



Република Србија  
**РЕПУБЛИЧКА КОМИСИЈА ЗА  
ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА  
ЈАВНИХ НАБАВКИ**

Бр. 4-00-810/2018  
Датум, 19.09.2018. године  
Београд

**Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки** (у даљем тексту: Републичка комисија), одлучујући о захтеву за заштиту права који је поднео подносилац захтева „DEconta PRO“ доо, Београд, ул. Дунавски кеј бр. 8, у преговарачком поступку без објављивања позива за подношење понуда јавне набавке добара – материјал за дијализу за апарате произвођача Fresenius medical care, ЈН број ВЈН -21/2018, наручиоца Општа болница Ћуприја, Ћуприја, ул. Миодрага Новаковића бр. 78, у већу састављеном од члана Републичке комисије Весне Станковић, као председника већа, и чланова Републичке комисије Светлане Ражић и Жељка Грошете, као чланова већа, на основу чл. 139. и 146. Закона о јавним набавкама („Сл. гласник РС“ бр. 124/2012 и 14/2015 и 68/2015; у даљем тексту: ЗЈН), на седници одржаној дана 19.09.2018. године, донела је:

### **РЕШЕЊЕ**

**УСВАЈА СЕ** захтев за заштиту права подносиоца захтева „DEconta PRO“ доо, Београд **И ПО СЛУЖБЕНОЈ ДУЖНОСТИ У ЦЕЛИНИ ПОНИШТАВА** преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда јавне набавке добара – материјал за дијализу за апарате произвођача Fresenius medical care, ЈН број ВЈН -21/2018, наручиоца Општа болница Ћуприја, Ћуприја.

**ОБАВЕЗУЈЕ СЕ** наручилац Општа болница Ћуприја, Ћуприја, да подносиоцу захтева „DEconta PRO“ доо, Београд, надокнади трошкове поступка заштите права у износу 60.000,00 динара, у року од 15 дана од дана пријема овог решења.

### **Образложење**

У преговарачком поступку без објављивања позива за подношење понуда јавне набавке добара – материјал за дијализу за апарате произвођача Fresenius medical care, ЈН број ВЈН -21/2018, наручиоца Општа болница Ћуприја, Ћуприја, (у даљем тексту: наручилац), чија процењена вредност износи 26.600.000,00 динара, понуђач „DEconta PRO“ доо, Београд (у даљем тексту: подносилац захтева), поднео је захтев за заштиту права који је код наручиоца заведен 18.07.2018. године.

У поднетом захтеву за заштиту права подносилац захтева је оспорио основ покретања преговарачком поступку без објављивања позива за подношење понуда у складу са чланом 36. став 1. тачка 2) ЗЈН. Ово стога што је позитивно мишљење Управе за јавне набавке донето на основу тврдњи наручиоца да поседује апарате који представљају затворене системе, односно функционишу уз оригинални потрошни материјал, изјаве произвођача „Fresenius medical care“ да је привредно друштво „Fresenius medical care Srbija“ једино на територији Републике Србије које има дозволу и право да врши продају медицинских средстава који су наведени у захтеву за мишљење, односно да је исто ексклузивни и једини овлашћени дистрибутер, те да потрошни материјал који је предмет

јавне набавке представља специфичан потрошни материјал за апарате за хемодијализу овог произвођача, као и да се морају користити оригинални и компатибилни потрошни материјали. Подносилац захтева сматра да наведена документа не представљају довољан основ да се наручилац определи за овакву врсту поступка, будући да произвођач апарата има економски интерес да изда изјаву, јер је произвођач потрошног материјала, и не повлачи материјалну одговорност произвођача, ако се докаже да није тачна. У прилог својим тврдњама подносилац захтева је доставио и упутство за употребу апарата Fresenius, из којег по његовом мишљењу произилази да произвођач није определио апарат као затворен систем, већ је оставио могућност да се уз одређене услове потрошни материјал набавља и од других произвођача. Подносилац захтева је указао и да је наручилац морао да зна да на тржишту постоји више понуђача који могу да понуде најмање три ставке из спецификације, као и да су поједини наручиоци за слична добра, у отвореном поступку, добили више понуда. Наведеним поступањем, наручилац је, по оцени подносиоца захтева ограничио конкуренцију и предност дао једном понуђачу.

Подносилац захтева је предложио да се поднети захтев за заштиту права усвоји, те истакао захтев за накнаду трошкова заштите права у износу од 60.000,00 динара на име плаћене таксе за поднети захтев за заштиту права.

Ради одлучивања о захтеву за заштиту права, наручилац је дана 30.07.2018. године доставио Републичкој комисији документацију у вези са конкретним поступком јавне набавке.

Републичка комисија је, испитујући основаност предметног захтева за заштиту права, а након прегледа достављене документације о предметном поступку јавне набавке, одлучила као у ставу првом диспозитива овог решења из следећих разлога:

Републичка комисија се, поступајући по службеној дужности у складу са чланом 157. став 2. ЗЈН упустила у испитивање да ли су испуњени законски услови за примену конкретног преговарачког поступка јавне набавке предвиђеног чланом 36. став 1. тачка 2) ЗЈН.

Увидом у документацију предметног поступка утврђено је следеће:

Наручилац се захтевом за мишљење о основаности примене преговарачког поступка бр. 3320 од 15.03.2018. године обратио Управи за јавне набавке и захтевао мишљење о основаности примене преговарачког поступка сходно члану 36. став 1. тачка 2) ЗЈН. Као разлог за основаност примене наведеног поступка наручилац је навео да поседује и користи апарате произвођача Fresenius (апарате за хемодијализу – Fresenius 4008 S, Fresenius 4008 s Basis и Fresenius 5008), за које је потребно набавити потрошни материјал, а који према изјави произвођача апарата представља специфичан и оригиналан материјал за наведене апарате за хемодијализу. Једино се уз употребу потрошног материјала Fresenius medical care гарантују оптималне перформансе, максимална безбедност и следљивост вигиланце медицинског средства у затвореном систему. Потрошни материјал Fresenius medical care нема алтернативу која је валидирана за апарате Fresenius medical care. Као доказе уз предметни захтев наручилац је Управи за јавне набавке доставио картицу основних средстава, Изјаву произвођача Fresenius medical care AG& Co Germany, ексклузиван уговор о дистрибуцији, маркетингу и снабдевању закључен између Fresenius medical care Deutschland GmbH и Fresenius medical care doo, Вршац.

У Изјави Fresenius medical care AG& Co од 11.04.2017. године, наведено је да није могуће дати било какву изјаву о компатибилности других средстава за дезинфекцију Fresenius машина за дијализу, те да се мора да претпоставити када се употребљава средство за дезинфекцију другачије спецификације, може доћи до скраћења употребног века појединачних компонената у систему протока дијализне течности. Не може се искључити

могућност оштећења делова и као последица тога излагање пацијената ризику, при чему функционалност било ког другог средства за дезинфекцију осим Fresenius средства за дезинфекцију у комбинацији са Fresenius машинама за дијализу није испитана, те стога није ни потврђена.

Увидом у Изјаву Fresenius medical care AG& Co од 06.03.2018. године, утврђено је да је у истој наведено да је Fresenius medical care doo, Вршац, једини овлашћени дистрибутер и понуђач за поступке јавних набавки у Републици Србији, који врши продају потрошног материјала (AV-SET B-R, AV-Set ONLINE-Priming 5008 S-R, AV-Set ONLINEplus 5008-R, Safe Line, Diasafe plus filter, Puristeril 340, Bibag) који представља специфичан, оригиналан потрошни материјал за апарате за хемодијализу, те уколико се за исте користи потрошни материјал Fresenius medical care гарантују се оптималне перформансе, максимална безбедност и следљивост вигиланце медицинског средства у комплетном и затвореном систему. Наведени потрошни материјал Fresenius medical care нема алтернативу која је валидирана и нормирана за наведене апарате, односно за које Fresenius medical care може гарантовати перформансе опреме и терапије или безбедност пацијента. Такође је предметном изјавом потврђено да је уговор закључен између Fresenius medical care Deutschland GmbH и Fresenius medical care doo, Вршац и даље важећи.

Увидом у мишљење Управе за јавне набавке број 404-02-1234/18 од 28.03.2018. године, Републичка комисија је утврдила да је у истом наведено да је основана примена преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, предвиђеног чланом 36. став 1. тачка 2) ЗЈН, за јавну набавку материјала за дијализу који зависи од типа машина, за апарате произвођача Fresenius medical care. Као образложење наведено је да из приложене документације произилази да Fresenius medical care doo, Вршац, једино на територији Републике Србије има дозволу и право издато од произвођача опреме Fresenius medical care да врши продају медицинских средстава која представљају предмет јавне набавке, односно да је исти ексклузивни и једини овлашћени дистрибутер, као и да се на апаратима за дијализу Fresenius medical care може корисатити само потрошни материјал истог произвођача.

На основу наведеног мишљења Управе за јавне набавке наручилац је 05.07.2018. године донео Одлуку о покретању преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, док је увидом у податке који су објављени на Порталу јавних набавки, утврђено да је наручилац 09.07.2018. године објавио Обавештење о покретању предметног поступка јавне набавке у коме је наведено да ће позив за подношење понуда упутити Fresenius Medical Care Serbia д.о.о. Вршац.

Увидом у упутство за употребу апарата за хемодијализу 5008 S и 4008 S, чији је произвођач Fresenius Medical Care, које је подносилац захтева доставио уз предметни захтев за заштиту права, утврђено је да је у истом у поглављу 8. „Потрошни материјал, прибор, додатна опрема“, под тачком 8.1 наведено да уколико одговорна организација жели да користи другачији потрошни материјал и прибор претходно је потребно да провери подесност за употребу, односно да је одговарајућа за ту намену тако што нпр. прибави одговарајуће информације од произвођача.

Чланом 36. став 1. тачка 2) ЗЈН прописано је да наручилац може спроводити преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда ако због техничких, односно уметничких разлога предмета јавне набавке или из разлога повезаних са заштитом искључивих права, набавку може извршити само одређени понуђач.

Имајући у виду цитирану законску одредбу, Републичка комисија најпре напомиње да је преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда сходно члану 36. став 1. тачка 2) ЗЈН изузетак и да се може примењивати само уколико су испуњени

услови предвиђени законом, посебно ако се има у виду да се одабиром ове врсте поступка не обезбеђује најшира конкуренција међу понуђачима, као ни пуна транспарентност поступка јавне набавке.

У конкретном случају, наручилац је као основ за покретање наведеног поступка у смислу одредбе члана 36. став 1. тачка 2) ЗЈН, навео да се једино уз употребу потрошног материјала Fresenius medical care гарантују оптималне перформансе, максимална безбедност и следљивост вигиланце медицинског средства у затвореном систему, те да потрошни материјал Fresenius medical care нема алтернативу која је валидирана за апарате Fresenius medical care.

Међутим, по оцени Републичке комисије у конкретном случају наведено не може представљати основ за покретање преговарачког поступка у смислу члана 36. став 1. тачка 2) ЗЈН.

Наиме, Републичка комисија указује да из достављене изјаве произвођача Fresenius medical care као неспорно произилази да је Fresenius medical care doo, Вршац овлашћени дистрибутер потрошног материјала за апарате за дијализу чији је произвођач Fresenius medical care AG& Co.

Међутим, чињеница да је Fresenius medical care doo, Вршац, једини овлашћени дистрибутер на територији Републике Србије за производе произвођача Fresenius medical care, не говори у прилог чињеници да апарати који поседује наручилац и за које набавља потрошни материјал могу користити искључиво оригинални потрошни материјал.

Надаље, из достављених изјава произилази да потрошни материјал нема алтернативу која је валидирана и нормирана за наведене апарате за дијализу, међутим, из наведеног се не може извести закључак да исти не постоје, а посебно имајући у виду садржину упутства за употребу апарата за хемодијализу 5008 S, 4008 S, у којима је јасно наведено да уколико одговорна организација жели да користи другачији потрошни материјал и прибор претходно је потребно да провери подесност за употребу, односно да је одговарајући за ту намену тако што ће нпр. прибавити одговарајуће информације од произвођача. Самим тим, произвођач је оставио могућност да се за наведене апарате за дијализу користи и потрошни материјал других произвођача, уз претходно спроведене одговарајуће процедуре.

Имајући у виду наведено Републичка комисија је става да се из целокупне документације не може закључити да искључиво и само оригинални потрошни материјал произвођача Fresenius medical care, могу да се користе за апарате за дијализу чији је произвођач Fresenius medical care, односно да исти представља затворен систем, а што је наручиоцу био основ за спровођење предметног поступка јавне набавке применом члана 36. став 1. тачка 2) ЗЈН.

С тим у вези Републичка комисија указује да наручилац није узео у обзир и размотрио целокупну расположиву документацију која је од значаја за доношење одлуке да се предметна добра набаве кроз преговарачки поступак без објављивања јавног позива.

Имајући у виду наведено, по оцени Републичке комисије наручилац у конкретном случају није имао законски основ за спровођење предметног преговарачког поступка применом члана 36. став 1. тачка 2) ЗЈН, будући да није доказао да се на апарату који користи, произвођача Fresenius medical care, мора користити искључиво оригинални потрошни материјал.

У прилог наведеном говори и чињеница да је подносилац захтева као доказ за своје тврдње доставио и одлуке о додели уговора неколико наручилаца из којих произилази да су исти за набавку предметног потрошног материјала спровели отворени поступак јавне набавке.

Стога како Републичка комисија у складу са чланом 157. став 2. ЗЈН испитује по службеној дужности да ли су испуњени законски услови за примену предметног поступка јавне набавке, те како из утврђеног чињеничног стања недвосмислено произилази да нису испуњени услови за примену члана 36. став 1. тачка 2) ЗЈН, то је одлучено као у ставу I диспозитива овог решења.

Чланом 156. став 3. ЗЈН прописано је да ако је захтев за заштиту права основан, наручилац мора подносиоцу захтева за заштиту права на писани захтев надокнадити трошкове настале по основу заштите права.

Имајући у виду цитирану законску одредбу, те околност да је, по оцени Републичке комисије, предметни захтев подносиоца захтева основан, то је Републичка комисија о захтеву за накнаду трошкова одређених у износу од 60.000,00 динара на име плаћене таксе, одлучила као у ставу II изреке овог решења.

Уколико одлучи да понови поступак јавне набавке за предметна добра, наручилац је дужан да исти покрене и спроведе тако да у свему буде у складу са одредбама ЗЈН и пратећим подзаконским актима, те да правилно изради конкурсну документацију посебно водећи рачуна при одређивању услова за учествовање у поступку јавне набавке, техничких спецификација, критеријума за избор најповољније понуде и методологије оцењивања за све предвиђене елементе критеријума, при чему је дужан и да води рачуна да начином на који ће исти бити одређени не буде ограничена конкуренција међу понуђачима.

Уколико наручилац и приликом израде нове конкурсне документације поступи противно одредбама ЗЈН и одговарајућих подзаконских аката, Републичка комисија указује да то за последицу може имати иницирање нових поступака заштите права од стране потенцијалних понуђача.

Сходно одредби члана 168. став 1. тачка 5) ЗЈН, ништави су уговори о јавној набавци закључени противно одлуци Републичке комисије.

#### **ПОУКА О ПРАВНОМ ЛЕКУ:**

Против одлуке Републичка комисије не може се изјавити жалба.

Против одлуке Републичка комисије се може покренути управни спор подношењем тужбе Управном суду Републике Србије у року од 30 дана од дана пријема исте.

  
ПРЕДСЕДНИК ВЕЋА  
Весна Станковић

#### **Доставити (по ЗУП-у):**

- 1. наручиоцу:** Општа болница Ћуприја, Ћуприја, ул. Миодрага Новаковића бр. 78;
- 2. подносиоцу захтева:** „DEconta PRO“ doo, Београд, ул. Дунавски кеј бр. 8.