

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

Z A K L J U Č A K

**o odbacivanju
Zahtjeva za pokretanje postupka**

**Sarajevo
mart, 2024. godine**



Broj: UP 03-26-3-030-6/23
Sarajevo, 07.03.2024. godine

Na osnovu člana 25. stav (1) tačka e), člana 42. stav (2) Zakon o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09) i člana 210. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 53/16), rješavajući po Zahtjevu za pokretanje postupka privrednog subjekta DRIN-ENERGIJA d.o.o. Grude, Središte 189, 88 340 Grude, protiv Skupštine Županije zapadnohercegovačke, Stjepana Radića 37b, 88 220 Široki Brijeg, radi utvrđivanja zabranjenog sporazuma u smislu člana 4. stav (1) tačke d) , Konkurencijsko vijeće je na 4. (četvrtoj) sjednici održanoj dana 07.03.2024. godine, donijelo je:

ZAKLJUČAK

1. Odbacuje se Zahtjev za pokretanje postupka privrednog subjekta DRIN-ENERGIJA d.o.o. Grude, protiv Skupštine Županije zapadnohercegovačke, radi utvrđivanja zabranjenog sporazuma u smislu odredbi člana 4. stav (1) tačke d) Zakona o konkurenciji, zbog neispunjenosti uslova iz člana 2. Zakona o konkurenciji.
2. Odbacuje se Zahtjev za pokretanje postupka privrednog subjekta DRIN-ENERGIJA d.o.o. Grude, protiv Skupštine Županije zapadnohercegovačke, radi utvrđivanja zabranjenog sporazuma u smislu odredbi člana 4. stav (1) tačke d) Zakona o konkurenciji, iz razloga što se Zakon o koncesijama Županije zapadnohercegovačke ("Narodne novine ŽZH", broj 13/13, 24/16, 21/21 i 22/22) ne može smatrati zabranjenim sporazumom u smislu člana 4. stav (1) tačka d) Zakona o konkurenciji.
3. Ovaj Zaključak će biti objavljen u „Službenom glasniku BiH“, službenim glasilima entiteta i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

Obrazloženje

Konkurencijsko vijeće je dana 18.09.2023. godine pod brojem: UP 03-26-3-030-1/23 zaprimio Zahtjev za pokretanje postupka privrednog subjekta DRIN-ENERGIJA d.o.o. Grude, Središte 189, 88 340 Grude (u daljem tekstu: DRIN-ENERGIJA ili Podnosilac zahtjeva), protiv Skupštine Županije zapadnohercegovačke, Stjepana Radića 37b, 88 220 Široki Brijeg (u daljem tekstu: Skupština ŽZ), radi utvrđivanja zabranjenog sporazuma u smislu člana 4. stav (1) tačke d) Zakona o konkurenciji («Službeni glasnik BiH», br. 48/05, 76/07 i 80/09).

U Zahtjevu Podnosilac zahtjeva navodi sljedeće:

„Molimo naslov da u skladu svojim nadležnostima pokrene postupak protiv Skupštine Županije zapadnohercegovačke koja je donijela Zakon o koncesijama Županije zapadnohercegovačke ("Narodne novine ŽZH", broj 13/13, 24/16, 21/21 i 22/22) radi utvrđenja postojanja zabranjenog sporazuma u smislu člana 4. stav (1) tačka d) Zakona o konkurenciji ("Službeni glasnik BiH", broj 48/05, 76/07 i 80/09), a u vezi odredbi koje se

odnose na izgrađene solarne elektrane na privatnom zemljištu u Županiji Zapadnohercegovačkoj koji proizvedenu električnu energiju prodaju slobodno na tržištu.

Mi smatramo da Zakon o koncesijama Županije zapadnohercegovačke ("Narodne novine ŽZH", broj 13/13, 24/16, 21/21 i 22/22) kao i Pravilnik o prijedlogu, dokumentaciji, uvjetima, postupku i načinu dodjele koncesije za koju nije raspisan javni natječaj ("Narodne novine ŽZH", broj 27/22) krše član 4. Zakona o konkurenciji, odnosno da se radi o primjeni različitih uvjeta za identične transakcije s drugim privrednim subjektima, dovodeći vlasnike solarnih elektrana u neravnopravan položaj u odnosu na konkurenciju, te da zbog zabranjenog sporazuma trpimo značajnu štetu.

Naime, privredno društvo DRIN-ENERGIJA d.o.o. ima izgrađenu fotonaponsku (solarnu) elektranu na zemljištu u privatnoj svojini i postavljamo pitanje imamo li kao obveznik plaćanja koncesijske naknada iz člana 3. Zakona o izmjenama Zakona o koncesijama ("Narodne novine ŽZH", broj 21/21) isti položaj na tržištu Bosne i Hercegovine kao i konkurenti iz drugih dijelova Bosne i Hercegovine ukoliko znamo da takva vrsta naknada ne postoji (ili barem ne u istom obliku) u drugim županijama/kantonima Federacije Bosne i Hercegovine niti u Republici Srpskoj, a koje čine jedinstveno tržište električne energije Bosne i Hercegovine?

Tržište električne energije u BiH se sastoji od veleprodajnog i maloprodajnog tržišta. Veleprodajno tržište se odnosi na trgovinu električnom energijom između licenciranih kompanija za proizvodnju, snabdijevanje i trgovinu električnom energijom. Maloprodajno tržište odnosi se na snabdijevanje krajnjih kupaca od strane licenciranih kompanija za snabdijevanje električnom energijom.

Nadalje, postavlja se pitanje radi li se ovdje o primjeni različitih teritorijalnih zakonskih i podzakonskih rješenja u oblasti proizvodnje i prodaje električne energije iz obnovljivih izvora (solarna elektrana) na jedinstvenom tržištu Bosne i Hercegovine imajući u vidu kako u ostalim županijama ne postoji obaveza plaćanja koncesijske naknade za električnu energiju proizvedenu za tržište u vlastitim postrojenjima izgrađenim na privatnom zemljištu?

Uvjereni smo da se ovdje radi o primjeni različitih uvjeta za identične transakcije s drugim privrednim subjektima dovodeći vlasnike solarnih elektrana u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju te da Zakon o koncesijama ŽZH narušava slobodno formiranje cijena na jedinstvenom tržištu električne energije u Bosni i Hercegovini.

U skladu sa Zakonom o električnoj energiji Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", broj 60/23) električna energija je roba koja ima kvalitet, namjenu, uvjete prodaje i cijenu, na čiju se proizvodnju, distribuciju, snabdijevanje i trgovinu primjenjuju odredbe zakona; a članom 12. je definirano da se tržišne djelatnosti obavljaju uz poštovanje načela tržišne konkurencije i ravnopravnog položaja svih sudionika na tržištu, gdje se slobodno dogovaraju i/ili ugovaraju količine i cijene isporučene električne energije.

Nesporno je da je Skupština Županije Zapadnohercegovačke prema Zakonu o konkurenciji privredni subjekt jer su u smislu prava konkurencije privredni subjekti i tijela državne uprave i lokalne uprave. Stoga je Skupština Županije Zapadnohercegovačke kao donosilac Zakona o koncesijama ŽZH privredni subjekt u smislu odredbi prava konkurencije te se na Skupštinu Županije Zapadnohercegovačke primjenjuje Zakon o konkurenciji što je potvrdio i Sud Bosne i Hercegovine u postupku broj S1 3 U 025594 17 U kada je utvrdio da se "odredbe Zakona o konkurenciji primjenjuju na sve državne organe kada posredno li neposredno učestvuju ili utiču na tržište u smislu odredbe člana 2. stav (1) tačka b) Zakona o konkurenciji.

Također, Sud Bosne i Hercegovine je u presudi broj S1 3 U 032999 19 U konstatirao da "svi pravni akti koji u suštini imaju uticaj na tržište (...) spadaju pod odredbe člana 4. stav (1) Zakono o konkurenciji"

Sud Bosne i Hercegovine je i u drugim predmetima zauzeo stav da se i na županijske/kantonalne organe primjenjuju pravila o zaštiti konkurencije kada svojim aktima utiču na tržišnu konkurenciju. Tako je Sud Bosne i Hercegovine u presudi broj S1 3 U 02583617 U od 24.01.2019. godine potvrdio da se Zakon o konkurenciji "primjenjuje na organe državne uprave i lokalne samouprave kada posredno ili neposredno učestvuju ili utiču na tržište."

Koliko je nama poznato Skupština ŽZH nije pribavila prethodno mišljenje Konkurencijskog vijeća BiH o saglasnosti Zakona o koncesijama sa Zakonom o konkurenciji, kao propisom iz oblasti koje imaju uticaja na tržišnu konkurenciju, što je bila obavezna učiniti prethodno donošenju Zakona o koncesijama u skladu sa članom 25. stav (2) Zakona o Konkurenciji.“

Konkurencijsko vijeće je aktom broj: UP 03-26-3-030-2/23 od 27.09.2023. godine zatražilo od Podnosioca zahtjeva da precizira da li se zahtjev za pokretanje postupka protiv Skupštine Županije zapadnohercegovačke koji je podnesen radi donošenja Zakona o koncesijama Županije zapadnohercegovačke („Narodne novine ŽZH“ br. 13/13, 24/16, 21/21 i 22/22), odnosi i na Pravilnik o prijedlogu, dokumentaciji, uvjetima, postupku i načinu dodjele koncesije za koju nije raspisan javni konkurs („Narodne novine ŽZH“ broj 27/22).

Podnosilac zahtjev je u podnesku dostavljenom Konkurencijskom vijeću dana 09.10.2023. godine podneskom zaprimljenim pod brojem: UP 03-26-3-030-3/23 naveo da se zahtjev za pokretanje postupka odnosi na Zakona o koncesijama Županije zapadnohercegovačke („Narodne novine ŽZH“ br. 13/13, 24/16, 21/21 i 22/22), na Pravilnik o prijedlogu, dokumentaciji, uvjetima, postupku i načinu dodojele koncesije za koju nije raspisan javni konkurs („Narodne novine ŽZH“ broj 27/22) i Mišljenje Ministarstva Gospodarstva Županije Zapadnohercegovačke broj: 05-08-17-1018/22 od 31.05.2022. godine.

Konkurencijsko vijeće je aktom broj: UP 03-26-3-030-4/23 od 01.11.2023. godine zatražio da se Podnosilac zahtjeva očituje koji je organ donio predmetni „Pravilnik o prijedlogu, dokumentaciji, uvjetima, postupku i načinu dodjele koncesije za koju nije raspisan javni natječaj“ i da li je i na koji način Skupština Županije Zapadnohercegovačke učestvovala u donošenju navedenog pravilnika.

Podneskom dostavljenim dana 13.11.2023. godine zaprimljenim pod brojem: UP 03-26-3-030-5/23 Podnosilac zahtjeva je dostavio odgovor na traženo i naveo da je „Pravilnik o prijedlogu, dokumentaciji, uvjetima, postupku i načinu dodjele koncesije za koju nije raspisan javni natječaj“ donijelo Ministarstvo gospodarstva Županije Zapadnohercegovačke na čelu sa Ministrom Dariom Sesarom, kao i to da je isti organ donio i Pravilnik o utvrđivanju koncesijskih nakanada iz mjerodavnosti gospodarstva Županije Zapadnohercegovačke („Narodne novine ŽZH“, broj 32/22).

Takođe je navedeno da Skupština Županije Zapadnohercegovačke nije učestvovala u izradi Pravilnika o prijedlogu, dokumentaciji, uvjetima, postupku i načinu dodjele koncesije za koju nije raspisan javni natječaj („Narodne novine ŽZH“ broj 27/22).

Uvidom u podneseni Zahtjev, Konkurencijsko vijeće je ocijenilo da opisano činjenično stanje (utvrđeno iz dostavljene dokumentacije) ne spada u nadležnosti Konkurencijskog vijeća.

U skladu sa članom 18. Ustava Županije zapadnohercegovačke, zakonodavnu vlast Županije obavlja Skupština Županije. Nadležnosti Skupštine Županije su definisane Ustavom Županije

zapadnohercegovačke, te je tako članom 26. Ustava propisano da Skupština donosi zakone i ostale propise potrebne za provedbu ovlaštenja Županije.

Članom 2. Zakona o konkurenciji propisana je primjena ovog Zakona i to na način da u stavu (1) kaže:

„Ovaj zakon primjenjuje se na sva pravna i fizička lica koja se posredno ili neposredno bave proizvodnjom, prodajom roba i pružanjem usluga učestvuju u prometu roba i usluga i koja mogu svojim djelovanjem sprečavati, ograničavati ili narušavati tržišnu konkurenciju na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine ili značajnijem dijelu tržišta (u daljem tekstu: privredni subjekti), i to na:

- a) privredna društva, preduzeća i preduzetnike i njihova udruženja bez obzira na oblik vlasništva, sjedište ili prebivalište;
- b) organe državne uprave i lokalne samouprave, kada posredno ili neposredno učestvuju ili utiču na tržište;
- c) ostala fizička i pravna lica koja neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju na tržištu, bez obzira na pravni status, na oblik vlasništva, sjedište ili prebivalište, kao što su udruženja, sportske organizacije, ustanove, zadruge, nosioci prava intelektualne svojine.“

Pojam privrednog subjekta, podrazumjeva da se isti posredno ili neposredno bavi proizvodnjom, prodajom roba i pružanjem usluga, da učestvuje u prometu roba i usluga, odnosno da posredno ili neposredno učestvuje ili utiče na tržište i da svojim djelovanjem na tržištu može sprečavati, ograničavati ili narušavati tržišnu konkurenciju,.

Konkurencijsko vijeće je prilikom izrade ovog akta, takođe, uzelo u obzir i praksu Evropske komisije u smislu šta se, odnosno ko se smatra privrednim subjektom u pravu tržišne konkurencije. Prema toj praksi privrednim subjektom u pravu tržišne konkurencije se smatra svaki subjekt koji se bavi privrednom djelatnošću bez obzira na njegov pravni status i način finansiranja. Tako se privrednim subjektom smatraju privredna društva, ortaštva, poljoprivredne zadruge, privredna udruženja, fizička osoba koja se bavi slobodnom profesijom, javna preduzeća, tijela kojima je država povjerila obavljanje određenih poslova, ali i javna tijela ako obavljaju privrednu djelatnost, a nije riječ o aktivnostima koje bi potpadale pod izvršavanje javnih ovlaštenja.

Skupština Županije zapadnohercegovačke je zakonodavni organ, koji kao takav nije obuhvaćen članom 2. Zakona o konkurenciji, odnosno ne može se posmatrati kao privredni subjekt u smislu člana 2. stav (1) Zakona o konkurenciji, te posledično se protiv istog ne može voditi postupak utvrđivanja zabranjenog konkurencijskog djelovanja.

Članom 4. stav (1) tačka d) Zakona je utvrđeno da su zabranjeni sporazumi, ugovori, pojedine odredbe sporazuma ili ugovora, zajednička djelovanja i prećutni dogovori privrednih subjekata, kao i odluke i drugi akti privrednih subjekata koji za cilj i posledicu imaju sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na tržištu, a koji se odnose na primjenu različitih uslova za identične transakcije sa drugim privrednim subjektima, dovodeći ih u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju.

Prema Evropskoj praksi pojam sporazuma tumači se vrlo ekstenzivno kako bi se zabranom iz člana 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije (UFEU), obuhvatili svi postupci privrednih subjekata kojima dolazi do njihovog dogovora o budućem ponašanju na tržištu. Nadalje, član 101. UFEU se odnosi na sporazumne odnose dva ili više lica, koji predpostavljaju saglasnost volja, izraženu ma u kom obliku sa ciljem ograničavanja tržišne konkurencije. Saglasnost volja je nužna pretpostavka primjene članu 101. UFEU, što je potvrdio Sud prve instance u slučaju Bayer protiv Komisije (*Bayer AG v Commission, slučaj T-41/96, 2000. ECR II-3383*). O tome šta će se sve smatrati sporazumima u smislu člana 101.

UFEU najbolje nam govori sudska praksa suda EU. Riječ je o pisanim i usmenim sporazumima (*predmet C-28/77 Tepea BV protiv Komisije 1978 ZSP 1391*), potpisanim i nepotpisanim sporazumima (*Odluka Komisije BP Kemi-DDSF, SL 1979 L286/32*), „protokolu“ iz koga je vidljiva saglasnost strana u pogledu njihovog budućeg ponašanja, opšti uslovi poslovanja, smjernice koje je donio jedan privredni subjekat a drugi ih prihvatio i obavezao se ponašati u skladu sa njima, akt o osnivanju udruženja privrednih subjekata (*Odluka Komisije Nuovo CEGAM, SL (1944) L99/29*), dogovori između privrednih udruženja potvrđeni sporazumom iako nije pravno obavezujući, nagodbe parničnih stranaka, recimo u sporovima intelektualnog vlasništva (*predmet C-65/86 Bayer AG i Maschinenfabrik Hennecke GmbH protiv Heinz Sullhofer (1988) ZSP 5249*), pri tome nije bitno postoje li mehanizmi za provođenje sporazuma, te namjerava li jedna strana ignorisati sklopljeni sporazum. Sporazum koji je prestao važiti, a čiji se efekti i dalje osjećaju, smatra se usklađenim djelovanjem (*Odluke Komisije White Lead, SL(1979) L 21/16 i Soda-ash/Solvay, ICI, SI(1991) L 152/1*), etc.

Zakon je normativni akt kojim se uređuje neka oblast i tačno po određenom postupku ga donosi zakonodavni organ, te je zakon nakon ustava, najviši i najvažniji pravni akt i kao takav se ne može smatrati zabranjenim sporazumom sa aspekta prava konkurencije.

Ako uzmemo u obzir naprijed navedenu praksu Suda EU i njihovo poimanje sporazuma, Konkurencijsko vijeće bi napravilo presedan u tumačenju i primjeni prava konkurencije ako bi bilo koji zakon donese od strane kantonalnih, entiteskih ili državnih zakonodavnih organa smatralo zabranjenim sporazum u smislu odredbi člana 4. stav (1) Zakona o konkurenciji.

Ovakav stav Konkurencijskog vijeća je potvrđen u Presudi Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 U 039598 21 U od 08.12.2022. godine u kojoj se pored ostalog navodi: „*Zakon donosi, na osnovu ustavnih ovlaštenja Skupština Kantona, kao zakonodavna vlast... Zakon je stoga, po shvatanju ovog vijeća, normativni akt zakonodavne vlasti i dio nacionalnog zakonodavstva, koji ne predstavlja produkt dogovora između dva ili više subjekata, upravo iz razloga jer je donesen autoritetom zakonodavne vlasti.*“

U pogledu dijela zahtjeva koji se odnosi na Pravilnik o prijedlogu, dokumentaciji, uvjetima, postupku i načinu dodjele koncesije za koju nije raspisan javni konkurs („Narodne novine ŽZH“ broj 27/22), bitno je istaći da je isti donesen od strane Ministarstva gospodarstva Županije Zapadnohercegovačke, zbog čega Skupština Županije zapadnohercegovačke nema stranačku (pasivnu) legitimaciju da se protiv nje vodi postupak u tom dijelu.

Slijedom navedenog je odlučeno kao u tački 1. i 2. dispozitiva ovog Zaključka.

Pouka o pravnom lijeku:

Protiv ovog Zaključka nezadovoljna strana može pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana prijema ovog Zaključka.

Predsjednica

Adisa Begić