

BOSNA I HERCEGOVINA
Konkurencijsko vijeće



БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
Конкуренијски савјет

Рјешење
по Захтјеву за покретање поступка поднесеном од стране привредног субјекта
Pharma -Маас д.о.о., Бачићи бб, Сарајево против Завода здравственог осигурања
Кантона Сарајево , ради ограничавања тржишне конкуренције

Сарајево
Март, 2010. године



Број:01-02-26-036-19-П/09
Сарајево, 23.03. 2010. године

На основу члана 42. тачка г) Закона о конкуренцији («Службени гласник БиХ», број 48/05, 76/07 и 80/09) а у вези са чланом 4. став (1) тачка ц) Закона о конкуренцији, и члана 193. став (2) Закона о управном поступку («Службени гласник БиХ», бр. 29/02 и 12/04) у поступку покренутом на основу Захтјева привредног субјекта *Pharma – Маас* д.о.о., Бачићи бб, Сарајево, Босна и Херцеговина, путем пуномоћника адвоката Аднана Бисера, Радићева 4а, 71000 Сарајево, против Завода здравственог осигурања Кантона Сарајево, Улица Ложионичка бр. 2, 71000 Сарајево, Конкуренцијски савјет, на 104. сједници одржаној дана 23. марта 2010. године донио је сљедеће

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Одбија се Захтјев привредног субјекта *Pharma – Маас* д.о.о, Бачићи бб поднешен ради утврђивања постојања забрањеног споразума од стране Завода здравственог осигурања Кантона Сарајево, из члана 4. став (1) тачке ц) Закона о конкуренцији, као неоснован.
2. Оцјењује се да је Тендерска документација за уговор о јавној набавци роба-јавна набавка путем отвореног поступка („Сл. гласник БиХ“, број:103/08) и Одлука о избору најповољније понуде бр:01-7568-01/08 од 19.02.2009. године, за набавке вакцине против вируса грипе за сезоне 2009/2010, 2010/2011 и 2011/2012, донесена од стране Завода здравственог осигурања Кантона Сарајево, у складу са Законом о конкуренцији.
3. Обавезује се привредни субјект *Pharma – Маас* д.о.о. да Заводу здравственог осигурања Кантона Сарајево надокнади трошкове поступка у износу од 421,00 КМ.
4. Ово Рјешење је коначно и биће објављено у «Службеном гласнику БиХ», службеним гласницима ентитета и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине.

Образложење

Конкуренцијски савјет је дана 21.10.2009. године, под бројем 01-02-26-036-П/09 запримио Захтјев за покретање поступка у смислу члана 28. Закона о конкуренцији («Службени гласник, БиХ», бр. 48/05, 76/07 и 80/09), (у даљем тексту: Закон), од стране привредног субјекта *Pharma – Маас* д.о.о. Бачићи бб, 71000 Сарајево, путем пуномоћника адвоката Бисер Аднана (у даљем тексту: Подносилац захтјева) против Завода здравственог осигурања Кантона Сарајево, Улица Ложионичка бр. 2, 71000 Сарајево (у даљем тексту: Завод) због сумње постојања забрањеног споразума из члана 4 став (1) тачка ц) Закона.

Запримљени Захтјев није био комплетан у смислу уплате административне таксе, те је Подносиоцу захтјева дана 04.11.2009. године упућен захтјев бр: 01-02-26-036-1-П/09 за уплату административне таксе.

Захтјев је допуњен 19.11.2009. године дописом број:01-02-26-036-2-П/09, након чега је Конкуренцијски савјет утврдио да је исти комплетан и уредан у смислу члана 28. став (1) Закона, те је Подносиоцу захтјева у смислу члана 28. став 3. Закона, издао Потврду о пријему комплетног и уредног захтјева дана 16.12.2009.године, под бројем: 01-02-26-036-3-П/09.

1. Правни оквир предметног поступка

Конкуренцијски савјет је током поступка примијенио одредбе Закона, Одлуку о утврђивању релевантног тржишта („Сл.гл. БиХ“, бр: 18/06) и Закон о управном поступку („Сл. Гл. БиХ“, бр:29/02, 12/04 и 88/07).

2. Релевантно тржиште

Релевантно тржиште, у смислу члана 3. Закона, те чл. 4. и 5. Одлуке о утврђивању релевантног тржишта («Службени гласник БиХ», број 18/06) 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 замјенивим с обзиром на њихове битне карактеристике, квалитет, намјену, цијену или начин употребе.

Релевантно географско тржиште обухвата цјелокупну или значајан дио територије Босне и Херцеговине на којој привредни субјекти дјелују у продаји и/или куповини релевантног производа 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 овом предмету тржиште јавне набавке вакцина против грипе путем отвореног поступка, тендера, Завода здравственог осигурања на подручју Кантона Сарајево.

3. Поступак пред Конкуренцијским савјетом

Подносилац захтјева у захтјеву износи да је од стране Завода у поступку јавне набавке вакцине против вируса грипе за сезону 2009/2010, 2010/2011 и 2011/2012 дошло до нарушавања тржишне конкуренције на релевантном тржишту у смислу члана 4. став (1) тачка ц) Закона.

Подносилац захтјева истиче да је Завод у августу 2008. године расписао тендер за набавку вакцине против грипе за три наступајуће сезоне, те да је након завршеног поступка као најповољнији понуђач изабран Подносилац захтјева. Међутим, Завод је као услов за склапање уговора тражио достављање позитивног налаза о контроли вакцине за сезону

2008/2009. Након достављања позитивног налаза закључен је уговор са Заводом. Послије извјесног времена Завод је затражио да Подносилац захтјева преузме Допуну издатог налаза и потпише Изјаву којом преузима обавезе из додатног налаза, међутим и поред ових додатних активности на које је пристао Подносилац захтјева, Завод раскида трогодишњи уговор и расписује нови тендер.

Наиме, Завод је дана 29.12.2008. године расписао нови тендер за јавну набавку вакцине против вируса грипе за сезоне 2009/2010, 2010/2011 и 2011/2012 и под тачком 5.7.ц.3 као саставни дио тендерске документације тражи " оригинал или овјерену копија позитивног налаза Завода за контролу лијекова Федерације Босне и Херцеговине да је извршена контрола лијекова за сезону 2008/2009". Надаље Завод је дана 19.02.2009. године објавио Одлуку бр. 01-7568-01/08 о избору најповољнијег понуђача, гдје је као најповољнији понуђач означен привредни субјект *Medimpex* д.о.о Сарајево, а понуда Подносиоца захтјева није ни вреднована, што је Завод образложио недостатком доказа о позитивној контроли вакцине за сезону 2008/2009. тј. да понуда не садржи потребну документацију утврђену тендерском документацијом из тачке 5.7.ц.3.

Подносилац захтјева је дана 24.02.2009. године уложио приговор на наведену Одлуку о избору најповољнијег понуђача, сматрајући да доказ о контроли вакцине који је доставио задовољава критеријуме тендерске документације. Надаље истиче да је од стране Завода неправилно оцијењен приложени налаз као негативан, а то би значило хитну потребу повлачења вакцине из промета што овдје није случај, будући да је ријеч о вакцини реномираног произвођача *Sanofi Pasteur* из Француске.

Подносилац захтјева сматра ирелевантним налаз о контроли вакцине за прошлу сезону, када се набавља вакцина за три сљедеће сезоне, из разлога што Свјетска здравствена организација сваке године посебно обавјештава све произвођаче вакцина против грипе о три соја вируса који су релевантни за наступајућу сезону и да се никада није десило да су се та три соја вируса поновила, односно да свака сезона има своје актуелне вирусе, те да је тиме било каква контрола претходне сезоне као квалитативни критеријум или захтјев за вакцину ирелевантан. Подносилац Такође наводи да је предметна допуна налаза о контроли вакцине за сезону 2008/2009. урађена на изричито тражење привредног субјекта као јединог конкурента на прошлогодишњем и овогодишњем тендеру. Овај приговор Завод је одбацио као неоснован.

Након одбацивања приговора Подносилац захтјева уложио је Жалбу Уреду за разматрање жалби, који је такође жалбу одбацио као неуредну јер није истовремено упућена и Уреду за разматрање жалби и Заводу.

Подносилац захтјева сматра да Завод оваквим дјеловањем спрјечава и ограничава тржишну конкуренцију на релевантном тржишту продаје лијекова јер врши подјелу тржишта односно извора снабдијевања, а што је забрањено у смислу члана 4. став (1) тачка ц) Закона. Стога сматра да је оваквим поступањем од стране Завода претрпио и материјалну штету и предлаже да се Заводу изрекне новчана казна у смислу члана 48. Закона.

Анализирајући захтјев за покретање поступка и документацију коју је Подносилац захтјева доставио уз исти, Конкурентујски савјет је оцијенио да није могуће безведеног поступка утврдити постојање повреда Закона на које Подносилац захтјева указује, те је на

сједници одржаној дана 16.12.2009. године, у складу са чланом 32. став (2) Закона донио Закључак о покретању поступка број: 01-02-26-036-4-/09.

У складу са чланом 33. Закона, Конкурентујски савјет је примјерак наведеног Закључка о покретању поступка дана, 22.12.2009.године под бројем: 01-02-26-036--II/09 и захтјев доставио на одговор Заводу.

Завод је дана 08.01.2010. године Конкурентујском савјету под бројем: : 01-02-26-036-10-II/09 доставио одговор на Закључак о покретању поступка у коме истиче следеће:

Завод је поштујући принципе једнаког третмана и недискриминације, у складу са одредбама Закона о јавним набавкама БиХ («Службени гласник БиХ», бр.49/04, 19/05, 52/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09) провео поступак јавне набавке вакцина против вируса грипе за сезоне 2009/2010, 2010/2011 и 2011/2012, за потребе осигураника Кантона Сарајево. Сагласно одредби члана 26. став 2. тачка е) Закона о јавним набавкама БиХ, Завод је као уговорни орган од свих потенцијалних понуђача у моделу стандардне тендерске документације захтијевао да исти доставе оригинал или овјерену копију позитивног налаза Завода за контролу лијекова Федерације Босне и Херцеговине да је извршена контрола вакцине за сезону 2008/2009. У своме одговору Завод надаље наводи је провео процедуру јавне набавке поштујући и позитивне законске прописе који уређују тржиште лијекова, а прије свега:

- Закон о лијековима Федерације Босне и Херцеговине («Службене новине ФБиХ», бр.51/01, 29/05)
- Наредба о начину и условима вршења редовне контроле сваке серије увезеног лијека и љековите супстанце у Федерацији Босне и Херцеговине ((«Службене новине ФБиХ», бр.29/06)
- Закон о лијековима и медицинским средствима Босне и Херцеговине («Службени гласник БиХ» бр. 58/08)
- Правилник о начину контроле квалитета лијека («Службени гласник БиХ» бр.97/09)

Завод даље истиче да наведени прописи прецизно регулишу процедуре стављања лијека у промет, тако што се свака серија увезеног лијека подвргава контроли квалитета коју обавља Контролна лабораторија Агенције за лијекове и медицинска средства Босне и Херцеговине, што је регулисано чланом 79 тачка ц) Закона о лијековима и медицинским средствима, те чланом 7 Правилника о начину контроле квалитета лијека. Чланом 7 тачка 1) и 2) Правилника о начину контроле квалитета лијека, регулисано је да велетрговац или увозник лијека доставља захтјев за контролу сваке серије увезеног лијека уз који доставља и сертификат анализе произвођача за наведену серију са свим прописаним параметрима. Ово не значи аутоматски и издавање позитивног налаза, без обзира о каквом се реномираном произвођачу ради, јер Агенција за лијекове и медицинска средства Босне и Херцеговине проводи контролу у складу са чланом 8, 9 и 10 Правилника о начину контроле квалитета лијека на бази које тек издаје налаз о извршеној контроли. Ова контрола обухваћа и провјеру података на вањском и унутрашњем паковању. Када подаци на вајнском и унутрашњем паковању нису у складу са чланом 71. Закона о лијековима и медицинским средствима Босне и Херцеговине, Агенција за лијекове и медицинска средства Босне и Херцеговине о том налазу извјештава све надлежне инспекторе и велетрговце, који ту серију не смију ставити у промет.

У свом одговору Завод даље наводи да је чињеница да је *Sanofi Pasteur* реномирани произвођач вакцина, али то не значи да не морају бити испоштоване све законске одредбе у вези стављања лијека у промет, што значи провјеру квалитета увезене серије од овлаштене институције, али и провјеру унутрашњег и вањског паковања, с обзиром да

Закон о лијековима и медицинским средствима Босне и Херцеговине у члану 71 прецизно дефинише означавање лијекова који се стављају у промет. Серија лијека код које унутрашње и вањско паковање нису у складу са поменутиим чланом 71, односно у складу са чланом 47 и 49 Закона о лијековима Федерације Босне и Херцеговине, не смију се ставити у промет.

Понуђач *Pharma-Maas* је знао за ове услове који су дефинисани у тендерској документацији и могао је већ у фази откупа тендерске документације, а у складу са одредбама закона о јавним набавкама, тражити заштиту својих права.

Завод даље истиче да му је апсолутно познато да се вакцина производи за сваку сезону у складу са сојевима вируса које даје Свјетска здравствена организација за сваку сезону, али да је позитиван налаз контроле за претходну сезону тражен као потврда бонитета понуђача, а у складу са овлаштењима из члана 26 Закона о јавним набавкама, и да је у претходном периоду прометовао лијек у складу са важећим прописима, те да ће при испоруци сљедеће серије моћи испоштовати, тендерском документацијом тражену изјаву да ће обезбједити позитиван налаз о извршеној контроли вакцине за текућу сезону.

Даље се наводи, да је неспорна чињеница да се вакцином *Vaxigrip* произвођача *Sanofi Pasteur* прометује већ више година, а да истовремено произвођач није прилагодио производњу овог лијека горе наведеним одредбама важећих прописа који регулишу стављање лијека у промет на подручју Федерације Босне и Херцеговине, односно сада јединственог тржишта Босне и Херцеговине. Такође, понуђач иако је имао налаз на којем је наведено да нису испоштоване све одредбе Закона о лијековима није подузео ништа на отклањању тих недостатака у сврху добивања позитивног налаза.

Завод на крају свога одговора истиче да је досљедно проводио законске прописе и да није из тржишне конкуренције искључивао одређене дистрибутере нити фаворизирао друге, нити је имао за циљ ограничавање и контролу тржишта. Такође сматра да не постоји било какво неправедно оштећење Подносиоца захтјева као и кршење Закона о конкуренцији које проузрокује новчано кажњавање у складу са чланом 48 Закона.

У даљем току поступка, обзиром да се ради о предмету са супротним интересима, Конкурентујски савјет је одржао усмену расправу у складу са чланом 39. Закона. Усмена расправа је одржана дана 26.01.2010. године у просторијама Конкурентујског савјета, а и испред *Pharma-Maas* је присуствовао пуномоћник, адвокат Аднан Бисер и директор *Pharma-Maas* Александар Крунић, а испред Завода присуствовали су пуномоћници, адвокат Горан Варунк и запосленици Сафета Боровац и Недим Твртковић.

Током усмене расправе Подносилац захтјева се изјаснио да у цјелости остаје код захтјева за покретање поступка, с тим да се прецизно изјаснио да је при поступку јавне набавке вакцине против вируса грипе дошло до недозвољеног конкурентујског дјеловања од стране Завода у смислу члана 4. став (1) под ц) Закона, те да остаје код својих досадашњих исказа и доказа датих у поступку.

Представници Завода су током усмене расправе поновили да остају код својих навода датих у одговору на Закључак, те да је Завод дјеловао у складу са важећим Законима, те да није нарушио тржишну конкуренцију у смислу члана 4. став (1) под ц) Закона.

4. Оцјена доказа

У поступку утврђивања постојана забрањеног споразума из члана 4. став (1) тачка ц) Закона Конкурентносног савјет је у поступку који је претходно доношењу рјешења на неспоран начин утврдило сљедеће чињенице:

- да је Завод је дана 29.12.2008. године расписао тендер за јавну набавку вакцина против вируса грипе за сезоне 2009/2010, 2010/2011 и 2011/2012. Као саставни дио тендерске документације под тачком 5.7. ц. тачка 3) тражено је да понуђачи доставе «оригинал или овјерену копију позитивног налаза Завода за контролу лијекова Федерације Босне и Херцеговине да је извршена контрола вакцине за сезону 2008/2009».
- да су се на тендер јавила два понуђача и то *Pharma-Maas* и *Medimpex* д.о.о. Сарајево.
- да је наконведеног поступка као најповољнији понуђач изабран привредни субјект *Medimpex* д.о.о. Сарајево, а да је привредни субјект *Pharma-Maas* са својом понудом одбијен као неквалификован обзиром да иста није садржавала потребну документацију утврђену тендерском документацијом.
- да је дана 19.02.2009. године Завод донио Одлуку о избору најповољнијег понуђача, на коју је је Подносилац захтјева дана 24.02. 2009. године уложио Приговор, сматрајући да је његова понуда садржавала сву потребну документацију, односно, да је садржавала позитиван налаз о контроли вакцине против грипе за сезону 2008/2009.
- да је дана 03.03.2009. године Завод донио Одлуку којом се приговор Подносиоца захтјева одбија као неоснован.
- да је Подносилац захтјева дана 09.03.2009. године поднио жалбу против Одлуке Завода о избору најповољнијег понуђача Уреду за разматрање жалби, који је наведену жалбу Закључком бр. У-228/09 од 24.03.2009. године одбацио као неуредну.

Цијенећи изведене доказе, а које странке у поступку нису ни оспоравале, а првенствено Одлуку о избору најповољније понуде број:01-7568-01/08 од 19.02. 2009. године као и тендерска документација за уговоре о јавној набавци робе путем отвореног поступка бр: 01-7568-ТД/08 од 29.12.2008. године, објављена у у Службеном гласнику БиХ, бр:103/08, Конкурентносног савјет је утврдио да се наведеним актима не спрјечава, ограничава или нарушава тржишна конкуренција која се односи на подјелу тржишта или изворе снабдијевања у смислу члана 4. став (1) тачка ц) Закона. Наиме, наведеним актима који су донешени на основу Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине и позитивних законских прописа који уређују тржиште лијекова у Босни и Херцеговини, Завод ничим није спрјечавао, ограничавао или нарушавао тржишну конкуренцију односно Подносиоца захтјева довео у неповољан положај у односу на друге привредне субјекте који се баве набавком и дистрибуцијом лијекова у конкретном случају вакцине против грипе. Уведеном поступку сви заинтересовани привредни субјекти који су се пријавили на расписани тендер имали су исте услове да се пријаве на конкурс и да доставе одговарајућу

документацију коју је тражио Завод. Након проведене процедуре Завод је донио одлуку о избору најповољније понуде.

Међутим, наводи Подносиоца захтјева да је Завод у тендерској документацији тражио да привредни субјекти доставе оригинал или овјерену копију позитивног налаза Завода за контролу лијекова Федерације БиХ за сезону 2008/2009, је потпуно ирелевантан доказ за набавку вакцине, и да тај документ није могао бити одлучујући за избор најповољнијег добављача, нису могли утицати на доношење другачије одлуке, јер је овај документ Завод тражио од свих привредних субјеката који се пријаве на тендер, а не само од Подносиоца захтјева и тиме није повриједио одредбе члана 4. став (1) тачка ц) Закона. Да ли је такав доказ Завод тражио у скалду са важећим прописима који уређују тржиште лијекова, Подносилац захтјева могао је оспоравати у поступку пред Уредом за разматрање жалби, а што се из података списка види да је и то учинио.

Дакле како је неспорно утврђено да не постоји забрањени споразум из члана 4. став (1) тачка ц) Закона, када је Завод донио наведену Одлуку о избору најповољнијег понуђача, јер Подносилац захтјева није ничим доведен у неповољан положај у поступку набавке вакцине у односу на друге привредне субјекте, ради чега је одлучено као у диспозитиву овог Рјешења.

5. Трошкови поступка

Одлуку о трошковима Конкурентујски савјет је донио на основу одредби члана 105. став (2) и (3) Закона о управном поступку Босне и Херцеговине.

Пуномоћник Завода адвокат Варунок Горан поднио је захтјев за накнаду трошкова у износу од 6.318,00 КМ. Конкурентујски савјет је одлучио да призна само трошкове заступања на рочишту у износу од 421.00 КМ (120 бодова x 3КМ са ПДВ од 17%), у складу са Законом о адвокатури Федерације БиХ („Сл. новине ФБиХ“, бр:40/02 и 18/05) и Тарифом о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Сл. новине ФБиХ, број:22/04). Наиме поднешени трошковник се заснива на вриједности спора у износу од 750.000,00 КМ тј. на вриједности уговора који је Завод закључио са *Medimpex* д.о.о Сарајево о испоруци вакцина, међутим предметни уговор није био предмет спора већ тендерска документација о јавној набавци и одлука о избору најповољнијег понуђача, па наведени трошкови нису признати.

6. Поука о правном лијеку

Против овога Рјешења није дозвољена жалба.

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

Предсједник

др. Стјепо Прањић

