

Државната комисија за жалби по јавни набавки во состав: Маја Малахова – претседател, Елита Шуки – заменик претседател, м-р Мишо Василевски – член, Сузана Раваноска - член и Томо Томовски – член, врз основа на член 200 од Законот за јавните набавки, одлучувајќи по жалбата на жалителот – АД „Д-Р ПАНОВСКИ“ Скопје, наш бр.08-221/1 од 27.03.2018 година, изјавена против Одлуката за избор на најповолна понуда бр.05-197/16 од 19.03.2018 година, за дел 19 донесена по Огласот за доделување на договор за јавна набавка со Отворена постапка бр.04/2018 за набавка на стоки – лекови на договорниот орган ЈЗУ Општа болница Куманово, врз основа на член 220 став (1) алинеја 6 и став 3 и 4, а во врска со член 211 и член 228 став (2), (3) и (7) од Законот за јавните набавки (Службен весник на Република Македонија бр.27/2015 и бр.78/2015, 192/2015, бр.27/2016, бр.120/2016 и бр.165/2017), на 18^{-та} Седница одржана на ден 11.04.2018 година го донесе следното

РЕШЕНИЕ

1. Жалбата на жалителот АД „Д-Р ПАНОВСКИ“ Скопје, изјавена против Одлуката за избор на најповолна понуда бр.05-197/16 од 19.03.2018 година, за дел 19 донесена по Огласот за доделување на договор за јавна набавка со Отворена постапка бр.04/2018 за набавка на стоки – лекови на договорниот орган ЈЗУ Општа болница Куманово, **СЕ УВАЖУВА.**

2. СЕ ПОНИШТУВА Одлуката за избор на најповолна понуда бр.05-197/16 од 19.03.2018 година, донесена по Огласот за доделување на договор за јавна набавка со Отворена постапка бр.04/2018 за набавка на стоки – лекови на договорниот орган ЈЗУ Општа болница Куманово.

3. СЕ ПОНИШТУВА постапката по Огласот за доделување на договор за јавна набавка со Отворена постапка бр.04/2018 за набавка на стоки – лекови на договорниот орган ЈЗУ Општа болница Куманово.

4. Се задолжува договорниот орган на жалителот да му ги надомести трошоците на жалбената постапка во висина од 250,00 денари на име административна такса и надомест за водење на постапка во висина од 12.320,00 денари во **рок од 15 дена од денот на приемот на решението.**

5. Договорниот орган е должен да постапи по решението на Државната комисија, во спротивно ќе се смета дека не е спроведена постапката за доделување на договор за јавна набавка согласно со Законот за јавните набавки.

6. Решението на Државната комисија за жалби по јавни набавки **е конечно.**

Образложение

Економскиот оператор АД „Д-Р ПАНОВСКИ“ Скопје, изјавил жалба против Одлуката за избор на најповолна понуда бр.05-197/16 од 19.03.2018 година, за дел 19 донесена по Огласот за доделување на договор за јавна набавка со Отворена постапка бр.04/2018 за набавка на стоки – лекови на договорниот орган ЈЗУ Општа болница Куманово, бидејќи смета дека договорниот орган сторил битна повреда на Законот за јавните набавки, односно изготвил тендерска документација која не е во согласност со законот и довела до дискриминација на економските оператори и ограничување на пазарната конкуренција и предлага Државната комисија да ја поништи одлуката за избор на најповолна понуда за дел 19.

Во одговорот на жалбата бр.05-612/1 од 30.03.2018 година, договорниот орган ЈЗУ Општа болница Куманово наведува дека жалбените наводи се неосновани и предлага жалбата да биде одбиена како неоснована.

Државната комисија за жалби по јавни набавки во текот на жалбената постапка ги изведе писмените докази и тоа: жалбата, писмениот одговор на жалбата доставен од страна на договорниот орган, одговорот на жалба доставен од избраниот најповолен понудувач за дел 19, одлуката за јавна набавка, огласот, тендерската документација, записникот од отворањето на понудите, извештајот од текот на е-аукцијата, извештајот од спроведена постапка, одлуката за избор на најповолна понуда, понудите на понудувачите, како и останатата документација приложена во предметот, при што врз основа на член 220 став (1) алинеја 6 од Законот за јавните набавки најде:

Жалбата е дозволена, навремена и изјавена од овластен подносител.

Жалбата е основана.

Од увидот во доставените списи на предметот и испитувајќи ги жалбените наводи, Државната комисија за жалби по јавни набавки ја утврди следната фактичка состојба:

Договорниот орган, спровел постапка за јавна набавка со Отворена постапка бр.04/2018 за набавка на стоки – лекови, за што претходно донел

Одлука за јавна набавка бр.05-197 од 26.01.2018 година. Договорниот орган огласот го објавил на ЕСЈН на Бирото за јавни набавки и во Службено гласило на Европската унија. Набавката била делива на 23 (дваесет и три) дела, а договорниот орган во тендерската документација и во огласот предвидел дека како критериум за избор ќе се користи најниска цена, постапката ќе се спроведе со користење на електронски средства и ќе заврши со спроведување на електронска аукција. Од понудувачите било побарано да достават Изјава за независна понуда и Изјава за сериозност.

До крајниот рок за поднесување на понудите 26.02.2018 година пристигнале вкупно 9 (девет) понуди за што бил изготвен Записник од отворањето на понудите бр.05-197/10 од 26.02.2018 година. Комисијата за јавни набавки на договорниот орган извршила проверка на комплетноста и валидноста на понудите при што понудувачите со прифатливи понуди ги поканила на е-аукција односно на поднесување на конечна цена која се одржала на 15.03.2018 година. По завршувањето на е-аукцијата, односно поднесувањето на конечна цена, врз основа на Извештаите за текот на е-аукцијата, Извештаите за поднесување на конечна цена и Извештајот од спроведена постапка бр.05-197/15 од 21.03.2018 година, Комисијата за јавни набавки донела дала предлог како најповолна понуда за дел 9, дел 10, дел 12, дел 14, дел 15 и дел 16 да биде избрана понудата на економскиот оператор „МАКЕДОНИЈАЛЕК“ ДОО Скопје, за дел 4 и дел 20 понудата на економскиот оператор „АЛКАЛОИД КОНС“ ДООЕЛ Скопје, за дел 19 „ПРОМЕДИКА“ ДОО Скопје, за дел 7 понудата на економскиот оператор „ФАРМАГЕН“ ДООЕЛ Скопје, за дел 5 понудата на економскиот оператор АД „Д-Р ПАНОВСКИ“ Скопје и за дел 6 и дел 18 понудата на економскиот оператор „ГАЛИОНС ФАРМ“ ДОО Скопје. Ваквиот предлог бил прифатен од страна на одговорното лице на договорниот орган, по што била донесена сега оспорената Одлука за избор на најповолна понуда бр.05-197/16 од 19.03.2018 година.

Незадоволен од донесената Одлука за избор на најповолна понуда бр.05-197/16 од 19.03.2018 година, за дел 19 жалба до Државната комисија за жалби по јавни набавки поднесе економскиот оператор АД „Д-Р ПАНОВСКИ“ Скопје.

Постапувајќи по жалбата и жалбените наводи на жалителот, Државната комисија го утврди следното:

Жалителот во жалбата наведува дека договорниот орган сторил битна повреда на Законот за јавните набавки, односно изготвил тендерска документација која не била во согласност со законот и довела до дискриминација на економските оператори и ограничување на пазарната

конкуренција. Имено, договорниот орган објавил оглас на 31.01.2018 година, со техничка спецификација, а на 14.03.2018 година објавил измена на огласот, односно измена на тендерската документација во дел 19. На поставено прашање жалителот побарал одговор од договорниот орган зошто била направена измена во овој дел - од Epoetin во Оригинаторен Epoetin, со оглед на фактот што истиот можел да го понуди само еден понудувач, наспроти голем број на регистрирани генерици на пазарот во Република Македонија. Во одговорот, договорниот орган објаснил дека измената била направена со цел на економските оператори да им се овозможат целосни и точни информации за потребите на болницата, во која долги години се користел оригинаторен епоетин а не биолошки сличен. Дополнително договорниот орган навел дека конкуренцијата била обезбедена заради тоа што на пазарот постоеле најмалку два регистрирани лека со наведениот АТЦ код и генерика, што било доволно за обезбедување на конкуренција. Жалителот наведува дека дефинирањето на оригинаторен лек во техничката спецификација било неоправдано и нејасно земајќи го предвид фактот што години наназад, договорниот орган дефинирал спецификација за лекови каде никогаш до сега не дефинирал оригинаторен лек. Искуството на користење на оригинаторен лек изминатите години, според жалителот не е образложение за дискриминирање на биолошки сличен лек. Од стручен аспект, неоправдан е фактот што се дефинирал стриктно оригинаторен лек, заради тоа што по дефиниција биолошки лек е лек кој е максимално сличен, односно копија на одобриениот оригинатор, компарабилен во однос на квалитет, сигурност, ефикасност и физичко хемиски карактеристики. Жалителот објаснува дека немало основа мислењето дека биолошките лекови биле недоволно квалитетни поради фактот што процесот на производство на биолошки лек мора да ги исполни сите стандарди како и производството на оригинаторен лек. Регулативата во сите земји бара детално споредување на физичко-хемиските и функционалните карактеристики на биолошкиот со оригинаторниот лек (според наводите во EU Directive 2001/83/EC и EU Directive 2003/63/EC). Процесите на докажување на сличноста помеѓу биолошки и оригинаторен лек вклучуваат; peptide mapping (идентична примарна структура), UV, CD и NMR спектроскопија (компарабилност на секундарна и терциерна структура) и по нив се очекува да се постигне ист клинички ефект. Искуствено, од опсервациски студии со администрирање на биослични и оригинаторни лекови кај пациентите е докажана тераписка еквивалентност на двата лека и ист безбедносен профил. Заради тоа дескриминирачко и неиздржано е барањето на болницата за „оригинаторен epoetin“, со оправдување дека во болницата долги години се користел оригинаторен епоетин а не биолошки сличен. Договорниот орган бил должен во спроведување на јавните набавки да се води од начелата на Законот за јавните набавки, кои бараат да се обезбеди конкуренција меѓу економските оператори, еднаков третман и

недискриминација на економските оператори, транспарентност и интегритет во процесот на доделување на договори за јавни набавки и рационално и ефикасно искористување на средствата во постапките за доделување договори за јавна набавка. Заради претходно наведеното жалителот смета дека договорниот орган во предметната постапка сторил битна повреда на Законот за јавните набавки, односно дефинирал тендерска документација која не била во согласност со овој закон и довела до дискриминација на економските оператори или ограничување на пазарната конкуренција. Согласно наведеното, жалителот предлага Државната комисија за жалби по јавни набавки да ја уважи жалбата и да ја поништи одлуката за избор.

Во одговорот на жалбата договорниот орган дава кратка хронологија на постапката, а во однос на жалбените наводи истакнува дека истите се неосновани. Имено, договорниот орган согласно член 38 од Законот за јавните набавки направил измени во тендерската документација кои се однесувале на техничката спецификација, со цел да се коригира грешката направена во описот и количината на лекот и да се овозможи економските оператори да добијат точни и прецизни информации за барањата и потребите на договорниот орган. Во техничката спецификација направен бил пропуст и два пати се барал ист лек со тоа што во дел 22 бил впишан погрешен АТЦ код на лекот, исто така пропуст имало и во количината, поради што договорниот орган по свое наоѓање воочувајќи ја грешката ги направил потребните корекции во техничката спецификација. Наводите на жалителот дека со оваа корекција во техничката спецификација се правела дискриминација во однос на другите економски оператори, односно само еден економски оператор можел да го понуди, договорниот орган тврди дека во Република Македонија има најмалку два регистрирани лека со што се обезбедувала минимална конкуренција. Што се однесува до описот на лекот, договорниот орган долги години користел оригинален епоетин, затоа што ова се специфична група на медицински производи за лекување на специфични болни. Имено од 2004 година, кога во болницата било започнато лекување на анемијата кај пред дијализни пациенти, тие биле лекувани исклучиво со оригинален епоетин. Во моментот имало околу 30 пациенти со ренална анемија во преддијализен период кои подолг период примале оригинален епоетин, со кој имало одлични резултати и договорниот орган не би сакал тоа да го промени и објаснува дека во оваа група на медицински производи припаѓаат повеќе лекови кои имаат ист АТЦ код но различна генерика, поради што се и прави разлика помеѓу оригинални лекови и биослични лекови. Според Агенцијата за лекови и медицински средства, следниве медицински производи се класифицирани со АТЦ код B03XA01: Оригинаторен епоетин - ергех (заштитено име); Оригинаторен епоетин - resorpton (заштитено име); Биосличен епоетин - binocrit (заштитено име). Во

решенијата за регистрација на лековите, Агенцијата за оригинаторните епоетини навела - рекомбинантен хуман еритропоетин, што не било случај при регистрација на биосличните епоетини. За дел 19 пристигнале вкупно 3 понуди: АД „Д-Р ПАНОВСКИ“ Скопје (BINOCRIT- епоетин алфа), „ПРОМЕДИКА“ ДОО Скопје (RECORDON- епоетин бета) и „ЗЕГИН“ ДОО Скопје (EPREX- епоетин алфа). Во фаза на евалуација, согласно член 140 став 3 од Законот за јавните набавки, Комисијата побарала од понудувачите да ги достават/појаснат документите за утврдување на способност во законски утврден рок, без да создава предност во корист на одреден економски оператор со користење на бараните појаснувања или дополнувања а со цел да се да се направи избор на прифатливи понуди, односно, понуди кои ги исполнуваат барањата од техничката спецификација. По доставените одговори од економските оператори, Комисијата за јавни набавки од пристигнатите понуди како прифатливи за дел 19 ги оценила понудите на „ПРОМЕДИКА“ ДОО Скопје и „ЗЕГИН“ ДОО Скопје и ги повикала на учество на е- аукција. Понудата на жалителот, Комисијата за јавни набавки ја отфрлила како неприфатлива, поради тоа што не ги исполнувала во целост барањата во техничката спецификација, односно, понудениот лек не спаѓал во група на биослични епоетини. Согласно наведеното, договорниот орган предлага Државната комисија за жалби по јавни набавки, жалбата на жалителот да ја одбие како неоснована.

Како странка во постапката, одговор на жалба до Државната комисија достави и избраниот најповолен понудувач за дел 19 „ПРОМЕДИКА“ ДОО Скопје. Имено, конкуренција на пазарот за регистриран оригинаторен епоетин постоела од најмалку два регистрирани лека. Избраниот понудувач за дел 19 во постапката, постигнал цена во износ од 721.479,00 денари или 327.94 ден/количина, која цена била помала од реална вредност на лекот и била во интерес на договорниот орган. Согласно наведеното избраниот најповолен економски оператор смета дека не постои повреда на Законот за јавните набавки во делот на тендерската документација и предлага Државната комисија жалбата на жалителот да ја одбие како неоснована.

Државната комисија постапувајќи по жалбата и жалбените наводи, како и по службена должност согласно член 211 од Законот за јавните набавки, а врз основа на доказите приложени во предметот од спроведената постапка за доделување договор за јавна набавка, утврди дека жалбата на економскиот оператор АД „Д-Р ПАНОВСКИ“ Скопје е основана.

Државната комисија за жалби по јавни набавки го прифати жалбениот навод според кој договорниот орган сторил битна повреда на член 210 став 1

алинеја 3 на Законот за јавните набавки односно дефинирал тендерска документација која не е во согласност со овој закон и довела до дискриминација на економските оператори или ограничување на пазарната конкуренција. Државната комисија за жалби по јавни набавки утврди дека договорниот орган за дел 19 од предметната јавна набавка направил измена во овој дел при што во техничката спецификација во колоната генерика називот на лекот епоетин (Epoetin) го заменил со називот Оригинаторен епоетин (Epoetin). Со ваквото постапување договорниот орган постапил спротивно на објавениот регистар на лекови и АТЦ кодот од страна на Агенцијата за лекови и медицински средства на Република Македонија (МАЛМЕД) на која во делот на генеричко име не е наведен лек со ваков назив, со што истиот постапил и спротивно на член 2 од Законот за јавните набавки.

Државната комисија за жалби по јавни набавки постапувајќи по службена должност согласно член 211 од Законот за јавните набавки, утврди дека договорниот орган во постапката на евалуација на понудите сторил битни повреди од член 210 став 1 алинеја 6, 10 и 11, а во врска со член 140 став 7 и 8 на истиот закон кога понудите за дел 19 на „ПРОМЕДИКА“ ДООЕЛ Скопје и „ЗЕГИН“ ДОО Скопје ги сметала за прифатливи. Имено, согласно Записникот од отворањето на понудите бр.05-197/10 од 26.02.2018 година, понудувачите како доказ за исполнувањето на условите од точка 3.4 алинеја 1 на тендерската документација (техничка или професионална способност), доставиле решенија за ставање во промет на готов лек. Наведените решенија гласат на друго правно лице кое пак ги овластило понудувачите за користење на истите во предметната јавна набавка што е спротивно на тендерската документација од точка 3.4 потточка 3.4.1 и одредбите на Законот за јавните набавки кои се однесуваат подршката на економските оператори.

Согласно член 2 од Законот за јавните набавки е утврдено: „Со овој закон особено се обезбедува: -конкуренција меѓу економските оператори, -еднаков третман и недискриминација на економските оператори, -транспарентност и интегритет во процесот на доделување на договори за јавни набавки и -рационално и ефикасно искористување на средствата во постапките за доделување договори за јавна набавка.“.

Во член 3 точка 1, 10, 11 24 и точка 25 од Законот за јавните набавки е утврдено дека: “1. „Договор за јавна набавка“ е договор од финансиски интерес кој ги вклучува и секторските договори, склучен во писмена форма меѓу еден или повеќе договорни органи од една страна и еден или повеќе економски оператори од друга страна, а чиј предмет е изведување на работи, испорака на стоки или обезбедување на услуги согласно со овој закон; 10. „Електронска

аукција“ е повторлив процес на негативно наддавање кој се реализира по првична целосна евалуација на понудите, во кој понудувачите имаат можност, исклучиво со користење на електронски средства, да ги ревидираат дадените цени, така што рангирањето се врши автоматски со помош на електронски средства; 11. „Тендерска документација“ е збир на документи, информации и услови кои претставуваат основа за изготвување, доставување и оценување на пријавата за учество, односно понудата“; 24. „Прифатлива понуда“ е понуда која е поднесена во утврдениот рок и за која е утврдено дека во потполност ги исполнува сите барања од тендерската документација и техничките спецификации и одговара на сите критериуми, условите и евентуалните барања за способноста на понудувачите; 25. „Соодветна понуда“ е прифатлива понуда која е во рамките на износот што го утврдил договорниот орган со одлуката за јавна набавка или што може да го дообезбеди согласно со членот 28 став (4) од овој закон;“.

Во член 140 став (7) и (8) од Законот за јавни набавки е наведено: „(7) Неприфатливите понуди комисијата нема да ги евалуира. (8) Евалуацијата на понудите се врши исклучиво во согласност со критериумите наведени во тендерската документација и објавени во огласот за доделување на договорот за јавна набавка.“.

Во член 154 од Законот за јавните набавки е утврдено дека: „(1) Техничката и професионалната способност на економскиот оператор можат да бидат поддржани од друг субјект, без оглед на правните врски меѓу економскиот оператор и тој субјект, освен во делот на референтната листа и претходно склучените договори. (2) Ако економскиот оператор ја докажува својата техничка или професионална способност повикувајќи се на поддршката од друг субјект согласно со ставот (1) на овој член, тој е должен да ја докаже поддршката со валиден доказ дека тој субјект ќе му ги стави на располагање на економскиот оператор соодветните технички и професионални ресурси. Против субјектот кој ја обезбедува техничката или професионалната поддршка не смее да е изречена правосилна пресуда за учество во криминална организација, корупција, измама или за перење на пари. (3) Ако економски оператори поднесат групна понуда или пријава за учество, техничката и професионалната способност се докажува со земање предвид на ресурсите на сите членови на групата. Ако групата на понудувачи или кандидати настапува со техничка или професионална поддршка од трет субјект, или трети субјекти, техничката и професионалната способност се утврдуваат согласно со ставот (2) на овој член.“.

Согласно член 210 став (1) алинеја 3, 6, 10 и 11 од Законот за јавните набавки: „Битни повреди на законот во постапките за доделување на договор за јавна

набавка се, ако: - тендерската документација на постапката за доделување на договор за јавна набавка не е во согласност со овој закон и довела или можела да доведе до дискриминација на економските оператори или ограничување на пазарната конкуренција, - се сторени битни пропусти кои се однесуваат на евалуацијата на понудите, - е извршен избор на понуда која не е најповолна и - е извршен избор на неприфатлива понуда.“

Во член 211 од Законот за јавните набавки е наведено: „ Во постапката за правна заштита Државната комисија постапува во границите на жалбените наводи, а по службена должност и во поглед на битните повреди пропишани во член 210 од овој закон.“

Со оглед на фактот што жалителот успеал во постапката, трошоците на постапката за правна заштита ќе му бидат надоместени, согласно со член 228 став (2) и (7) од Законот за јавните набавки.

Од причини погоре изложени, се донесе Решение како во диспозитивот.

Упатство за правно средство: Согласно член 230 од Законот за јавните набавки и член 20 од Законот за управните спорови, против ова решение незадоволната странка може да поднесе тужба до Управниот суд на Република Македонија во рок од 30 од денот на приемот на решението.

Бр.08-221/8
11.04.2018 год.
С к о п ј е

**ПРЕТСЕДАТЕЛ,
Маја Малахова**

Доставено до:

- Архива,
- АД „Д-р Пановски“ Скопје, ул.„Скупи“ 3 бр.55, 1000 Скопје
- ЈЗУ Општа болница Куманово, ул.„11 Октомври“ бб 1300 Куманово