Р е п у б л и к а С р б и ј а
КОМИСИЈА ЗА ЗАШТИТУ КОНКУРЕНЦИЈЕ
Број: 4/0-02-23/2016-3
Веза: 4/0-02-529/2015
Датум: 29.08.2016. године
Београд

Савет Комисије за заштиту конкуренције, на основу члана 22. став 2. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“, број 51/09 и 95/13) и члана 121. став. 4. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/01 и „Службени гласник РС“, бр. 30/2010), одлучујући у поступку који се води по службеној дужности против привредног друштва Fresenius Medical Care Србија д.о.о. Београдски пут бб, Вршац, матични број 08544123, Специјалне болнице за хемодијализу „Fresenius Medical Care”, Устаничка бр.63, Београд, Специјалне болнице за хемодијализу „Fresenius Medical Care” Јурија Гагарина бр.11 в/г, Београд, Специјалне болнице за хемодијализу „Fresenius Medical Care” Византијски булевар бр. 94, Ниш, које заступа (....), адвокат из адвокатске канцеларије (....) и привредног друштва Medicon д.о.о, Војвођанска 97, Деч, матични број 08623708; Специјалне болнице за хемодијализу „Medicon“ Булевар Арсенија Чарнојевића 17, Београд и Специјалне болнице за хемодијализу „NS“ Хајдук Вељкова 11, Нови Сад, које заступа законски заступник Петар Белокапић, генерални директор, ради испитивања повреде конкуренције из члана 10. Закона, на 75 седници одржаној 29.08.2016. години,доноси

ЗАКЉУЧАК[1]

Обуставља се поступак испитивања повреде конкуренције покренут по службеној дужности против привредног друштва Fresenius Medical Care Србија д.о.о. Београдски пут бб, Вршац, матични број 08544123, Специјалне болнице за хемодијализу „Fresenius Medical Care”, Устаничка бр.63, Београд, Специјалне болнице за хемодијализу „Fresenius Medical Care” Јурија Гагарина бр.11 в/г, Београд, Специјалне болнице за хемодијализу „Fresenius Medical Care” Византијски булевар бр. 94, Ниш и привредног друштва Medicon д.о.о, Војвођанска 97, Деч, матични број 08623708; Специјалне болнице за хемодијализу

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

„Medicon“ Булевар Арсенија Чарнојевића 17, Београд и Специјалне болнице за хемодијализу „NS“ Хајдук Вељкова 11, Нови Сад.

Образложење

Комисија за заштиту конкуренције (у даљем тексту: Комисија) испитивала је, у оквиру својих надлежности из члана 21. став 1. тачка 6. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“, бр. 51/09 и 95/2013, у даљем тексту: Закон) услове конкуренције на тржишту материјала за дијализу и услуге хемодијализе у Републици Србији. Републички фонд за здравствено осигурање (у даљем тексту: РФЗО) је, на захтев Комисије, доставио документацију и информације које су од значаја за оцену услова конкуренције на релевантним тржиштима, а које се, пре свега, односе на поступке јавних набавки које је спроводио РФЗО.

Анализом достављене документације, Комисија је утврдила да РФЗО спроводи поступак јавне набавке пружања услуга хемодијализе осигураним лицима РФЗО, услед попуњености капацитета здравствених установа из Плана мреже[2]. На тржишту пружања услуге хемодијализе у Републици Србији активна су два учесника на тржишту: Fresenius Medical Care, Београдски пут бб, Вршац (у даљем тексту: Фрезенијус) и Medicon д.о.о.(у даљем тексту: Медикон), Војвођанска 97, Деч, преко сопствених специјалних болница за хемодијализу и то: Специјална болница за хемодијализу „Fresenius Medical Care”, Београд, Устаничка бр.63, Специјална болница за хемодијализу „Fresenius Medical Care”, Београд, Јурија Гагарина бр.11 в/г, Специјална болница за хемодијализу „Fresenius Medical Care” Византијски булевар бр. 94, Ниш, Специјална болница за хемодијализу „Medicon“ Булевар Арсенија Чарнојевића 17, Београд и Специјална болница за хемодијализу „NS“ Хајдук Вељкова 11, Нови Сад.

На основу расположивих података, Комисија је утврдила да је у поступку јавних набавки услуге хемодијализе за осигурана лица РФЗО, у периоду од 2008. године, долазило до договора између директних конкурената, специјалних болница за хемодијализу привредних друштава Fresenius Medical Care Србија д.о.о. и Medicon д.о.о, који су уједно и једини учесници на том тржишту у Републици Србији. Увидом у достављену документацију РФЗО, утврђено је да је договор о учешћу у поступцима јавних набавки, између наведених учесника на тржишту до 2012. године био у форми подношења заједничких понуда (конзорцијум), што је прекинуто у току трајања поступка јавне набавке РФЗО бр. 404-3-226/2012-72 од 25. маја 2012. године. С тим у вези, одређени подаци о учешћима Фрезенијуса и Медикона у поступцима јавних набавки након 2012. године, указивали су на могућност постојања координисања, или договарања о ценовној

[2] Предметна набавка се врши из разлога попуњености капацитета здравствених установа из Плана мреже, а како би се спречило стварање листе чекања и довођење у питање живота осигураних лица. Уредбом о плану мреже здравствених установа ("Сл. гласник РС", бр. 42/2006, 119/2007, 84/2008, 71/2009, 85/2009, 24/2010, 6/2012, 37/2012, 8/2014 и 92/2015), утврђује се План мреже здравствених установа - број, структура, капацитети и просторни распоред здравствених установа у државној својини и њихових организационих јединица по нивоима здравствене заштите, организација службе хитне медицинске помоћи, као и друга питања од значаја за организацију здравствене службе у Републици Србији.

политици и другим условима трговине, између наведених учесника на тржишту, имајући у виду да су друштва самостално наступала.

С обзиром на то да се члан 10. Закона односи како на уговоре, тако и на прећутне договоре и усаглашену праксу, наведено је такође указало на могућност постојања рестриктивног споразума у смислу одредбе поменутог члана 10. Закона. У складу са претходним, на основу члана 35. Закона, закључком председника Комисије бр. 4/0-02-529/2015 од 02.07.2015. године покренут је поступак испитивања постојања повреде конкуренције из члана 10. Закона. Конкретно, поступак је покренут ради испитивања сумње да је постојало координисање или договарање о ценовној политици и другим условима трговине између наведених учесника на тржишту од 2012. – 2015. године.

Испитни поступак

У току испитног поступка, Комисија је предузела доказне радње у циљу правилног утврђивања чињеничног стања, достављањем закључака и захтева за доставу података странкама, РФЗО-у, као и прикупљањем релеватних података од других учесника на тржишту.

Од странака у поступку је затражено да доставе све уговоре о конзорцијуму, које су закључиле ради учествовања у јавним набавкама за пружање услуге хемодијализе, као и да образложе кључне разлоге за учешће у конзорцијуму. Поред наведеног, тражени су подаци о свакој јавној набавци на којој су учествовале странке у поступку, а посебно је захтевано да се појасне околности у вези са јавном набавком бр. 404-3-226/2012-72, током које је раскинут конзорцијум, а након које је Медикон закључио уговор са РФЗО, по цени која је значајно испод цене коју је нудио конзорцијум. Такође, Комисија је затражила од странака да образложе начин формирања цена услуге хемодијализе (како за пружање ове услуге за кориснике РФЗО, тако и за пацијенте који нису осигурани), да доставе копије рачуна за извршену хемодијализу, као и да дају оцену одлуке РФЗО о промени начина организовања поступка јавних набавки од 2013. године, од када се предметна набавка расписује по партијама. Коначно, од странака је затражено да доставе и сву другу релевантну документацију, за коју оцене да би била од значаја за решавање ове управне ствари.

Комисија се обратила и РФЗО за захтевом за давање података, у којем је затражено да се Комисији доставе Одлуке о расписивању тендера за услугу хемодијализе у периоду 2008-2015. године, са документацијом која се односи на број пацијената, вредности набавке, као и на финансијске и друге услове које су учесници у поступку јавних набавки били у обавези да испуне. Од РФЗО су затражени и подаци о спровођењу Уговора бр. 74-1/12 од 26.07.2012. године, затим подаци о процени вредности и трошковима пружања услуге хемодијализе, оцени услова конкуренције на тржишту, као и образложење начина организовања поступка јавне набавке за пружање предметне услуге и информације и подаци о свим другим околностима које су од значаја за спровођење поступка предметних јавних набавки. Комисији је податке доставио и учесник на тржишту материјала за хемодијализу, који је изнео и оцену о стању конкуренције на тржишту. Странке у

поступку и РФЗО су у потпуности сарађивали са Комисијом и сву тражену документацију и изјашњења су достављали у траженим роковима, у складу са налозима Комисије.

Након што је прикупљена релевантна чињенична грађа, Комисија је анализирала достављену документацију и изјашњења, услове конкуренције на тржишту пружања услуге хемодијализе, цене ове услуге, трошкове странака и одлуке и акте надлежних органа. Комисија је посебно оцењивала околност да ли су странке у поступку могле да самостално учествују у поступцима јавних набавки, конкуришући једна другој, уместо да формирају конзорцијум.

Странке у поступку

На тржишту пружања услуге хемодијализе активна су два учесника на тржишту, Fresenius Medical Care и Medicon, који имају неколико болница у Београду, Новом Саду и Нишу.

Fresenius Medical Care Србија МБ:0854412 је део пословне групације Fresenius Medical Care из Немачке, са статусом домаћег произвођача потрошног материјала за хемодијализу и понуђача услуге хемодијализе у сопственим специјалним болницама. Фрезенијус представља најзначајнијег учесника на тржишту снадбевања дијализних пацијената у Србији са потрошним материјалима, опремом и услугама везаним за потребе дијализе. Према прикупљеним информацијама, Фрезенијус је имао у свом саставу неколико специјализованих болница и то у Београду, Нишу и Новом Саду, али су поједине болнице привремено затворене (болница у ул. Драгачевска 11, Београд ; болница ул. Устаничка 63, Београд и болница у Нишу). Оснивач Специјалне болнице Fresenius Medical Care је Фрезенијус доо (100%), док је та болница оснивач других центара (Нови Сад и Ниш). Оснивачи одличују о пословању болница, заједно са управним Одбором и директором, док руководиоци организационих јединица одговарају директору оснивача. На основу наведеног, Комисија констатује да Fresenius Medical Care Србија и наведене болнице, представљају повезане учеснике на тржишту, у смислу одредби члана 5. Закона. Капацитети (број пацијената који се на недељном нивоу дијализирају у специјализованим болницама) специјализованих болница Фрезенијуса су:

1. Јурија Гагарина-172
2. Драгачевска-88
3. Устаничка-64
4. Нови Сад-128
5. Ниш-128

Medicon д.о.о. МБ:08623708 је учесник на тржишту материјала за хемодијализу и тржишту услуге хемодијализе, које пружа у својим болницама у Београду и Новом Саду. Ова компанија је представник произвођача машина и опреме за дијализу Gambro и, према расположивим подацима, је други учесник по снази на овим тржиштима. Обе болнице овог друштва су основане од стране Медикон доо и Петра Белокапића (директора Медикон доо), који има мањинско учешће у капиталу, тако да Комисија констатује да се ради о повезаним учесницима на тржишту, у смилсу одредби члана 5. Закона. Капацитети

Медикона (број пацијената који се на недељном нивоу дијализирају у специјализованим болницама) су:

1. Болница „Медикон“ Београд - 60
2. Болница „НС“ - 43

Релевантно тржиште

Имајући у виду предмет јавних набавки које се испитују у поступку пред Комисијом, као и чињеницу да су јавне набавкке расписане од стране РФЗО за подручје Србије, као релевантно тржиште за потребе овог поступка је дефинисано **тржиште пружања услуге хемодијализе осигураним лицима РФЗО ван Плана мреже.**

РФЗО спроводи поступак јавне набавке пружања услуга хемодијализе осигураним лицима, услед попуњености капацитета здравствених установа из Плана мреже. На основу важећих прописа о здравственој заштити, РФЗО објављује тендере за пружање услуга хемодијализе од стране приватних болница само на допунској основи, под условом да постоји недостатак капацитета у државним болницама. Према подацима прикупљеним у испитном поступку, на релевантном тржишту су присутна два учесника на тржишту: **Fresenius Medical Care и Medicon** са својим специјализованим болницама. Према подацима из списа предмета, од укупног броја хроничних болесника који се лече у болницама, око (....) су лечени у приватним здравственим установама у 2014. години, што представља пад у погледу тог процента у 2010. години (....). Према наводима из поднеска РФЗО, у 2009. години је спроведена прва фаза рестриктивног поступка за период од три године и Одлуком о признању квалификације од 13.02.2009. године, састављена је листа кандидата којима се признаје квалификација за наведени период и то следећим здравственим центрима: Болница Фрезенијус у Устаничкој улици у Београду, Болница Медикон у бул. Арсенија Чарнојевића и Болница „НС“ у Новом Саду. Друга фаза рестриктивног поступка се спроводила за сваку наредну годину и то 2009, 2010. и 2011. године. У складу са мишљењима Министарства здравља и Института за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут“, РФЗО је, из разлога попуњености свих капацитета у државним установама, спровео поступке набавке и током 2012, 2013. и 2014. године. Од набавке бр. 404-1-226/13-4 од 29.03.2013. године, набавке се расписују по партијама (ниско и високо пропусне дијализе, хемодијафилтрација, дијализа дијализаторима мале и велике површине), а до тада само по једној партији-пружање услуга хемодијализе за тачно дефинисан период (нпр. 3 месеца) или на неодређен период. Према наводима РФЗО, тачан број пацијената (постојећих и нових, имајући у виду епидемиолошки изражен тренд пораста броја новооболелих од хроничне бубрежне инсуфицијенције) није било могуће предвидети, тако да је процењена вредност набавки дефинисана на основу опредељених средстава за конкретну јавну набавку. Број извршених услуга је зависио од стварних потреба РФЗО, односно од броја пацијената за које је потребно обезбедити предметну услугу, а максимално до износа процењене вредности у поступку јавне набавке.

Анализа Комисије

Странке у поступку су у периоду 2008-2012. година, заједнички учествовале у поступцима јавних набавки за пружање услуге хемодијализе осигураним лицима РФЗО ван Плана мреже здравствених установа. Поступајући по захтеву Комисије, достављени су Уговори о конзорцијуму за наведени период. Први уговор о конзорцијуму из 2008. године је потписан између Фрезенијусових и Медиконових болница из Београда и Новог Сада, а последњи закључен 31. маја 2012. године, за јавну набавку током које се Фрезенијус повукао из конзорцијума. Укупно је закључено 5 уговора о конзорцијуму.

Уговори су, углавном, били идентичне садржине и за предмет су имали заједнички наступ у одређеној јавној набавци пружања услуге хемодијализе. Чланови конзорцијума су биле специјализоване болнице Медикон и Фрезенијус. У свим уговорима је Фрезенијус (односно његова специјализована болница у Београду) означен као носилац конзорцијума, што подразумева да припрема документацију, заступа учеснике конзорцијума пред РФЗО, доставља банкарску гаранцију за озбиљност посла, закључује уговор са РФЗО и сл. Чланови конзорцијума су се обавезивали да неће бити стране у другом уговору о конзорцијуму, који би имао исти предмет, као и да неће самостално иступати, што је уобичајена одредба у уговорима о конзорцијуму. Ова одредба не представља ограничење за чланове конзорцијума да учествују самостално или у конзорцијуму у другим јавним набавкама, за исте или друге услуге.

У контексту испитивања услова за могућност самосталног учешћа у предметним јавним набавкама, Комисија је затражила од странака у поступку да наведу разлоге за учешће у конзорцијуму. Тим поводом, Медикон је истакао да је заједничко учешће било једини начин да ово друштво, односно његове болнице, пруже услугу хемодијализе на тржишту у Србији. Према њиховим наводима, недостатак капацитета Медикона да самостално учествује у предметним набавкама је био и разлог раскида Уговора бр. 74-1/12 од 26.07.2012. године, који је закључио са РФЗО. Наиме, РФЗО је раскинуо наведени уговор, јер је обавештен од стране Медикона да није у могућности да извршава своје уговорне обавезе, односно да изађе у сусрет захтеву наручиоца у погледу броја упућених пацијената. Комисији је достављена релевантна документација вези са наведеним Уговором, која потврђује изнете наводе.

Такође, у наредном тендеру (број РФЗО: 404-3-226/12-153), Медикон је преузео конкурсну документацију и дао понуду, али је након отварања понуда изјавио да није у могућности да у потпуности одговори захтевима РФЗО у погледу броја пацијената. Медикон је у свом захтеву за заштиту права од 02.11.2012. године, оспоравао захтев РФЗО у погледу техничких и кадровских капацитета понуђача, наводећи да такви конкурсни услови искључују конкуренцију између потенцијалних понуђача. Поред осталог, Медикон је у свом захтеву истакао да је РФЗО одредио услове који су га потпуно искључили из јавних набавки, јер је затражено да понуђач у сваком тренутку може да прими минимум 120 (Београд) и 80 (Нови Сад) пацијената. Према њиховим речима, овај услов може да испуни само Фрезенијус. Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је решењем бр.4-00-1772/2012 од 27.11.2012. године уважила захтев Медикона и ова јавна набавка је у целини поништена, уз напомену Републичке комисије „да је наручилац дужан

да правилно изради конкурсну документацију тако да у свему буде у складу са одредбама Закона о јавним набавкама, при чему је дужан да посебно води рачуна да начином на који ће иста бити опредељена не буде ограничена конкуренција међу понуђачима“.

Медикон је истакао да су престали са учешћем у конзорцијуму чим су се стекли услови за самосталан наступ. Одлука РФЗО да набавке расписује по партијама је омогућила Медикону да, барем за део партија, испуни услове који се нису тицали само и једино цене дијализних процедура, већ и других услова јавних набавки (месту пружања услуге, врсте дијализне процедуре, броју пацијената по партији). Поред тога, они су истакли да је одлука РФЗО да расписује тендере по партијама била добра за интезивирање конкуренције на тржишту, да је то омогућило самостална учешћа једина два учесника на тржишту. Пракса од 2013. представља побољшање поступка јавних набавки, урађена је и по препоруци Републичке Комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки и омогућава понуђачима да фокусирају своје понуде на партије за које имају капацитете, што је Медикону представљало проблем у посматраном периоду.

У поднеску Фрезенијуса бр. 4/0-02-529/2015-8 од 03.09.2015. године је истакнуто да учесници нису били у стању да појединачно задовоље услове генералне захтеве тендера, изневши оцену да су учесници били ограничени да наступају самостално због недостатка техничких или финансијских капацитета, или ранијих негативних референци. Ово је, како је наведено, нарочито релевантно за првих неколико јавних набавки, у којима се захтевало да понуђачи упуте **понуде за целокупну набавку**.

РФЗО је у одговору Комисији бр. 4/0-02-529/2015-21 од 27.11.2015. године навео да се може претпоставити да, узимајући у обзир капацитете болница Медикон и Фрезенијус, да свака болница појединачно није могла да испуни предмет јавне набавке у захтеваном обиму. Такође, РФЗО истиче да је од 2013. године промењен начин расписивања тендера, тако што је од тада тендер подељен на партије у циљу обезбеђења конкуренције.

Анализа цена

Имајући у виду да су предметна друштва, у поступцима јавних набавки у којима су иступали самостално, учествовали са понудама које су носиле сличне или истоветне цене, Комисија је посебну пажњу обратила на анализу цене услуга хемодијализе. Тим поводом Комисија је упоредила цене која је наплаћивана осигураницима РФЗО и цене исте услуге која је наплаћивана пацијентима, који су се у специјализованим болницама странака поступку лечили у претходном периоду, а који нису били осугураници РФЗО, односно који нису били упућивани у ове установу по основу спроведених јавних набавки. Од странака је затражено да доставе рачуне који су издавани РФЗО-у и лично пацијентима, као и да образложе начин формирања јединичне цене хемодијализе и структуру трошкова.

Странке су одговориле да су превасходно пружале услугу осигураницима РФЗО, а да је пружање третмана хемодијализе одмор-пацијентима/“приватним пацијентима“, односно осигураницима других држава, занемарљиво. На пример, Фрезенијус је доставио податак да је за 2013. годину учешће одмор пацијената у укупном броју третмана хемодијализе око (....)а у 2014. години (....) док је Медикон навео да је за 2013. годину број дијализа за

приватне пацијенте износио (....), а за 2014. годину (....), у односу на укупан број третмана. Наведено указује на чињеницу да су специјализоване болнице, пре свега, отворене ради пружања услуга хемодијализе осигураницима РФЗО, пратећи трендове у развијеним земљама, где се ова врста услуге углавном пружа у приватним здравственим центрима.

Разлика у цени осигураници РФЗО/приватни пацијенти:

Фрезенијус

Рачун	Износ
02072010 од 02.07.2010. године/приватни пацијенти	(....)
14-97-05/10 од 03.06.2010. године-РФЗО	(....)

Рачун	Износ
01042011 од 01.04.2011. године/приватни пацијенти	(....)
14-97-04/11 од 04.05.2011. године-РФЗО	(....)

Рачун	Износ
02072012 од 02.07.2012. године/приватни пацијенти	(....)
14-97-05/12 од 01.06.2012. године-РФЗО	(....)

Рачун	Износ
30112013 од 30.11.2013. године/ приватни пацијенти	(....)
14-97-01/13 од 06.02.2013. године-РФЗО	(....)

Рачун	Износ
05082014 од 05.08.2014. године/приватни пацијенти	(....)
14-97-03/14 од 04.04.2014-РФЗО	(....)

Медикон

Рачун	Износ
0011/10 од 30.08.2010. године/ приватни пацијенти	(....)
14-97-03/10 од 02.04.2010. године-РФЗО	(....)

Рачун	Износ

008/11 од 08.08.2011. године/приватни пацијенти	(....)
14-97-11/11 од 02.12.2011. године-РФЗО	(....)

Рачун	Износ
0011/12 од 07.08.2012. године/ приватни пацијетни	(....)
14-97-08/12 од 03.09.2012. године-РФЗО	(....)

Рачун	Износ
021/14 од 21.11.2014.године/ приватни пацијенти	(....)
14-97-04/14 од 08.01.2015. године-РФЗО	(....)

РФЗО је навео да Сектор за јавне набавке припрема конкурсну документацију у складу са Правилником о утврђивању цена материјала за дијализе који се обезбеђује на терет средстава обавезног здравственог осигурања („Службени гласник РС“, бр. 88/12, 41/13, 63/13, 63/13, 91/13 и 36/14). Према наводима странака, наведени Правилник ограничава цену хемодијализе, јер прописује цене дијализних процедура, а затим и цене појединачних ставки које чине дијализну процедуру.

Поред Правилника, цену хемодијализе је ограничавао и РФЗО на начин што је конкурсном документацијом утврђивао вредност сваке појединачне јавне набавке. Наиме пре доношења новог Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС", бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015), процењена вредност набавке је била доступна потенцијалним понуђачима, што је олакшавало обрачун по јединици. Сходно томе, цена од (....), која је првобитно понуђена од стране конзорцијума 2011. године, је временом постала максимална цена, јер ју је касније РФЗО користио као основу за обрачун процењене вредности тендера. Ова цена је била објављивана у току поступка од стране РФЗО, у складу са тадашњим правилима о спровођењу јавних набавки. Обе странке у поступку су истакле да су цене по којима су наступале у поступцима јавних набавки, у конзорцијуму или самостално, биле испод цена коштања услуга у њиховим болницама, указујући да цена од (....) не покрива све трошкове. Упоредном анализом ове цене, са ценама које су наплаћиване пацијентима који нису осигураници РФЗО, може се констатовати да су јединичне цене које се нуде на тендерима знатно испод јединичних цена за одмор-пацијенте. Чињеницу да су цене услуга хемодијализе ова два учесника на тржишту у појединим набавкама биле сличне, Фрезенијус објашњава тиме да се цена од (....) усталила у току конзорцијума, те да је она истовремено постала и оријентациона цена, коју РФЗО користи за обрачун процењене вредности тендера. Странке су у више наврата истакле да је предвиђена цена била на граници економске исплативости, испод трошкова, те да није постојала могућност за даље снижавање цена, што је Комисија, након анализе достављене документације, оценила као прихватљиву аргументацију.

Одговарајући на питање Комисије, које се односило на цену од (....), коју је Медикон понудио у јавној набавци у мају 2012. године, Фрезенијус је истакао да је Медикон у накнадном поступку драстично смањио цену на (....), што по њиховом мишљењу представља неуобичајену ниску цену, значајно испод трошкова. Због тога је и покренут поступак пред Републичком Комисијом за заштиту права у јавним набавкама, која је решењем одбацила пријаву Фрезенијуса. Медикон је навео да је цена једва покривала трошкове једне дијализне процедуре. Цена је покривала трошкове материјала за дијализу, материјала неопходног за рад апарата за дијализу, материјала неспецифичног за дијализу, лекова и услуге збрињавања и лечења пацијената. Према њиховим наводима, специјализоване болнице Медикона су, у периоду који је претходио периоду расписивања те јавне набавке, радиле са минималним капацитетима и имали су велике залихе, што је све утицало на одлуку да се понуди цена која покрива само основне трошкове, како би се ослободили залиха (њихово уништавање би такође довело до трошкова за компанију). Медикон је доставио прегледе структуре цена, напомињући да су болнице до 2014. године пословале са губитком и да није било позајмица од Медикон доо, оне би морале бити затворене. Такође, имали су и велике трошкове, јер су у одређеним периодима пружали медицинске услуге без уговора са РФЗО, тако да су имали и велики број судских спорова. Неплаћене фактуре су покриване позајмицама од Медикон доо, који је своја ликвидна средства морао да ангажује за позајмице које нису доносиле профит. Медикон је доставио посебан документ-Анализа уговорених и стварних цена коштања по уговорима, који показује да су просечне остварене цене коштања услуга дијализе у сваком периоду веће од уговорених цена са РФЗО-ом, или на самој ивици економске исплативости. Просечна цена коштања је била (....) у односу на просечну уговорену цену.

Финансијски извештаји, који су достављени, показују да су и специјализоване болнице Фрезенијус-а пословале са значајним и сталним губицима у посматраном периоду. Фрезенијус покрива губитке из других прихода које остварује на тржишту производње, малопродаје и извоза материјала за дијализу. Овај учесник на тржишту даље наводи да је цена предметне услуге испод компаративних цена у односу на друга упоредива тржишта, на којима је активан (Хрватска, Словенија Република Српска). Имајући у виду чињеницу да болнице Фрезенијуса послују (....), те да су капацитети неискоришћени, наведено по њима представља додатни аргумент због чега би закључење рестриктивног споразума било неповољно по овог учесника на тржишту. Његов интерес је да максимизује попуњеност капацитета, како би најефиксаније користио своје ресурсе. Међутим, тржишни услови, цена у поступцима јавних набавки нису омогућили да смање цене и искористе расположиве капацитете. Заједничко учешће није имало значајнији ефекат повећања цена, имајући у виду трошкове и цену услуге, што би требало узети приликом процене ефеката на тржишту. Напротив, како истиче Фрезенијус, неучествовање једног од учесника на тржишту у поступку јавне набавке, довело би његовог елиминисања са тржишта и вероватно би био приморан да затвори здравствене центре, те је стога конзорцијум имао одређене ефикасности у овом специфичном тржишном окружењу.

Закључна оцена

Оцењујући да ли су предметна друштва у периоду након заједничког наступања у конзорцијуму договарала ценовну и пословну политику кроз поступке предметних јавних

набавки и тиме учинили повреду конкуренције у смислу члана 10. Закона, Комисија је установила да нема доказа да је до такве повреде дошло.

Комисија је посебно анализирала начин формирања цена, имајући у виду сличност односно истоветност цена у понудама које су доставили самостално (након конзорцијума). Анализом прикупљених доказа, Комисија није утврдила да су странке договарале своје учешће на набавкама након 2012. године, нити да су у том смислу размењивале поверљиве пословне информације, која би за циљ или последицу имала повреду конкуренције у смислу одредби Закона. Штавише, на основу података из списа предмета, може се констатовати да су странке редовно подносиле захтеве Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки, у скоро свакој набавци у којој су наступале самостално. Тако је, примера ради, Медикон поднео захтеве у поступцима у фебруару 2012. године, новембру 2012. године и фебруару 2013. године, док је Фрезенијус поднео захтеве у јулу 2012. године и априлу 2013. године. Странке су доставиле своје захтеве, као и одлуке Републичке комисије. Обе странке оспоравају да је дошло до усаглашавања наступа на тендерима, на којима су самостално наступале, истичући да су се користили свим средствима да заштите своја права, тако да је, по њиховим речима, очигледно да није дошло до договора.

Кретајући се у оквирима закључка о покретању поступка, Комисија није испитивала све околности из периода у коме су странке заједнички учествовале у јавним набавка. Ипак, анализа релевантних околности из тог периода била је неопходна ради правилног утврђивања чињеница и околности у релевантном периоду. У том смислу, анализом прикупљених података указује се и на сам значај начина расписивања поступка јавних набавки, које морају бити организоване тако да не отежавају учешће актуелним или потенцијалним конкурентима. Комисија закључује да је начин организовања јавних набавки од стране РФЗО у великој мери утицао на понашање учесника на тржишту, ефикасност њиховог пословања и, самим тим, развој предметног тржишта. Тим поводом, Комисија је имала у виду значај чињенице да је у предметним јавним набавкама постојала непознаница у погледу броја пацијената, као и чињеница да се ове набавке спроводе услед попуњености капацитета здравствених центара из Плана мреже, тако да постоје одређена ограничења у погледу планирања набавки, али, такође, сматра да је постојала могућност да се капацитети једина два учесника на тржишту, искористе на ефикаснији начин. Управо је подстицање конкуренције и побошљање њиховог пословања, резултат промене начина расписивања набавке са једне, на више партија.

Стога се Комисија слаже са оценом странака и РФЗО, поводом самосталног наступа у поступцима јавних набавки од 2013. године, да начин расписивања тендера по партијама од 2013. године представља побољшање поступка јавних набавки. Оваква пракса је уведена и по препоруци Републичке Комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки. Овим путем се омогућило понуђачима да фокусирају своје понуде на партије за које имају капацитете, што је Медикону раније представљало проблем. Створена је могућност да се интезивира конкуренције између учесника, како ни један учесник не би могао бити искључен са тржишта.
У складу са наведеним одлучено је као у диспозитиву.