.

- Захтјеве за техничку и професионалну способност кандидата/понуђача, уговорни орган може утврдити тамо гдје сматра да је то потребно, а што може зависити од врсте, количине/обима или намјене предмета набавке, како би био сигуран да ће понуђач бити способан реализовати додјелени уговор.

- Захтјеви који се односе на техничку и професионалну способност кандидата/понуђача требају бити минимални, те да морају бити повезани и пропорционални предмету уговора и не смију имати ограничавајући ефекат на конкуренцију.

- Предметни Јавни позив не садржи податке о процијењеној вриједности набавке и да Агенција за јавне набавке не може утврдити да ли је постављени услов у тачки 15. глава IV Јавног позива сразмјеран предмету набавке у смислу члана 44. став (3) Закона о јавним набавкама и члана 7. став (4) Упутства за припрему модела техничке документације и понуда („Службени гласник БиХ“, број 90/14 и 20/15).

Конкуренијски савјет је дана 07.12.2016. године запримио одговор на упит од Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херцеговине (у даљем тексту: ВСТС) број: 08-07-10-3267-2/2016 од 02.12.2016. године у којем је навело да не може дати одговоре на питања која је поставило Конкуренијски савјет, јер не може коментарисати поступке јавних набавки које не проводи ВСТС, нити акте издате о стране надлежних судова у складу са законским овлашћењима.

Конкуренијски савјет је дана 14.12.2016. године запримио одговор Уреда за разматрање жалби БиХ број: 01-50-3-340-3/16 од 13.12.2016. године у којем се наводи да је по жалби привредног субјекта Ortho Life донио Рјешење број: ЈН2-03-07-1-234-7/16 и да је Завод тужбом покренуо управни спор против поменутог рјешења.

У циљу прикупљања података и информација везаних за Захтјев, Конкуренијски савјет се обратио релевантним институцијама и то: Општинском суду у Бихаћу (акт број: 02-26-2-013-32-П/16 од дана 22.12.2016. године), Заводу здравственог осигурања Тузланског кантона (акт број: 02-26-2-013-33-ИИ/16 од дана 22.12.2016. године и акт број: 02-26-2-013-43-П/16 од дана 28.12.2016. године), Заводу здравственог осигурања Херцеговачко-неретванске жупаније/кантона (акт број: 02-26-2-013-34-П/16 од дана 22.12.2016. године), Заводу здравственог осигурања Кантона 10 (акт број: 02-26-2-013-35-П/16 од дана 22.12.2016. године), Заводу здравственог осигурања Кантона Сарајево (акт број: 02-26-2-013-36-П/16 од дана 22.12.2016. године), ЈУ Кантонални завод за здравствено осигурање Босанско-подрињског кантона Горажде (акт број: 02-26-2-013-37-П/16 од дана 22.12.2016. године), Заводу здравственог осигурања Зеничко-добојског кантона (акт број: 02-26-2-013-38-П/16 од дана 22.12.2016. године и акт број: 02-26-2-013-46-П/16 од дана 28.12.2016. године), Заводу здравственог осигурања Средњо-босанског кантона (акт број: 02-26-2-013-39-П/16 од дана 22.12.2016. године), Заводу за здравствено осигурање Западнохерцеговачког кантона/жупаније (акт број: 02-26-2-013-40-П/16 од дана 22.12.2016. године) и Заводу здравственог осигурања Посавског кантона/жупаније (акт број: 02-26-2-013-41-П/16 од дана 22.12.2016. године).

Конкуренијски савјет је дана 29.12.2016. године запримио одговор Завода здравственог осигурања Херцеговачко-неретванског кантона (у даљем тексту: Завод ХНК) број: 040302-39-14-8-3-16736-1/16 од 28.12.2016. године у којем се наводи сљедеће:

- Завод ХНК набавку ортопедских помагала која се не уграђују у тијело врши путем Јавног позива, а помагала као што су пацемакер, ендопротезе и сл., набавља сукладно Закону о јавним набавкама.
- Код расписивања Јавног позива, као и код примјене Закона о јавним набавкама Завод ХНК није постављао услов „финансијске оспособљености“ потенцијалних уговорних добављача.
- Завод ХНК је у 2016. години закључио уговоре са 14 уговорних добављача ортопедских и других помагала с Листе помагала.

Конкуренијски савјет је дана 29.12.2016. године запримио одговор на упит од Општинског суда у Бихаћу број: 017-0-Су-16-001099 од 29.12.2016. године у којем се наводи да је на захтјев привредног субјекта Ortho Life, Општински суд у Бихаћу издао увјерење да се против истог не води кривични поступак. Издато увјерење доказује да привредни субјекат Ortho Life у периоду од 5 година који претходи издавању увјерења није осуђен правоснажном пресудом.

Конкуренијски савјет је дана 04.01.2017. године, запримио одговор Завода здравственог осигурања Посавског кантона (у даљем тексту: Завод Посавског кантона) број: 2.2.-49-1714/16 од 28.12.2016. године у којем се наводи сљедеће:

- Завод Посавског кантона не расписује Јавни позив за набавку ортопедских помагала и нема закључене уговоре за набавку ортопедских и других помагала.
- Одлуком о обиму права на кориштење ортопедских и других помагала која се финансирају или суфинансирају из средстава Завода Посавског кантона, прописана је листа помагала, трајање помагала, те износ до којег Завод Посавског кантона суфинансира набавку помагала.

- Повјеренство за одобравање ортопедских помагала на захтјев осигураника утврђује да ли постоји потреба за набавком ортопедског помагала које се налазе на листи ортопедских помагала, а да накнадним рјешењем Завод Посавског кантона одобрава рефундација дијела трошкова.

Конкуренијски савјет је дана 09.01.2017. године запримио одговор Завода здравственог осигурања Кантона Сарајево (у даљем тексту: Завод КС) број: 03-08-А.Б.Р.-38899/16 од 29.12.2016. године у којем се наводи сљедеће:

- Завод КС је на основу обавезног здравственог осигурања дужан обезбиједити потребна медицинска средства осигураницима Кантона Сарајево.

- Обим, услови и начин остваривања права на кориштење медицинских средстава дефинисани су Уредбом о обиму, условима и начину остваривања права осигураних лица на кориштење ортопедских и других помагала, ендопротеза стоматолошко-протетске помоћи и стоматолошко-протетских надомјестака („Службене новине Кантона Сарајево“ број 38/07, 29/08 и 40/14 - у даљем тексту: Уредба о обиму, условима и начину остваривања права осигураних лица) коју је донијела Влада Кантона Сарајево.

- Да је Завод Кантона Сарајево до 2014. године вршио набавку поменутих медицинских средстава путем јавне набавке сукладно Закону о јавним набавкама, али да је након измјене и ступања на снагу Уредбе о измјенама и допунама Уредба о обиму, условима и начину остваривања права осигураних лица у 2014. године којом није био дефинисан начин набавке медицинских средстава, донио Упутство о примјени Уредбе о измјенама и допунама Уредба о обиму, условима и начину остваривања права осигураних лица.

- У глави III Упутства о примјени Уредбе о измјенама и допунама Уредба о обиму, условима и начину остваривања права осигураних лица, прецизирано је да ће се издавање медицинских средстава осигураницима обављати у уговорним апотекама, специјализираним трговинама за промет медицинским средствима на мало на подручју Кантона Сарајево у оквиру своје регистроване дјелатности.

Конкуренијски савјет је дана 10.01.2017. године запримило одговор Завода здравственог осигурања Тузланског кантона (у даљем тексту: Завод Тузланског кантона) број: 01-1420-613-1/16 од 05.01.2017. године у којем се наводи сљедеће:

- Завод Тузланског кантона не врши набавку и дистрибуцију ортопедских и других помагала, односно не расписује јавни позив, нити проводи поступак јавне набавке сукладно Закону о јавним набавкама.

- Сходно члану 33. Закона о здравственом осигурању, осигурана лица имају право на кориштење ортопедских и других помагала.

- Одлуком о утврђивању основног пакета здравствених права („Службене новине ФБиХ“ број 21/09) уврђена је Листа ортопедских и других помагала која се могу прописивати у оквиру обавезног здравственог осигурања са тачно утврђеним називом помагала, трајањем и износом (без ПДВ-а) којег финансира здравствено осигурање (учешће).

- Одлуком о јединственој листи ортопедских и других помагала („Службени гласник Тузланског кантона број: 15/15 и 1/16), утврђена је јединствена листа ортопедских и других помагала, индикације за стицање права на помагала и ендопротезе, рокови кориштења и учешће Завода Тузланског кантона у оставаривању права осигураних лица.

- Из напријед наведеног произилази да кантонални заводи учествују у дијелу трошкова обезбјеђивања ортопедских и других помагала, те се у том смислу не примјењује Закон о јавним набавкама, јер се ради о субвенционираним уговорима, што потврђује и мишљење Агенције за јавне набавке објављено на званичној веб страници.

- Пракса на подручју Тузланског кантона је да Завод Тузланског кантона након удовољавања захтјеву за ортопедским помагалом, даје могућност осигураним лицима да сама бирају гдје ће извршити набавку ортопедског помагала.

- Завод Тузланског кантона не утиче на избор осигураног лица када је у питању набавка помагала, али да учествује у набавци истог до висине учешћа утврђеног позитивним прописом.

Конкуренијски савјет је дана 11.01.2017. године запримио је одговор Завода здравственог осигурања Зеничко-добојског кантона (у даљем тексту: Завод ЗДК) број: 03-37-133/17-МП од 06.01.2017. године у којем се наводи сљедеће:

- Завод ЗДК под једнаким условима закључује уговоре о снабдијевању о осигураних лица ортопедским помагалима са свим субјектима који испуњавају услове и при томе су сагласни са „Цјеновником ортопедских справа и помагала на јединственој листи помагала, зубнопротетских средстава и ендопротеза“.
- Завод ЗДК приликом уговарања са снабдјевачима ортопедских помагала није примјењивао услов „финансијске оспособљености“.
- Завод ЗДК у 2016. години имао је укупно 11 закључених уговора о снабдијевању осигураних лица ортопедским другим помагалима са привредним субјектима који обављају поменућу дјелатност.

Конкуренијски савјет је дана 11.01.2017. године запримио одговор Завода здравственог осигурања Босанско-подрињског кантона Горажде (у даљем тексту: Завод БПК) број: 14-1-81/17 од 06.01.2017. године у којем се наводи сљедеће:

- Завод БПК на основу мишљења Агенције за јавне набавке број: 04-02-1-У-4487-2/16 од дана 12.10.2016. године, не примјењује Закон о јавним набавкама. На набавку ортопедских помагала коју субвенционирају Заводи здравственог осигурања не примјењује се Закон о јавним набавкама, јер се ради о тачно одређеној категорији корисника.
- Према мишљењу Завода БПК услов из тачке 15. глава IV Јавног позива је оправдан, али да исти Завод БПК не користи у поступку набавке ортопедских помагала.
- Након ступања на снагу Одлуке о ортопедским и другим помагалима БПК-а, Завод БПК не закључује уговоре са привредним субјектима, већ осигурана лица могу набавити ортопедска помагала код привредних субјеката које сами изаберу уз потврду Завода БПК.

Конкуренијски савјет је дана 20.01.2017. године запримио одговор Завода здравственог осигурања Средњо-босанског кантона (у даљем тексту: Завод СБК) број: 02-2-871/16 од 13.01.2017. године у којем се наводи сљедеће:

- Завод СБК, врши набавку ортопедских помагала расписивањем Јавног позива, те не примјењује одредбе Закона о јавним набавкама.
- Приликом расписивања Јавног позива, Завод СБК не тражи испуњење финансијских и економских услова од потенцијалних понуђача.
- Завод СБК је на темељу Јавног позива, закључио уговоре са десет ортопедских кућа.

Конкуренијски савјет је дана 25.01.2017. године запримио одговор Завода здравственог осигурања Западнохерцеговачког кантона (у даљем тексту: Завод Западнохерцеговачког кантона) број: 01-37-13/17 од 23.01.2017. године у којем наводи сљедеће:

- Завод Западнохерцеговачког кантона, у складу са Уредбом о обиму, условима и начину остваривања права осигураних лица на кориштење ортопедских и других помагала која се одобравају осигураним особама у Жупанији Западнохерцеговачкој („Народне новине Жупаније Западнохерцеговачке“ број 19/11) одобрава осигуранику одређени износ за ортопедско или друго помагало, на које је претходно дало мишљење Лијечничко повјеренство Завода Западнохерцеговачког кантона.

- Осигураник може самостално по слободној процјени изабрати овлаштену здравствену установу, којој ће Завод Западнохерцеговачког кантона исплатити износ сукладно Листи ортопедских и других помагала.

## **7. Релевантно тржиште**

Релевантно тржиште у смислу члана 3. Закона, те чл. 4. и 5. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта („Службени гласник БиХ“, бр 18/06 и 33/10) чини тржиште одређених производа/услуга који су предмет обављања дјелатности на одређеном географском тржишту.

Према одредби члана 4. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта, релевантно тржиште производа обухвата све производе и/или услуге које потрошачи сматрају међусобно замјењивим с обзиром на њихове битне карактеристике, квалитет, намјену, цијену или начин употребе.

Према одредби члана 5. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта, релевантно географско тржиште обухваћа цјелокупну или значајан дио територија Босне и Херцеговине на којој привредни субјекти дјелују у продаји или куповини релевантних услуга под једнаким или довољно уједначеним условима и који то тржиште битно разликују од услова конкуренције на сусједним географским тржиштима.

Конкуренцијски савјет је утврдио да је релевантно тржиште у предметном поступку тржиште производње и испоруке ортопедских и других помагала предвиђених Одлуком.

Релевантно географско тржиште предметног поступка је подручје Унско-санског кантона.

Слиједом наведеног, као релевантно тржиште у предметном поступку утврђено је тржиште производње и испоруке ортопедских и других помагала предвиђених Одлуком, на подручју Унско-санског кантона.

#### **8. Утврђено чињенично стање и оцјена доказа.**

Након сагледавања релевантних чињеница, доказа и документације достављене од странака у поступку, као и трећих лица, Конкуренцијски савјет је сходно Захтјеву утврдио сљедеће:

- Завод је дана 28.01.2016. године објавио Јавни позив за достављање пријава за закључење уговора за производњу и испоруку ортопедских и других помагала осигураним лицима за 2016. године.
- Привредни субјекат Ortho Life и привредни субјекат ОртоСар као Конзорциј су у предвиђеном року поднијели пријаву на Јавни позив.
- Завод је дана 04.02.2016. године запримио Захтјев за појашњење услова Јавног позива број: Пс-ОЛ.2.-2/16 поднесен од привредног субјекта Ortho Life, на који је одговорио актом 04/2-49-1359/16 од дана 09.02.2016. године.
- Завод се својим актом број: 03-37-1087/16 од дана 17.02.2016. године очитовао на Жалбу Подносиоца захтјева број: Пс-ОЛ.2.-2/16 од дана 04.02.2016. године.
- Комисија за преглед и оцјену пријава именована од Завода, је дана 10.03.2016. године у Записнику број: 03/1-37-2378/16 оцјенила неприхватљивом понуду Конзорција привредних субјеката Ortho Life и ОртоСар из разлога што у достављеним увјерењима издатим од стране суда нису таксативно наведена кривична дјела наведена у члану 4. глава IV Јавног позива.
- Противна страна је обавијестила Подносиоца захтјева да није задовољио услове предвиђене тачком 4. глава IV Јавног позива достављањем обавијести број: 03/1-37-2375/16 од 15.03.2016. године.
- Противна страна је актом број: 03-49-874-1/16 од 21.03.2016. године обавијестила Подносиоца захтјева о раскиду Уговора о пословној сарадњи број: 03-37-148/16 који су међусобно склопили дана 11.01.2016. године и Анекса уговора број: 03-49-874/16 од 01.02.2016. године.
- Противна страна је дана 23.03.2016. године закључила уговор број: 03-49-2640/16 са привредним субјектом Otto Bock Adria и уговор број: 03-49-2639/16 са привредним субјектом Бауерфеинд на основу проведеног поступка по Јавном позиву.



- Дана 31.03.2016. године Уред за разматрање жалби донио је Рјешење број: ЈН2-03-07-1-234-7/16 којим је усвојена жалба привредног субјекта Ortho Life због битне повреде Закона о јавним набавкама и поништен Јавни позив. Уред за разматрање жалби је поменути рјешењем наложио Противној страни да у случају набавке ортопедских помагала у будућности, мора примјењивати Закон о јавним набавкама.

- Противна страна је дана 11.04.2016. године донијела Одлуку број: 03-49-3167/16 којом је поништила Јавни позив.

- Уред за разматрање жалби је Рјешењем број: ЈН2-03-07-1-365-6/16 од дана 06.05.2016. године и Закључком о исправци грешке у Рјешењу број: ЈН2-03-07-1-365-8/16 од 12.05.2016. године поништио уговоре које је Противна страна 23.03.2016. године закључила са привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind, а на основу жалбе привредног субјекта ОртоСар од 05.04.2016. године.

- Закључком Уреда за разматрање жалби број: ЈН2-03-07-1-417-4/16 од дана 12.05.2016. године одбачана је жалба привредних субјеката конзорција Ortho Life и ОртоСар као недопуштена из разлога јер није могуће два пута поништити исте уговоре, јер су исти поништени напријед наведеним Рјешењем УРЖ-а.

- На основу Одлуке Управног одбора Завода број: 01-37-4217/16 од дана 18.05.2016. године, директор Завода је донио Инструкцију о континуираном снабдијевању осигураних лица са ортопедским помагалима до закључења уговора о набавци ортопедских и других помагала број 03-49-4534/16 од 30.05.2016. године, на који начин је обезбијеђена набавка ортопедских и других помагала осигураним лицима до окончања поступка уговарања, по којој је и Подносилац захтјева наставио сарадњу са Заводом.

- Према Мишљењу Агенција за јавне набавке број: 03-02-1-5317-2/16 од 29.11.2016. године уговорни органи који директно субвенционирају набавку ортопедских помагала, немају обавезу примјенити Закон о јавним набавкама.

- Противна страна покренула је поступак јавне набавке ортопедских помагала у складу са Законом о јавним набавкама (обавјештење о набавци број: 190-1-1-34-3-30/16 од дана 23.12.2016.године).

Увидом у документацију достављену од осталих девет (9) кантоналних завода здравственог осигурања, Конкурентијски савјет је у предметном поступку констатовао да кантонални заводи здравственог осигурања у Федерацији Босне и Херцеговине не поступају једнако приликом набавке ортопедских и других помагала, односно да постоји различита пракса код поступка набавке ортопедских помагала.

У предметном поступку, Конкурентијски савјет је констатовао да постоје различити ставови Агенције за јавне набавке и Уреда за разматрање жалби када је у питању реализација набавке ортопедских и других помагала и примјене Закона о јавним набавкама у овим случајевима.

На основу увида и анализе свих чињеница и доказа изнесених у овом поступку, како појединачно, тако и у њиховој међусобној вези Конкурентијски савјет је утврдио да Завод, својим поступањем није закључио забрањени споразум из члана 4. став (1) тачка б) Закона, у смислу ограничавања и контроле производње, тржишта техничког развоја или улагања, ни забрањени споразум из члана 4. став (1) тачка ц) Закона у смислу подјеле тржишта или извора снабдијевања, као ни забрањени споразум из члана 4. став (1) тачка д) Закона, у смислу примјене различитих услова за идентичне трансакције с другим привредним субјектима, доводећи их у неповољан положај у односу на конкуренцију, из сљедећих разлога:

Члан 4. став (1) тачка б) Закона одређује да су забрањени споразуми, уговори, поједине одредбе споразума или уговора, заједничка дјеловања, изричито и прешутни договори привредних субјеката, као и одлуке и други акти привредних субјеката који за циљ и посљедицу имају спрјечавање, ограничавање или нарушавање тржишне конкуренције на релевантном тржишту, а који се односе на ограничавање и контролу производње, тржишта, техничког развоја или улагања.

Члан 4. став (1) тачка ц) Закона одређује да су забрањени споразуми, уговори, поједине одредбе споразума или уговора, заједничка дјеловања, изричито и прешутни договори привредних субјеката, као и одлуке и други акти привредних субјеката који за циљ и посљедицу имају спрјечавање, ограничавање или нарушавање тржишне конкуренције, односно подјелу тржишта или извора снабдијевања на релевантном тржишту.

Члан 4. став (1) тачка д) Закона одређује да су забрањени споразуми, уговори, поједине одредбе споразума или уговора, заједничка дјеловања, изричито и прешутни договори привредних субјеката, као и одлуке и други акти привредних субјеката који за циљ и посљедицу имају спрјечавање, ограничавање или нарушавање тржишне конкуренције на релевантном тржишту, а који се односе на примјену различитих услова на идентичне трансакције с другим привредним субјектима, доводећи их у неповољан положај у односу на конкуренцију.

У предметном поступку прво је било потребно дефинисати појам „привредног субјекта“ у складу са чланом 2. Закона. Наиме Закон се примјењује на врло широки број правних или физичких особа, било да су то привредна друштва, предузећа, подузетници, удружења, без обзира на облик власништва, сједиште или пребивалиште, затим на тијела државне управе и локалне самоуправе, те све остале физичке или правне особе без обзира на правни статус, облик власништва, сједиште или пребивалиште, као што су удружења, спортске организације, установе, задруге, носиоци права интелектуалног власништва, те Закон све субјекте на које се исти односи назива заједничким именом привредни субјекти.

Овако широко дефинисан појам привредног субјекта, ипак је ограничен на начин да се тражи испуњење и још једног додатног услова и то да се исти „посредно или непосредно баве производњом, продајом роба и пружањем услуга, да учествују у промету роба и услуга и која могу својим дјеловањем спрјечавати, ограничавати или нарушавати тржишну конкуренцију“, те да исти „учествују или утичу на тржиште“ (чл. 2. Закона).

Чињеница је, како услуге које пружа завод здравственог осигурања у потпуно истом обиму имају сви осигураници, дакле завод пружа исту услугу и особи која уплаћује виши износ доприноса сразмјено својој плати, као и незапосленима, пензионерима, дјец и осталим категорије које се стекле право на обвезно здравствено осигурање, а не уплаћују доприносе. Наш законодавац се определијелио за поступање по начелу солидарности оних који раде са онима који не раде, а јасно је да такав систем није профитабилан, те стога овакав начин пружања услуга јасно указује како заводи здравственог осигурања нису учесници на тржишту. Због тога што је ово јавна нетржишна услуга, Закон се на исту не примјењује.

Конкуренцијски савјет сматра да у предметном поступку, Завод није учесник на релевантном тржишту, односно не обавља дјелатност која има економски карактер, тј. не обавља привредну дјелатност, не судјелује у производњи и/или промету роба, односно пружању услуга, тиме ни посредно ни непосредно не судјелује на тржишту, због чега се исти не може сматрати „привредним субјектом“ у смислу Закона. Закон се односи на привредне субјекте који дјелују на тржишту на којем се врши размјена роба и услуга, који носе одређене ризике економске или финансијске, или пак имају могућност остваривања профита.

Неспорно је утврђено како Завод, има у својим законом додјељеним надлежностима и набавку ортопедских помагала осигураним лицима на подручју Унско-санског кантона. Наиме, на основу члана 33. Закона о здравственом осигурању, осигурана лица остварују право на

кориштење ортопедских и других помагала на основу средстава кантоналних завода осигурања. У складу са чланом 99. Закона о здравственом осигурању, заводи здравственог осигурања су обавезни осигурати законито и благовремено остваривање права осигураних лица кроз послове уговарања са здравственим установама и приватним здравственим радницима.

Конкуренијски савјет, у предметном поступку није могло утврдити да је објава Јавног позива од стране Завода, имала за циљ спрјечавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на релевантном тржишту, нити да такав поступак Завода представља забрањени споразум из члана 4. Закона. Утврђено је и да се у складу са чланом 2. Закона, поднесени Захтјев односи на извршавање јавних законом регулираних овлашћења изван домета Закона, а не на радње које обављају привредни субјекти „учествујући на тржишту“.

Приликом расписивања Јавног позива Завод је поступио у складу са мишљењем Агенције за јавне набавке број: 04-02-1-2089-1/14 од 27.10.2014. године, према којем није имао обавезу примјенити Закон о јавним набавкама. Надаље, Агенција за јавне набавке је у мишљењу број: 03-02-1-5317-2/16 од дана 29.11.2016. године потврдила раније изнесени став према којем уговорни орган који директно субвенционира набавку ортопедских помагала, нема обавезу примјенити Закон о јавним набавкама.

Конкуренијски савјет је утврдио, да су у поступку набавке по Јавном позиву, општи услови за закључење уговора били транспарентни и јавно доступни свим учесницима датог поступка. Надаље, Конкуренијски савјет сматра да су Јавним позивом, расписаним на основу Одлуке, одређени идентични услови за све привредне субјекте који су учествовали у поступку набавке ортопедских помагала.

Конкуренијски савјет је у предметном поступку утврдио да је Противна страна оцијенила понуду Подносиоца захтјева неприхватљивом, јер није доставио одговарајуће увјерење суда тражено чланом 4. глава IV Јавног позива. Наиме, утврђено је да су привредни субјекти Otto Bock Adria и Bauerfeind као учесници у поступку по Јавном позиву доставили увјерења издата од стране суда да против истих није изречена правоснажна пресуда за кривично дјело учешћа у криминалној организацији, те нису осуђивани за корупцију, превару или прање новца чиме су испунили услов из члана 4. глава IV Јавног позива. Достављањем увјерења суда у којем нису појединачно набројана кривична дјела из члана 4. Јавног позива, Подносилац захтјева није испунио тражени услов. Слиједом наведеног, Конкуренијски савјет сматра да је Завод током Јавног позива на једнак начин третирао учеснике Јавног позива, те да приликом провођења Јавног позива није примјенио различите услове код оцјене пристиглих понуда. Из напријед наведеног произлази да услов о „финансијској оспособљености“ постављен чланом 15. глава IV Јавног позива није био кључан за неприхватање достављене понуде.

Рјешењем Уреда за разматрање жалби број: ЈН2-03-07-1-234-7/16 од 31.03.2016. године поништен је Јавни позив, а Рјешењем број: ЈН2-03-07-1-365-6/16 од дана 06.05.2016. године и Закључком о исправци грешке у Рјешењу број: ЈН2-03-07-1-365-8/16 од 12.05.2016. године поништени су уговори које је Завод закључио са привредним субјектима Otto Bock Adria и Bauerfeind из чега произлази да моментом доношења истих, поменути уговори не производе никакво правно дејство.

Конкуренијски савјет сматра да Противна страна није извршила подјелу тржишта подручју Унско-санског кантона и свела изворе снабдијевања крајњих корисника ортопедских корисника на привредне субјекте Otto Bock Adria и Bauerfeind, јер је Управни одбор Завода Одлуком број: 01-37-4217/16 од дана 18.05.2016. године обезбиједио снабдијевање осигураних лица ортопедским помагалима, те наставио сарадњу са Подносиоцем захтјева.

Конкуренијски савјет констатује да, иако је Подносилац захтјева свој захтјев поднио и из разлога кршења члана 10. Закона, а у вези с злоупотребом доминантног положаја, исти захтјев није образложио на начин да га је прецизирао у односу на доминантни положај, или описао понашање противне стране које би могло представљати било који облик злоупотребе.

Члан 9. став (1) Закона прописује да привредни субјекат има доминантан положај на релевантном тржишту роба или услуга, ако се због своје тржишне снаге може понашати у значајној мјери независно од стварних или могућих конкурената, купаца, потрошача или добављача, такођер узимајући у обзир удио тог привредног субјекта на тржишту, учешће које на том тржишту имају његови конкуренти, као и правне и друге запреке за улазак других привредних субјеката на тржиште.

Члан 2. Одлуке о дефинисању категорије доминантног положаја даље разрађује појам доминантног положаја, те одређује да привредни субјекат на релевантном тржишту производа или услуга има доминантан положај, када се због своје тржишне снаге може понашати и дјеловати у значајној мјери независно од стварних или могућих конкурената, купаца, потрошача или добављача, и на тај начин ограничава или спрјечава ефикасну конкуренцију.

Конкуренцијски савјет је као релевантно тржиште у предметном поступку утврдио тржиште производње и испоруке ортопедских и других помагала предвиђених Одлуком, на подручју Унско-санског кантона.

Члан 10. став (2) тачке а), б), и ц) Закона прописује да је забрањена злоупотреба доминантног положаја и то директним или индиректним наметањем нелојалних куповних и продајних цијена или других трговинских услова којима се ограничава конкуренција, ограничавање производње, тржишта или техничког развоја на штету потрошача и примјена различитих услова за исту или сличну врсту послова с осталим странама, чиме се доводе у неравноправан и неповољан конкуренцијски положај.

У погледу постојања злоупотребе доминантног положаја у смислу члана 10. став (2) тачке а), б) и ц) Закона од стране Завода према Подносиоцу захтјева, Конкуренцијски савјет је утврдио, као што је већ наведено, да у предметном поступку Завод као орган управе није учесник на релевантном тржишту, односно не обавља дјелатност која има економски карактер и не испуњава основни услов за злоупотребу доминантног положаја - нема доминантан положај на тржишту производње и испоруке ортопедских и других помагала предвиђених Одлуком на подручју Унско-санског кантона, те је у овом дијелу одбило захтјев као неоснован.

Такође, Конкуренцијски савјет је приликом доношења одлуке узео у обзир пресуду Европског суда правде број: Т-319/99 од 04.03.2003. године, према којој медицинске организације, односно здравствени фондови који купују медицинске производе путем јавних набавки не врше економску дјелатност, већ дјелатност социјалног и здравственог карактера, те се не сматрају предузетником (учесником) на релевантном тржишту.

*Имајући у виду наведено, Конкуренцијски савјет је одлучио као у тачки 1. и 2. диспозитива овога Рјешења.*

## **9. Трошкови поступка**

На усменој расправи су странке, у смислу члана 105. став (4) Закона о управном поступку, упознате са обавезом подношења захтјева за накнаду трошкова.

Чланом 105. став (1) Закона о управном поступку је прописано да у правилу свака странка сноси своје трошкове поступка (који укључују и трошкове за правно заступање), а чланом 105. став (2) истог Закона је прописано да када у поступку учествују двије или више страна са супротним интересима, страна која је изазвала поступак, а на чију је штету поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити оправдане трошкове који су настали у поступку. Ако је у таквом случају која од странака дјелимично успјела са својим захтјевом, она је дужна надокнадити противној странци трошкове сразмјерно дијелу свог захтјева с којим није успјела.

Пуномоћник Подносиоца захтјева, адвокат Санин Пешто, је на усменој расправи одржаној дана 22.12.2016. године поднио захтјев за накнаду трошкова у укупном износу од 4.472,00 КМ.

Противна страна је на усменој расправи, одржаној дана 22.12.2016. године изјавила да неће поднијети захтјев за накнаду трошкова поступка.

Конкуренијски савјет је одбио захтјев за накнаду трошкова пуномоћника Подносиоца захтјева, обзиром да је Подносилац захтјева предметни поступак изазвао својим дјеловањем и да је исти завршен на његову штету. Стога, Подносилац захтјева не остварују право на накнаду трошкова у смислу члана 105. став (2) Закона о управном поступку.

*Имајући у виду наведено, Конкуренијски савјет је одлучио као у тачки 3. диспозитива овог Рјешења.*

#### **10. Поука о правном лијеку**

Незадовољна страна може покренути управни спор пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема, односно објављивања овог Рјешења.

**Предсједница**

**мр. Аријана Регода-Дражић**