



Република Србија
**КОМИСИЈА ЗА ЗАШТИТУ
КОНКУРЕНЦИЈЕ**

Број: 5/0-02-38/2014- 134
Веза број: 5/0-02-693/2013-1
Датум: 11.12.2014. године
Београд

На основу члана 22. став 2. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС” број 51/09 и 95/2013) и члана 121. став 4. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник РС“ 30/2010), у поступку покренутом по службеној дужности против привредног друштва за трговину на велико фармацеутским производима Actavis д.о.о. Београд (Нови Београд), са регистрованим седиштем на адреси Ђорђа Станојевића 12, Београд, које заступа директор Павле Марјановић са пуномоћницима адвокатом [...], из адвокатске канцеларије [...] и Александром Митић, директорком правних послова Actavis д.о.о. Београд за Србију и регион Балкана, ради испитивања постојања повреде конкуренције, у смислу одредби члана 16. Закона о заштити конкуренције, Савет Комисије за заштиту конкуренције на 7. седници одржаној 11.12.2014. године доноси

ЗАКЉУЧАК

ОБУСТАВЉА СЕ ПОСТУПАК покренут по службеној дужности Закључком председника Комисије бр. 5/0-02-693/2013-1 од 12.11.2013. године против привредног друштва за трговину на велико фармацеутским производима Actavis д.о.о. Београд (Нови Београд), са регистрованим седиштем на адреси Ђорђа Станојевића 12, Београд, које заступа директор Павле Марјановић, ради испитивања постојања повреде конкуренције, у смислу одредби члана 16. Закона о заштити конкуренције, јер не постоје правне претпоставке за даље вођење поступка.

Образложење

Закључком председника Комисије за заштиту конкуренције, број: 5/0-02-693/2013-1 од 12.11.2013. године, покренут је поступак по службеној дужности против привредног друштва за трговину на велико фармацеутским производима Actavis д.о.о. Београд (Нови Београд), са регистрованим седиштем на адреси Ђорђа Станојевића 12, Београд (у даљем тексту: „Actavis“), ради испитивања постојања повреде конкуренције, у смислу одредби члана 16. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС бр. 51/2009 и 95/2013 – у даљем тексту означен као: Закон), на тржишту дистрибуције лекова произвођача Actavis, које прибављају у поступцима јавних набавки апотеке и друге здравствене установе у власништву Републике Србије.

Поступак је покренут након разматрања иницијативе привредног друштва Фармалогист д.о.о. Београд, у вези са радњама одбијања Actavis-а да подносиоцу иницијативе изда овлашћење неопходно за учешће у поступцима јавних набавки, у којима се према „заштићеном имену“ прибављају лекови овог произвођача. Подносилац иницијативе је тврдио да му је Actavis на тај начин онемогућио надметање и да је том радњом, ограничио конкуренцију на тржишту

трговине на велико лековима, који се према „заштићеном имену“ прибављају у поступцима јавних набавки, од стране здравствених установа у власништву Републике Србије. У међувремену подносилац иницијативе је уредно добијао Овлашћења од других произвођача или других носилаца дозволе за лек на територији Републике Србије, што је и документовао копијама овлашћења издатим од стране компанија PharmaSwiss, Pfizer, BerlinChemie, Bayer и Teva.

Ради утврђивања пословне праксе коју примењују други учесници на тржишту производње лекова и медицинских средстава у вези са издавањем предметних Овлашћења, упућен је Захтев за давање информација компанијама Pfizer, BerlinChemie, Roche, Novartis Pharma, GlaxoSmithKline, Bayer, NovoNordisk. Анализа примљених одговора показала је да, анкетирани друштва, чији се лекови такође прибављају под заштићеним именом, не постављају услове за издавање „Овлашћења“ и да у кредитни лимит не урачунавају вредност производа за које су дали овлашћење, већ само фактуре за испоручену робу.

У погледу радњи које су од стране подносиоца иницијативе означене као радње злоупотребе доминантног положаја, Комисија је узела у обзир особине надметања у поступцима јавних набавки, чињеницу да су у питању уговори који се закључују на дуже временске периоде, број понуђача и могуће слабљење надметања као последицу одлука произвођача, положај наручилаца који су ограничени у погледу начина куповине лекова. Комисија је узела у обзир податке које је доставио подносилац иницијативе који се односе на 60 поступака јавних набавки. Према тим подацима тек 9 наручилаца није тражило наведено овлашћење.

Комисија је узела у обзир и околност да процес прибављања лекова о трошку Републичког фонда здравственог осигурања карактерише централизовање набавки, где ће за 2014. годину набавке лекова, према потребама здравствених установа, вршити Републички фонд здравственог осигурања (Уредба о планирању и врсти роба и услуга за које се спроводе централизоване јавне набавке („Службени гласник РС“, број 29/13)). Посебно је цењена могућност настанка штетних последица на тржишту трговине на велико лековима, вршењем злоупотреба у вези са издавањем „Овлашћења“ за учешће у поступцима јавних набавки.

Комисија је имала у виду и ценила начин обрачуна кредитног лимита за који се везује предметно „Овлашћење“. С обзиром на то да се описана пракса *Actavis*-а при издавању „Овлашћења“, према резултатима анкетања, не примењује и код осталих произвођача/носилаца дозволе за увоз, Комисија је нашла да постоји основана претпоставка да наведени критеријуми нису економски оправдани, а срачунати су са циљем ограничавања способности његових купаца да, као понуђачи, учествују у поступцима јавних набавки лекова према заштићеном имену *Actavis*-а.

Комисија је приликом оцене вероватноће постојања доминантног положаја *Actavis*-а узела у обзир чињеницу да се лекови чији је произвођач *Actavis*, заједно са повезаним учесницима, прибављају према заштићеном имену, па самим тим, за конкретне ставке јавне набавке, не постоји конкуренција других произвођача. Постојање терапијске алтернативе из Листе А1 не умањује значај претходне оцене, будући да апотекарске установе имају обавезу да прибаве лекове са обе листе.

На основу свега наведеног, Комисија је основано претпоставила постојање повреде конкуренције у смислу члана 16. Закона, учињену од стране привредног друштва *Actavis* д.о.о. Београд, радњама које за циљ или последицу имају или могу имати значајно ограничавање конкуренције на тржишту трговине на велико лековима произвођача *Actavis*, који се према

заштићеном имену прибављају на терет средстава обавезног здравственог осигурања, у поступцима јавних набавки, те су стога испуњени услови из члана 35. став 1. Закона за покретање поступка по службеној дужности.

По доношењу Закључка о покретању поступка, Комисија је извела доказе са циљем утврђивања одлучних чињеница, које се односе на околност начина и услова издавања овлашћења за учешће у поступцима јавних набавки, о начину на који су исти учињени доступни купцима, документацију и изјашњења у вези са издатим овлашћењима у поступцима јавних набавки, према списку апотекарских установа из Прилога бр. 12 предметне иницијативе. Закључком бр. 5/0-02-38/2014-1 од 13.01.2014. године странци у поступку је наложено да достави документацију и изјашњења вези са горе наведеним. Странка у поступку је уредно поступила по Закључку и благовремено доставила изјашњења и документацију поднеском бр. 5/02-38/2014-3 и поднеском бр. 5/0-02-38/2014-4.

Странка у поступку се изјаснила у поднеску бр. 5/0-02-38/2014-4 од 03.02.2014. године, да кредитни лимит представља горњу границу необезбеђене кредитне изложености, коју странка дозвољава према конкретном купцу у одређеном тренутку. У циљу смањења ризика кредитне изложености, странка је одредила степен кредитне изложености за поједине купце, о чему је обавестила своје купце усмено. Као доказ странка је у Прилогу бр. 22. доставила службену белешку од 06.06.2013. године о учињеним обавештењима. Висина кредитног лимита зависи од финансијског стања купца, историје промета, претходне сарадње, историје благовремених или неблаговремених плаћања, квалитета датих средстава обезбеђења, и као такав је промењив.

[...]¹

Странка је такође навела да обавеза континуиране испоруке лекова може произвођаче изложити великом ризику, у случају када се купци-веледрогерије имају финансијске тешкоће. Начин на који се произвођач обезбеђује од такве врсте ризика јесте, да се овлашћење за учешће у поступку јавне набавке даје само оним купцима, који су пружили довољно обезбеђења за случај наступања наведених ризика. У факторе ризика странка убраја: кредитни ризик, репутациони ризик и комерцијални ризик. Када установе прибављају лекове према заштићеном имену, а у међувремену дође до прекида ланца снабдевања, из разлога који се односе на евентуалну несолвентност купца-веледрогерије, расте ризик да роба странке остане непродата и самим тиме и ризик пропадања, услед кратких рокова трајања, који најчешће износе од 6-12 месеци.

У погледу тврдњи подносиоца иницијативе да је неоправдано урачунавање вредности поступака јавних набавки, за које су издата овлашћења, у вредност кредитног лимита, странка је навела да су такве тврдње нетачне. Наиме, нуђење средстава обезбеђења, као што је аванс, тек по закључивању уговора, без унапред дате гаранције да ће такво нешто бити и учињено, према мишљењу странке, није поуздано средство обезбеђења, те у том смислу треба разумети и преписку између службеника, дату у прилогу бр. 9. предметне иницијативе. У погледу тврдњи изнетих у предметној иницијативи, о закаснелом издавању овлашћења, странка је навела да је то последица неажурности у прибављању банкарске гаранције те је искључива кривица подносиоца иницијативе, што је документовала у прилогу поднеску бр. 5/0-02-38/2014-4 од 03.02.2014. године.

У системске ризике пословања на тржишту лекова и медицинских средстава, странка је навела кашњења у плаћању од стране здравствених установа. Наиме, чланом 16. Закона о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама („Сл. Гласник РС“, бр. 119/2012) прописано је да се на РФЗО, односно кориснике средстава РФЗО, до 01.01.2015. године, не

¹ Акт садржи заштићене податке. Заштићени подаци приказани су ознаком [...] или у распону који Комисија сматра одговарајућим начином заштите.

примењују одредбе закона, којима је рок за измирење новчаних обавеза одређен на максималних 60 дана. За здравствене установе, у случају када су исти дужници, уводи се постепено скраћивање рока за измирење новчаних обавеза у односу са привредним субјектима, са 150 дана у 2013. години на 60 дана од 01.05.2015. године. У периоду који је претходио доношењу овог закона РФЗО је измиривао своје обавезе према здравственим установама у року од 210-280 дана. По пријему наведених средстава, здравствене установе измирују обавезе према веледрогеријама, а након тога исте врше плаћање према произвођачима. Системски ризици су повећани и акумулираним дугом здравствених установа према веледрогеријама, у вези са којим је донет Закон о преузимању обавеза здравствених установа према веледрогеријама по основу набавке лекова и медицинског материјала и претварању у јавни дуг Републике Србије Сл. Гласник РС⁴, бр. 119/2012 и 62/2013). Неизмирене обавезе здравствених установа, Република Србија ће измити у 12 кварталних рата, почевши од 31.03.2013. године до 31.12.2015. године. Странка је такође у току 2012. године смањила своја потраживања према веледрогеријама, односно према апотекама у висини од 10%, у складу са Протоколом о сарадњи у поступку снабдевања лековима, закљученим са РФЗО.

У погледу финансијске позиције подносиоца иницијативе, странка је навела је исти, имао велики промет, остварен у поступцима јавних набавки, превасходно робом Хемофарма. У току 2010. и 2011. године, подносилац иницијативе је имао остварен негативни пословни резултат, односно генерисао је губитак из основне делатности, што је трговина на велико фармацеутским производима. Такође, у Прилогу бр. 19, достављен је извод из регистра НБС о издатим меницама за подносиоца иницијативе, са податком да је подносилац иницијативе издао укупно 2.200 меница, што, према мишљењу странке, представља значајан пословни ризик пословања са истим.

Комисија је извршила анализу предметне документације, коју је доставила странка у поднеску бр. 5/0-02-38/2014-4 од 03.02.2014. године, а која се односила на број учесника у поступцима јавних набавки, којима је странка издала предметно овлашћење, а према списку установа које је доставио подносилац иницијативе, и документације у вези са истим, коју је странка доставила у прилогу поднеска бр. 5/0-02-38/2014-4 од 03.02.2014. године. При томе је утврђено да су у 23 поступка јавних набавки учествовала 2 понуђача, којима је правовремено издато тражено овлашћење, у 26 поступка је учествовало 3 или више понуђача, у 4 поступка је учествовао само један понуђач, са правовремено издатим овлашћењем странке, док у 6 поступка исто није тражено од стране наручиоца.

У циљу утврђивања потрошње лекова на територији Републике Србије, а која је од значаја за одређивање положаја странке на тржишту лекова и медицинског материјала, Комисија се обратила Агенцији за лекове и медицинска средства Србије (у даљем тексту: АЛМС), ради достављања података о потрошњи лекова (количина и вредност) на територији Републике Србије, за АТЦ 3 групе,² у којима се налазе лекови странке у поступку, у 2013. години. Такође, Комисија је наведене податке затражила и од Републичког фонда здравственог осигурања Захтевом бр. 5/0-02-38/2014-7 од 14.03.2014. године. Увидом у достављене податке АЛМС утврђено је да постоје одређена одступања, у односу на податке РФЗО, односно да подаци АЛМС не приказују у потпуности потрошњу лекова коју је приказао РФЗО. Анализом података

² АТЦ групе представљају делове анатомско-терапијско-хемијске класификације (АТЦ) установљене и контролисане у оквиру Светске здравствене организације. АТЦ систем групише лекове по терапеутској намени, односно индикацијама, односно лекови у оквиру АТЦ 3 групе постају замењиви, у одређеној мери, у терапеутске сврхе. Листа лекова се формира користећи наведену методологију класификације.

коју је доставио РФЗО Комисија је утврдила, полазећи од критеријума АТЦ 3 групе, да је учешће странке у поступку у групи АТЦ 3 и припадајућим АТЦ 5 групама следеће:

Табела 1. Потрошња лекова и учешће Actavis-Здравље лекова

АТЦ 3/ АТЦ 5	% вредност	% количине
A02B	26,59	23,39
A02BC01	89,99	100
A04A	47,99	44,99
A04AA02	96,77	99,99
A07D	97,81	95,71
A07DA03	97,81	95,71
A10B	9,01	6,5
A10BB12	39,69	41,5
B01A	12,47	2,07
B01AC04	15,38	15,4
C01A	100	100
C01AA05	100	100
C01B	38,42	22,63
C01BD01	99,19	98,42
C01D	16,65	4,00
C01DA08	72,55	46,81
C02C	100	100
C02CA04	100	100
C07A	8,62	6,22
C07AB03	30,25	30,20
C07AG02	50,41	49,71
C08C	12,46	12,28
C08CA01	10,78	10,42
C08CA05	99,40	99,40
C09C	23,74	26,48
C09AA02	55,21	50,64
C09AA05	18,61	18,86
C09B	12,46	12,28
C09BA02	50,36	33,58
C09BA05	7,01	7,16
C09C	10,14	12,5
C09CA01	14,71	16,1
C10A	14,37	10,99
C10AA01	0,02	0,02
C10AA05	11,37	11,06
D06B	99,17	99,99

D06BB03	97,89	97,88
J01M	23,11	27,51
J01MA02	54,36	54,12
J05A	49,7	3
J05AB01	100	100
M05B	0,29	0,39
M05BA04	0,48	0,61
N02A/	10,91	4,26
N02AB03	23,55	26,66
N03A	0,00001	0,000001
N03AX09	0,00056	0,000837
N04B	1,35%	7,05
N04BC01	100	100
N05A	8,05	3,57
N05AD01	36,96	38,69
N05AH03	28,72	30,23
N05AX08	0,84	0,84
N06A	15,99	22,89
N06AA21	100	100
N06AB04	94,59	97
N06AB05	22,06	23,88
N06AB06	0,05	0,05
N06AX11	20,92	21,01
N06AX16	52,03	55,98
R03D	7,56	29,95
R03DA04	100	100

Комисија је узела у обзир и број лекова странке у поступку, који се издају на рецепт, укупно 45 лекова, према незаштићеном имену, односно укупно 95 дозних облика на Листи лекова, при чему 9 лекова који немају терапијску паралелу. Број лекова на Листи лекова по незаштићеном називу у 2014. години је смањен на 39, односно на 77 дозна облика. Комисија закључује да се наведена група лекова може посматрати и као јединствени портфолио лекова који се нуде у поступцима јавних набавки, ако се пође од претпоставке да наручици купују све лекове са листе, независно од количинских потреба. У том смислу, вредност портфолија лекова странке у поступку на Листи лекова, према подацима РФЗО, у 2013. години је била 2.665.050.448,44 РСД и имала удео од 8,65% у укупној вредности лекова издатих на рецепт.

Комисија је узела у обзир и однос броја апотека, у приватном власништву, које имају закључене уговоре са РФЗО, и који износи 1379,³ у односу на 960 апотека које се налазе у власништву Републике Србије. Из тога је закључено да је број апотека које не примењују закон о јавним набавкама 58,9%, али је вредност промета лековима који се издају на рецепт износила 8,36%.

³ Податак преузет из званичне евиденције РФЗО. Веза <http://www.rfzo.rs/download/infolekovi/apo1.pdf>

Дакле, највећи део промета у висини од 91,63% је остварен од стране апотека у чији је оснивач Република Србија, односно Апотекарске установе Београд у висини од 22,08% укупног промета.

Комисија је у циљу утврђивања чињеница које се односе на обавезу апотекарских установа да наручују лекове странке према заштићеном имену и обавезу да планирају набавку свих лекова са листе лекова из Правилника о Листи лекова који се прописују и издају на терет средстава обавезног здравственог осигурања, упутила Захтеве за давање информација на адресу 61 апотекарске установе. Анализом примљених одговора утврђено је да се, од 61 установе, 9 изјаснило да планира и прибавља све лекове са Листе, док су се 52 установе изјасниле да планирање и набавку лекова врше према потребама, и да не постоји обавеза набавке свих лекова са листе. У погледу околности која се односи на набавку лекова према заштићеном имену, односно да ли наручују и лекове других произвођача, који су истог састава, установе су се изјасниле да приликом набавке обезбеђују сва заштићена имена лекова у оквиру једног генеричког назива тј. обезбеђује све лекове који се прописују на терет средстава Фонда.

На основу оцене свих прикупљених доказа, изјава странке и трећих лица и утврђеног чињеничног стања, Савет Комисије је, на основу члана 22. став 2. Закона о заштити конкуренције и члана 121. став 4. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001), размотрио предмет и донео одлуку о обустави поступка покренутог по службеној дужности против привредног Actavis д.о.о. Београд (Нови Београд), са регистрованим седиштем на адреси Ђорђа Станојевића 12, Београд, јер не постоје правне претпоставке за даље вођење предметног поступка.

Савет Комисије предметну одлуку заснива на следећим одлучним чињеницама и околностима.

Комисија је, након обраде иницијативе, основано претпоставила постојање повреде конкуренције, полазећи притоме од претпоставке да би евентуална злоупотреба у примени пословне одлуке о условљавању пословања постојањем адекватних средстава обезбеђења, могла имати за последицу и смањење броја понуђача лекова у поступцима јавних набавки, свдећи овај број на само једну веледрогерију, односно, да би у условима евентуалног постојања доминантног положаја означеног учесника на тржишту, пракса *defacto* ексклузивне дистрибуције, која би имала за последицу смањење *intra-brand* конкуренције, могла довести и до смањења *inter-brand* конкуренције. Претходно описано представљало би ограничење конкуренције у смислу члана 16. став 2) тачка 3) Закона. Међутим, полазећи од чињеница које су утврђене у току испитног поступка, као што је податак о броју учесника на тржишту који су учествовали са овлашћењем странке у поступку, у предметним поступцима јавне набавке, утврђено је да предметна активност није имала за последицу значајно ограничење учешћа веледрогерија у поступцима јавних набавки, те је Комисија оценила да иста нема ограничавајући утицај по конкуренцију на тржишту.

При доношењу претходне оцене, Комисија је нарочито ценила налаз да је учешће портфолија лекова странке у поступку на Листи лекова 8,65%, те да веће учешће странке у појединим АТЦ 5 групама, које у неколико случајева износи и 100%, нема значајнијег утицаја на њен положај на тржишту, будући да резултати анкете показују да су набавке уређене на начин, да поред тих група, набавке обухватају шири спектар лекова различитих АТЦ 5 група, у којима странка има значајно ниже учешће.

Околност која говори у прилог горе наведеној оцени јесте и та, да су пословне одлуке о средствима и начину прибављања средстава обезбеђења биле транспарентне и једнаке за све купце. Везано за сам обрачун кредитног лимита, Комисија оцењује да је описана пословна

одлука странке у поступку, са становишта примене прописа из области заштите конкуренције, економски оправдана. При томе се полази од принципа да је сваки учесник на тржишту слободан да одреди начин на који ће проценити свој пословни ризик и његов степен у односу на своје купце. Образложења странке, у том смислу, такође говоре у прилог закључку о економској оправданости.

На основу претходно изнетог, Савет Комисије је закључио да у току испитног поступка није доказано постојање повреде конкуренције из члана 16. Закона, односно да је странка у поступку, Actavis д.о.о. Београд (Нови Београд), са регистрованим седиштем на адреси Ђорђа Станојевића 12, Београд, начином издавања овлашћења за учешће у поступцима јавних набавки значајно ограничила конкуренцију у смислу члана 16. став 2) тачка 3) и 4) Закона.

У Изјашњењу означеном као „Релевантно тржиште и допуна испитног поступка“ бр. 5/0-02-38/2014-3 од 29.01.2014. године и Изјашњењу на закључак бр. 5/0-02-38/2014-4 од 03.02.2014. године странка у поступку је изнела захтев за заштиту података, у складу са чланом 45. Закона. Разматрајући поднети захтев за заштиту података и образложење захтева, а имајући у виду да Изјашњења садрже поверљиве пословне податке, као што су: истраживања тржишта заштићена власничким правима, кореспонденција заштићену клаузулама о поверљивости, подаци који могу бити искоришћени ради нарушавања угледа странке у поступку, као и подаци који се користе у доношењу одлука и могу бити искоришћени ради слабљења преговарачке позиције странке у преговорима са купцима, али и позиције странке на тржишту. У складу са наведеним, оцењено је да је подносилац захтева у складу са чланом 45. став 2. Закона, учинио вероватним могућност настанка знатне штете због откривања података на које се захтев односи. Стога је, у складу са чланом 45. став 1. Закона, оцењено да је интерес подносиоца захтева за заштиту података оправдан и да је по значају битно већи у односу на интерес јавности у погледу предмета захтева, те је закључком председника Комисије 5/0-02-38/2014-133 од 10.12.2014. године одређена заштита података.

Имајући у виду претходно, Савет Комисије је закључио да су испуњени услови за обуставу поступка у складу са чланом 121. став 4. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник РС“ 30/2010), те је одлучено је као у диспозитиву овог закључка.

Упутство о правном средству

Против овог закључка није дозвољена жалба, али се може покренути управни спор тужбом код Управног суда у року од 30 дана од пријема закључка.

Доставити:

- адвокат [...],
адвокатска канцеларија [...]
- Actavis д.о.о. Београд,
Ђорђа Станојевића 12, Београд
- Архиви

ПРЕДСЕДНИК КОМИСИЈЕ

Доц. др Милоје Обрадовић