

STUDIJA SLUČAJA

JAVNA NABAVKA KARTICA I REAGENSA ZA AUTOMATSKO IMUNOHEMATOLOŠKO TESTIRANJE KRVI

ZAVOD ZA TRANSFUZIJU KRVI NIŠ

I UVOD

- **Naručilac:** Zavod za transfuziju krvi Niš
Adresa Naručioca: Bulevar Zorana Đinđića 48, 18000 Niš
Internet stranica Naručioca: www.transfuzijanis.rs
- **Cilj istraživanja:** Ispitivanje pravilnosti i svrsishodnosti u postupanju naručioca u postupcima javnih nabavki
- **Faza/deo javne nabavke koja je predmet interesovanja:** Konkursna dokumentacija, njene izmene i dopune, odluka o dodeli ugovora/obustavi postupka, zahtev za zaštitu prava
- **Plan javne nabavke:** Plan javnih nabavki naručioca za period 2017–2019.
- **Broj, naziv, predmet javne nabavke:** Kartice i reagensi za automatsko imunohematološko testiranje krvi davaoca metodom mikroeprevete sa inkorporativnim serumima za rad na aparatu IH-1000, za period 2017–2019, i to:
 - JN-4/17
 - JN-14/17
 - JN-19/17
 - JN-9/18
 - JN-15/18
 - JN-20/18
 - JN-30/18
 - JN-26/19
- **Vrsta postupka:** Otvoreni postupak javne nabavke
- **Procenjena vrednost javne nabavke:**
 - JN-4/17: 13.750.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-14/17: 13.750.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-19/17: 5.950.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-9/18: 14.100.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-15/18: 9.100.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-20/18: 9.100.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-30/18: 9.100.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-26/19: 7.900.000,00 dinara bez PDV-a
- **Broj ponuda:**
 - JN-4/17: 2
 - JN-14/17: 1
 - JN-19/17: 1

- JN-9/18: 1
 - JN-15/18: 2
 - JN-20/18: 2
 - JN-30/18: 2
 - JN-26/19: 1
- **Vrednost prihvaćene ponude:**
- JN-4/17: obustavljen postupak
 - JN-14/17: 13.730.774,00 dinara bez PDV-a
 - JN-19/17: 5.914.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-9/18: 14.060.240,00 dinara bez PDV-a
 - JN-15/18: obustavljen postupak
 - JN-20/18: obustavljen postupak
 - JN-30/18: 9.098.800,00 dinara bez PDV-a
 - JN-26/19: 7.723.210,00 dinara bez PDV-a
- **Vrednost najniže i najskuplje ponude:**
- JN-4/17: podatak nije dostupan na Portalu javnih nabavki, postupak je obustavljen
 - JN-14/17: 13.730.774,00 dinara bez PDV-a – jedina ponuda
 - JN-19/17: 5.914.000,00 dinara bez PDV-a – jedina ponuda
 - JN-9/18: 14.060.240,00 dinara bez PDV-a – jedina ponuda
 - JN-15/18: obustavljen postupak
 - 8.999.300,00 dinara bez PDV-a – najniža ponuda
 - 9.098.800,00 dinara bez PDV-a – najniža i najviša ponuda
 - JN-20/18: obustavljen postupak – 9.098.800,00 dinara bez PDV-a (drugi ponuđač nije prikazao cenu)
 - JN-30/18: 9.098.800,00 dinara bez PDV-a – 9.098.800,00 dinara bez PDV-a (drugi ponuđač nije prikazao cenu)
 - JN-26/19: 7.723.210,00 dinara bez PDV-a – 7.723.210,00 dinara bez PDV-a – jedina ponuda
- **Način okončanja postupka:**
- JN-4/17: obustavljen postupak
 - JN-14/17: dodeljen ugovor
 - JN-19/17: dodeljen ugovor
 - JN-9/18: dodeljen ugovor
 - JN-15/18: obustavljen postupak
 - JN-20/18: obustavljen postupak
 - JN-30/18: dodeljen ugovor
 - JN-26/19: dodeljen ugovor

- **Vreme trajanja postupka javne nabavke od momenta objavljivanja do zaključenja ugovora/obustave postupka:** Nije relevantno za predmetnu studiju, reč je o većem broju postupaka
- **Vrednost zaključenog ugovora:** Ukupno zaključeno ugovora u vrednosti od **50.527.024,00 dinara bez PDV-a**, od čega:
 - JN-14/17: 13.730.774,00 dinara bez PDV-a
 - JN-19/17: 5.914.000,00 dinara bez PDV-a
 - JN-9/18: 14.060.240,00 dinara bez PDV-a
 - JN-30/18: 9.098.800,00 dinara bez PDV-a
 - JN-26/19: 7.723.210,00 dinara bez PDV-a
- **Stepen izvršenja ugovora:** Nije relevantno za predmetnu studiju, reč je o većem broju postupaka

II GLAVNI NALAZI

- Naručilac vrši predmetne nabavke isključivo za aparat IH-1000, što objašnjava time da taj aparat analizator ima u svom vlasništvu.
- Aparat je pribavio putem ugovora o donatorstvu od privrednog društva „Diahem-Gramim d.o.o.”.
- Ugovori o javnim nabavkama u periodu 2017–2019. zaključuju se isključivo sa ponuđačem/donatorom „Diahem-Gramim d.o.o.”.
- Vrednosti zaključenih ugovora o nabavci kartica i reagensa za aparat IH-1000 višestruko su veće od vrednosti samog aparata.
- Ugovor o donaciji je u suprotnosti sa više propisa, kao i sa uputstvom Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje (RFZO) o načinu na koji se vrše donacije takvih aparata.
- U situacijama kada postoji samo jedna ponuda, naručilac je nedovoljno motivisan da uoči formalne nedostatke ponude.
- Naručilac ne dozvoljava konkurenciju više zatvorenih sistema, insistira samo na jednom jedinom zatvorenom sistemu koji se bazira na aparatu IH-1000 čak i nakon utvrđenih nepravilnosti, dok za tako nešto ne pruža nijedno medicinsko ili medicinsko-tehničko obrazloženje.
- Ugovorom o donaciji ograničava se konkurencija i povređuje integritet postupka javne nabavke.
- Republička komisija po navedenom pitanju ima neujednačenu praksu, što je suprotno sa principima pravne sigurnosti i mogućnosti da se učesnici u postupcima javnih nabavki mogu pouzdati u predvidivost prakse ili jednakost odlučivanja u istim ili sličnim slučajevima.

III OPIS SLUČAJA

Predmet ove studije su postupci javnih nabavki kartica i reagensa za automatsko imunohematološko testiranje krvi na aparatu IH-1000 u periodu 2017–2019. godina.¹ Cilj ove studije je da se analizira način na koji je naručilac pristupio oblikovanju predmeta ovih nabavki u dužem vremenskom periodu, te pravilnost i svrsishodnost ponašanja naručioca u vezi sa tim.

Naručilac, Zavod za transfuziju krvi Niš, u navedenom periodu sproveo je osam postupaka javnih nabavki kod kojih su kao predmet nabavke navedene kartice i reagensi za automatsko imunohematološko testiranje krvi davaoca metodom mikropruvete sa inkorporativnim serumima za rad na aparatu IH-1000. U pet postupaka je zaključen ugovor o javnoj nabavci, dok su tri postupka okončana obustavom postupka javne nabavke. Vrednost zaključenih ugovora o javnoj nabavci iznosi **50.527.024,00** dinara bez PDV-a. Kao što iz samog naziva predmeta javne nabavke proizilazi, sve nabavke su se odnosile na nabavke medicinskih sredstava (kartice i reagensi) **i to isključivo za aparat analizator IH-1000**. Dakle, predmet se nije odnosio na neki drugi mogući odgovarajući aparat, već isključivo na aparat IH-1000. Ovaj analizator, kao i drugi slični aparati u ovoj oblasti, predstavlja tzv. zatvoreni sistem, što znači da se na njemu za rad mogu upotrebljavati isključivo ona medicinska sredstva (kartice i reagensi) koja je proizveo ili odobrio proizvođač samog aparata („Bio-Rad Laboratories”). To znači da je u ovakvim javnim nabavkama svaka konkurencija gotovo isključena, budući da se kao ponuđači u ovakvim nabavkama mogu pojaviti ili sam proizvođač (što je retko u praksi), ili njegov predstavnik za određeno tržište (što je najčešće u praksi).

Javne nabavke sa predmetima koji predstavljaju zatvorene sisteme (bez obzira na to da li je reč o oblasti zdravstva, IT tehnologije ili nekoj sasvim trećoj oblasti), sa sobom nose posebne izazove, a najveći među njima svakako su odsustvo konkurencije i nedovoljna transparentnost. Rezultat toga može biti prihvatanje ponuda koje nužno ne znače i najpovoljniji finansijski rezultat po naručioca, budući da konkurencije nema, tako da se ponuđači – znajući da nemaju konkurenciju – mogu ponašati kao faktički monopolisti i diktirati cenu i ostale uslove ugovora. Zato je kod ovakvih nabavki izuzetno važno da naručioc zaista definišu predmet u skladu sa svojim potrebama, te da ga oblikuju kao predmet nabavke sa jednim jedinim zatvorenim sistemom samo kada je to nužno i kada nema drugog rešenja, odnosno da gde je god to moguće dozvole makar konkurenciju različitih zatvorenih sistema.

Tako se i u ovim slučajevima desilo da su ugovori zaključeni **isključivo** sa predstavnikom proizvođača „Bio-Rad Laboratories” za Republiku Srbiju – privrednim društvom „Diahem-Gramim d.o.o.”. Ne postoji nijedan ugovor koji je zaključen sa bilo

¹ Ovaj predmet je, između ostalog, izabran i zbog sličnosti predmeta sa studijama slučaja koje su se odnosile na nabavke Zavoda za transfuziju krvi Vojvodine, kako bi se omogućilo lakše poređenje i praćenje postupanja naručioca u sličnim slučajevima.

kojim drugim ponuđačem u posmatranom periodu 2017–2019.² Ovaj nedostatak konkurencije istovremeno je uzrokovao i posledicu u vidu činjenice da su vrednosti zaključenih ugovora o javnim nabavkama vrlo blizu procenjenim vrednostima javnih nabavki. Takođe, nedovoljna konkurencija, tj. nedovoljan broj ponuđača u postupku javne nabavke posledično podrazumeva i nedovoljnu transparentnost (budući da i nema trećih subjekata koji bi transparentnost koristili), tako da u svim posmatranim slučajevima u kojima se pojavio samo jedan ponuđač naručilac **nikada** nije primetio neki formalni nedostatak te jedine ponude (koja je ujedno i ponuda predstavnika proizvođača, tj. ponuda ponuđača „Diahem-Gramim d.o.o”), iako je takvih nedostataka bilo.³ Shodno tome, **u svim** slučajevima u kojima je ponuda ovog ponuđača odbijena, u pitanju je bio postupak gde je **postojao drugi ponuđač**, koji je bio u prilici da ostvari uvid u ponude i tako iskoristi pravila o transparentnosti postupka javne nabavke. Dakle, osim negativnih finansijskih posledica (vrednosti ponuda koje diktira ponuđač koji je u monopolskom položaju u odnosu na predmet javne nabavke), javne nabavke čiji se predmet odnosi na jedan jedini zatvoreni sistem imaju još jednu negativnu posledicu: naručiocu su manje motivisani da utvrđuju eventualne formalne nepravilnosti u ponudi, budući da je reč o jednoj jedinoj ponudi i ponuđaču sa kojim se može zaključiti ugovor.

Uzevši u obzir navedene rizike koji se odnose na nabavke zatvorenih sistema, jako je važno proceniti da li su one uopšte opravdane. Da bismo zauzeli načelan stav u pogledu postupanja naručioca u ovim konkretnim slučajevima, posebno ćemo obratiti pažnju na dve ključne činjenice: da li naručilac poseduje aparat analizator IH-1000, kao i način kako je naručilac do njega došao. Uzevši u obzir dokumentaciju dostupnu na Portalu javnih nabavki, pre svega konkursnu dokumentaciju i prateća pitanja i odgovore,⁴ ali i odgovarajuće izveštaje DRI koji se odnose na pravilnost poslovanja naručioca,⁵ Zavoda za transfuziju krvi Niš, saznajemo dve ključne informacije: 1) naručilac poseduje navedeni aparat, i 2) aparat je pribavljen ugovorom o donaciji, a kao donator se pojavljuje privredno društvo koje je istovremeno i ponuđač kartica i reagensa – „Diahem-Gramim d.o.o”.

Činjenica da (bilo koji) naručilac poseduje, tj. ima u svom vlasništvu određeni uređaj svakako govori u prilog opravdanosti i „uobičajenosti” rešenja da se nabavljaju medicinska sredstva i potrošni materijal koji odgovaraju baš toj opremi koju naručilac poseduje, a ne nekoj drugoj opremi koju naručilac ne poseduje. To je načelno opravdano, i deluje kao zdravorazumsko pravilo. Videćemo da u jednoj od posmatranih javnih nabavki na sličan način rezonuje i Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Međutim, smatramo da i sam način na koji je naručilac

² Prema podacima dostupnim na Portalu javnih nabavki, identična je situacija i godinama pre ovog posmatranog perioda – ugovori se zaključuju samo sa navedenim ponuđačem.

³ Tako je npr. DRI u svom Izveštaju o reviziji finansijskih izveštaja i pravilnosti poslovanja Zavoda za transfuziju krvi Niš za 2017. godinu konstatovao da je ponuda „Diahem-Gramim” neprihvatljiva jer nije dostavljeno zahtevano rešenje ALIMS-a za jedno medicinsko sredstvo, ali naručilac to nije konstatovao.

⁴ Pre svega sledeće:

<http://portal.ujn.gov.rs/Dokumenti/KonkursnaDokumentacija.aspx?idd=2018027&idp=2018015&vz=2>

i

<http://portal.ujn.gov.rs/Dokumenti/KonkursnaDokumentacija.aspx?idd=1905079&idp=1905066&vz=2>

⁵ <http://www.dri.rs/php/document/download/1412/1>

došao u posed aparata može biti od velikog značaja za ocenu opravdanosti i pravilnosti postupanja naručioca. Preciznije rečeno, nije isto da li je naručilac došao do aparata u postupku javne nabavke koji podrazumeva konkurenciju različitih alternativnih rešenja i procenu troškova životnog ciklusa (npr. cena održavanja, kartica i reagensa za narednih nekoliko godina), ili je do aparata došao donacijom, gde se kao donator pojavljuje lice koje je ujedno i ponuđač sa kojim se jedino i zaključuju ugovori o javnim nabavkama kartica i reagensa, i to upravo zato što je reč o ekskluzivnom predstavniku proizvođača tog aparata.

Iako je reč o predmetima nabavki koji su kreirani isključivo tako da se odnose na medicinska sredstva za upotrebu na aparatu IH-1000 (ne i nekom drugom odgovarajućem) i koji naručilac poseduje, postojala su druga zainteresovana lica. Tačnije, postojao je ponuđač koji je pokušao da sugeriše naručiocu i ubedi ga da dozvoli konkurenciju većeg broja zatvorenih sistema tako što će iz predmeta nabavke izbrisati odrednicu prema kojoj se kartice i reagensi odnose samo na aparat IH-1000, kako bi oni mogli da se odnose i na bilo koji drugi odgovarajući aparat (iste funkcije i namene), s tim što bi izabrani ponuđač bio u obavezi da uz kartice i reagense isporuči na korišćenje i odgovarajući analizator za njih. Tako je ponuđač „Alura med d.o.o.” upravo to i predložio naručiocu u postupcima JN-15/18 i JN-20/18. Naručilac navedene predloge nije prihvatio, čime je propustio značajnu priliku da dozvoli konkurenciju više alternativnih zatvorenih sistema i izađe iz cikličnih javnih nabavki, čiji se predmet odnosi na samo jedan zatvoreni sistem sa jednim ponuđačem. Istovremeno, ukazujemo na činjenicu da naručilac nije naveo nijedan suštinski medicinski ili medicinsko-tehnički razlog zbog kog ne bi bila prihvatljiva ponuda koja bi podrazumevala i mogućnost (besplatnog) korišćenja drugih aparata (u odgovorima na pitanja ponuđača naručilac čak ni ne spori tvrdnju da na tržištu postoje i drugi aparati sa jednakim ili boljim karakteristikama), već sve svoje argumente bazira na činjenici da poseduje aparat IH-1000, te da je to razlog nabavke sredstava za rad koja odgovaraju isključivo navedenom aparatu.

U postupku JN-20/18, nakon što nije usvojen navedeni predlog, ponuđač „Alura med d.o.o.” je podneo zahtev za zaštitu prava kojim je osporio sadržinu konkursne dokumentacije. Između ostalog, istakao je da je naručilac na osnovu simuliranog ugovora o donaciji neopravdano ograničio konkurenciju, budući da ne postoje kartice i reagensi koji odgovaraju aparatu IH-1000, a koje mogu ponuditi drugi ponuđači, već samo oni koje je proizveo/odobrio proizvođač aparata, te se simuliranom donacijom naručilac opredelio da nabavlja kartice i reagense isključivo od donatora. Podnosilac zahteva za zaštitu prava je istakao i to da se konkurencija ne sme ograničavati na navedeni način, već da naručilac (u skladu sa svojim objektivnim potrebama) mora dozvoliti da se ponude i kartice i reagensi i za druge odgovarajuće aparate, uz obavezu da izabrani ponuđač isporuči takve aparate na korišćenje za vreme važenja ugovora o javnoj nabavci.

Rešenjem br. 4-00-1937/2018 od 16.10.2018. godine Republička komisija je ovaj zahtev za zaštitu prava odbila.⁶ Ukratko, Republička komisija je zauzela stav da naručilac poseduje aparat IH-1000, da je opravdano da nabavlja sredstva za taj aparat, te nije osnovano osporavati potrebu naručioca da nabavlja kartice i reagense za taj aparat koji poseduje, odnosno osporavati što nije dozvolio i nabavku kartica i reagensa za aparate koje ne poseduje, uz ogradu da osnovanost ukazivanja da je reč o simuliranoj donaciji može biti postupak dokazivanja pred nekim drugim nadležnim organom. Time je Republička komisija zauzela stav da neće ulaziti u problematiku zakonitosti ugovora o donaciji, te se faktički ogradila od navedenog problema kao nenadležna. Ovo svakako jeste pravno moguće tumačenje. Naručilac ima određeni aparat, i zaista zdravorazumski deluje da nabavlja medicinska sredstva namenjena aparatu koji poseduje, te da se naručilac ne može naterati da nabavlja kartice i reagense za aparat koji ne poseduje. Isto tako nije sporno da su za osnovanost eventualne simuliranosti ugovora o donaciji (pre svega) nadležni drugi državni organi. **Međutim, smatramo da je Republička komisija u konkretnom slučaju pogrešila, te da je mogla i drugačije da odluči, i da se ugleda upravo na svoju prethodnu praksu po sličnim pitanjima.** Tako je npr. Republička komisija u svom rešenju br. 4-00-719/2015 od 30.04.2015. godine, po vrlo sličnom pitanju po zahtevu za zaštitu prava kod naručioca Zavod za transfuziju krvi Vojvodine,⁷ odlučila potpuno drugačije. Navodimo tadašnje stavove Republičke komisije, po nama potpuno ispravne, o odnosu ugovora o donatorstvu i ograničenju konkurencije, kada se u pitanju slični aparati i nabavka medicinskih sredstava i potrošne opreme za rad isključivo na aparatima do kojih je naručilac došao putem ugovora o donaciji:

„Činjenica da je naručilac prihvatio 'donaciju' spornog aparata koji funkcioniše po principu zatvorenog sistema, čijom upotrebom u stvari za sebe stvara situaciju da u budućnosti, neodređeno dugi period vremena, ima obavezu da nabavku neophodnog potrošnog materijala vrši isključivo od jednog dobavljača, stavljajući na taj način sebe u izrazito nepovoljan i zavisian položaj, ukazuje na zaključak da naručilac nije izvršio analizu celishodnosti prihvatanja pomenute donacije, kako sa aspekta isplativosti da se 'dobije' aparat čija cena iznosi oko 4.000.000,00 dinara, a za koji cena potrošnog materijala samo po jednom ugovoru prelazi njegovu skoro trostruku vrednost (u konkretnom slučaju, to je iznos od 11.250.000,00 dinara, koliko iznosi procenjena vrednost predmetne javne nabavke), što znači da se donatoru višestruko isplati učinjena 'donacija' jer je time uspostavio osnov za dugogodišnju ekskluzivnu naplatu i ostvarenje prihoda mimo bilo kakve konkurencije, tako i sa aspekta implikacija koje nastaju u domenu obaveza koje ima sa stanovišta odredbi ZJN u vezi sa načinom na koji je dužan da sprovodi javne nabavke, kao i sa aspekta potencijalnih poremećaja konkurentnosti u oblasti koja se odnosi na ovu vrstu dobara.”

U navedenim odlukama se vidi da je po gotovo identičnom pitanju Republička komisija u dva slučaja zauzela dva dijametralno drugačija stava, što je **neprihvatljivo sa stanovišta principa pravne sigurnosti** i mogućnosti da se učesnici u postupcima

⁶ <http://kjin.rs/wp-content/pdf/1037-2018odlukark.pdf>

⁷ <http://kjin.rs/wp-content/pdf/7192015odlukark.pdf>

javnih nabavki pouzdaju u predvidljivost i jednakost odlučivanja u istim ili sličnim slučajevima. Svakako smatramo da je odluka Republičke komisije iz 2015. godine ispravnija i potpunija, te da je Republička komisija u tom slučaju ušla u suštinu samog problema između ugovora o donatorstvu i ograničenja konkurencije u javnim nabavkama, a koje je posledica upravo ugovora o donatorstvu.

Pitanjem ugovora o donatorstvu kod naručioca, Zavoda za transfuziju krvi Niš, u posmatranom periodu bavila se i Državna revizorska institucija. Tako iz Izveštaja o reviziji finansijskih izveštaja i pravilnosti poslovanja Zavoda za transfuziju krvi Niš za 2017. godinu br. 400-413/2018-05/10 od 27.11.2018.godine⁸, saznajemo sledeće izuzetno značajne informacije i ocene:

– Zavod za transfuziju krvi Niš je 14. juna 2016. zaključio ugovor o donaciji sa pravnim licem „Diahem-gramim d.o.o.” (zavedeno u Zavodu za transfuziju krvi Niš 22. jula 2016).⁹ Član 4 ugovora o donaciji predviđa sledeće: **ukoliko Zavod za transfuziju krvi Niš u periodu od 5 (pet) godina od dana zaključenja ugovora prestane da nabavlja reagense od donatora, odnosno ukoliko donator proceni da se aparat ne koristi u dovoljnoj meri, ugovor o donaciji će se smatrati raskinutim.** Ovako zaključen ugovor o donaciji nema karakter davanja bez protivusluge.

– U periodu 2016–2017, a nakon sprovedenih postupaka javnih nabavki, Zavod za transfuziju krvi Niš je sa istim pravnim licem zaključio ugovore o nabavci reagensa za ovaj aparat ukupne vrednosti od 16.477.000 dinara (što je 1,9 puta više od vrednosti aparata).¹⁰

– Ugovor o donaciji je zaključen u suprotnosti sa uputstvom RFZO o donacijama od 30.03.2010. godine, budući da Zavod pre realizacije ovih donacija nije kontaktirao druge učesnike koji vrše donaciju istih ili sličnih aparata, kako bi između svih ponuđenih aparata izvršio izbor prema najnižoj ceni pojedinačne analize.¹¹

– Ovakav ugovor o donaciji predstavlja narušavanje načela ekonomičnosti i efikasnosti, obezbeđivanja konkurentnosti i jednakosti ponuđača, kao i transparentnosti u postupku javne nabavke.

– Ugovor o donaciji u suprotnosti je i sa **Zakonom o javnoj svojini**, budući da ograničava Zavod u upravljanju pokretnim stvarima.

⁸ <http://www.dri.rs/php/document/download/1412/1>

⁹ Celokupan ugovor dostupan na <https://pistaljka.rs/home/read/743>

¹⁰ Vrednost samog aparata koja se navodi u ugovoru o donatorstvu iznosi 8.717.560 dinara.

¹¹ Republički fond za zdravstveno osiguranje je 30. marta 2012. uputio dopis svim filijalama da zdravstvenim ustanovama na područjima svoje filijale dostave obaveštenje o načinu postupanja u slučaju da zdravstvenoj ustanovi donator ponudi aparate za medicinske analize (biohemijske, hematološke, imunološke analize, koagulometre i druge). U takvoj situaciji, potrebno je da pomenuti zdravstveni centri pre realizacije takve donacije obavezno kontaktiraju i druge učesnike koji vrše donaciju ovakvih ili sličnih aparata, kako bi se između svih ponuđenih aparata izvršio izbor prema najnižoj ceni pojedinačne analize. Pre konačne realizacije izbora donatora i aparata potrebno je da se strogo vodi računa da nijedna pojedinačna analiza koja se radi na aparatu ne sme imati veću vrednost od postojeće ugovorene cene za svaku pojedinačnu analizu, kao i da ukupna cena svih urađenih analiza ne sme biti viša od postojeće ukupne cene svih pojedinačnih analiza po aparatu.

Dakle, uzevši u obzir stavove i nalaze DRI, može se zaključiti da je ugovor o donatorstvu zaključen između naručioca i „Diahem-Gramim d.o.o.” u suprotnosti sa više propisa, po više osnova. Za nas je izuzetno značajna ocena da se ovim ugovorom narušavaju načela ekonomičnosti i efikasnosti, obezbeđivanja konkurentnosti i jednakosti ponuđača, kao i transparentnosti u postupku javne nabavke. Da je ovaj izveštaj DRI, organa nadležnog za reviziju poslovanja naručioca, objavljen pre odluke Republičke komisije po zahtevu za zaštitu prava u postupku javne nabavke JN-20/18,¹² nadamo se da bi i Republička komisija donela drugačiju odluku, jer bi pred sobom imala stav nadležnog organa koji se tiče zakonitosti ugovora o donatorstvu, a koji je bezuspešno osporavao podnosilac zahteva „Alura med d.o.o.” u svom zahtevu za zaštitu prava.

Ovim nalazima DRI, o (ne)zakonitosti predmetnog ugovora o donatorstvu možemo da pridružimo još neke:

– Iz čl. 4 ugovora o donaciji može se bez dileme zaključiti da je kupovina reagensa isključivo od donatora osnovna pobuda za zaključenje ugovora o donatorstvu, bar za davaoca donacije. Ovakva pobuda je svakako nedopuštena u oblasti javnih nabavki, budući da je u direktnoj suprotnosti sa načelom konkurencije iz čl. 10 ZJN, kao i sa nizom drugih odredbi ZJN. Uzevši u obzir sve navedeno, kao i činjenicu da je ugovor o donaciji po svojoj prirodi ugovor bez naknade, smatramo da je, u skladu sa odredbama čl. 53, st. 2 i 3 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), **navedeni ugovor o donatorstvu bez pravnog dejstva.**¹³

– Ugovor o donaciji je ugovor o poklonu. Ovakav ugovor o donaciji, koji predviđa terete i obaveze, u suprotnosti je sa pravilima ugovora o poklonu.¹⁴

– Istovremeno smatramo da su ovakvim ugovorom o donatorstvu nepopravljivo narušena pravila o integritetu postupka javne nabavke. U čl. 23, st. 2 ZJN, navodi se da ako je ponuđač (odnosno podnosilac prijave) neposredno ili posredno **dao, ponudio ili stavio u izgled neku korist**, pokušao da sazna poverljive informacije ili **da na bilo koji način utiče na postupanje naručioca u toku postupka javne nabavke**, naručilac je dužan da hitno obavesti nadležne državne organe. Ponuđač **iz svih posmatranih predmetnih javnih nabavki u posmatranom periodu** (a i pre navedenog perioda) ponudio je i dao naručiocu očiglednu korist u vidu aparata analizatora IH-1000, a zatim i uticao na ponašanje naručioca tako što ga je uslovio da mora da nabavlja reagense od njega kao donatora, i to pod pretnjom raskida ugovora i oduzimanja aparata. Umesto

¹² Reč je o samo 42 dana razlike.

¹³ Član 53 ZOO:

(1) Pobude iz kojih je ugovor zaključen ne utiču na njegovu punovažnost.

(2) Ali, ako je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku jednog ugovarača da zaključi ugovor i ako je to drugi ugovarač znao ili morao znati, ugovor će biti bez dejstva.

(3) Ugovor bez naknade nema pravno dejstvo i kad drugi ugovarač nije znao da je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku njegovog saugovarača.

¹⁴ Budući da ugovor o poklonu nije regulisan ZOO, veliki je kuriozitet da se na njega i dalje primenjuju odredbe čuvenog Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine, na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije iz 1946. U čl. 561 SGZ se navodi: „Poklon biva kad ko dobrovoljno drugome što da, ne ištući niti primajući ikakve za to naplate”.

što je zaključio ovakav ugovor pod ovakvim uslovima, naručilac je – u skladu sa navodnom odredbom – morao obavestiti nadležne organe o nedozvoljenom pokušaju davanja koristi i uslovljavanju naručioca.

Budući da je Ugovor o donatorstvu suprotan imperativnim propisima, iz svih navedenih razloga smatramo da bi se u odgovarajućem sudskom postupku ovakav ugovor sa velikim stepenom verovatnoće mogao oglasiti **ništavim i da ne proizvodi pravna dejstva**. Zabrinjavajuća je činjenica da je samo u periodu 2017–2019. na osnovu ovog ugovora, i pravdanjem takvih nabavki posedovanjem aparata u vlasništvu, zaključeno više ugovora o javnim nabavkama u vrednosti od 50.527.024,00 dinara bez PDV-a, što je višestruko veće od vrednosti samog doniranog aparata, čija se vrednost u ugovoru o donaciji (dakle bez tržišne verifikacije) određuje na 8.717.560,00 dinara. Čak i kada je nakon navedenih primedbi DRI na čl. 4 ugovora o donaciji zaključen aneks ugovora¹⁵ iz kojeg je izbrisana obaveza nabavke reagensa isključivo od donatora, naručilac je nastavio sa potpuno istom praksom, čemu svedoče javne nabavke objavljene na Portalu javnih nabavki. To upućuje na činjenicu da naručilac svojim odlukama, aktima i dokumentacijama izražava jasnu volju i nameru da predmete javnih nabavki oblikuje kao javne nabavke sa samo jednim zatvorenim sistemom u kojem nije moguća konkurencija, naročito kad se uzme u obzir i kasnije brisanje (ništave) odredbe o obavezi kupovine reagensa od donatora. Ovakve nabavke mogle bi eventualno biti opravdane kada bi određenu vrlo specifičnu potrebu naručioca mogla zadovoljiti samo određena, jednako specifična karakteristika samo jednog aparata, a koju ne poseduje nijedan drugi aparat. Budući da naručilac nije dao nijedno medicinsko ili medicinsko-tehničko obrazloženje zašto drugi odgovarajući aparati, odnosno kartice i reagensi za druge odgovarajuće aparate koji bi bili predati na korišćenje, ne bi dolazili u obzir, a uzevši u obzir argumente o nezakonitosti ugovora o donatorstvu, smatramo ponašanje naručioca kako nesvrshodnim, tj. neopravdanim, ali tako i suprotnim zakonu, naročito po pitanju odredbi ZJN koje se odnose na konkurenciju i zaštitu integriteta postupka (pre svega čl. 10 i čl. 23 ZJN).

¹⁵ <https://pistaljka.rs/home/read/760>

IV ZAKLJUČAK

U skladu sa navedenim, smatramo da naručioci ne bi smeli da zaključuju ugovore o donaciji za aparate analizatore koji predstavljaju zatvorene sisteme (osim u izuzetnim situacijama ili u slučaju vrlo specifičnih medicinskih ili medicinsko-tehničkih potreba), budući da se tako snažno utiče na ograničenje konkurencije, a može se ugroziti i integritet postupka javne nabavke. U tim retkim situacijama, kada naručioci ipak mogu pribegavati ugovorima o donatorstvu, pre ugovaranja je potrebno postupiti u skladu sa pravilima sadržanim u uputstvu RFZO od 30.03.2012, budući da bi se tako obezbedila minimalna pravila konkurencije i ocene povoljnosti različitih rešenja u slučaju donacija.

Ponašanje naručioca, u kojem nije dozvoljavao konkurenciju, a njeno ograničavanje pravdao svojim vlasništvom nad aparatom pribavljenim na osnovu nezakonitog ugovora o donatorstvu, smatramo i nesvrshodnim i suprotnim zakonu. U delu javnih nabavki, značajno je prekršeno načelo konkurencije i povređeno pravilo o integritetu postupka javne nabavke. Naručilac je propustio dve moguće prilike da predmetnu nabavku sprovede kao javnu nabavku u kojoj postoji konkurencija alternativnih zatvorenih sistema. Prva prilika kada je ponuđač „Alura med d.o.o.” predložio izmene konkursne dokumentacije na način da se mogu ponuditi kartice i reagensi i za druge aparate, pod uslovom da ponuđači ponude na korišćenje i odgovarajuće aparate za te kartice i reagense.

Druga propuštena prilika je nakon što je DRI u svom izveštaju konstatovao nezakonitost ugovora o donatorstvu, odnosno čl. 4 navedenog ugovora. Umesto da se nakon toga opredeli za oblikovanje predmeta nabavki na način kojim će se dozvoliti konkurencija većeg broja zatvorenih sistema, naručilac je nastavio sa apsolutno identičnom praksom koja je podrazumevala nabavku kartica i reagensa za aparat IH-1000, iako više nije postojala (ništava) odredba u ugovoru o donatorstvu kojom se naručilac obavezivao da kupuje reagense od donatora. Umesto da ostvari ove mogućnosti i pogodnosti koje postojanje konkurencije podrazumeva, naručilac se u oba slučaja svojim aktima, odlukama i dokumentacijama jasno opredelio za javne nabavke bez konkurencije, budući da iako je mogao nije dozvolio konkurenciju većeg broja zatvorenih sistema.

Uzevši u obzir sve navedeno, smatramo da je potrebno da se nabavkama koje podrazumevaju zatvorene sisteme bez konkurencije (nezavisno da li se radi o oblasti zdravstva, IT oblasti ili nečem drugom), posveti pojačana pažnja u smislu revizije, nadzora i kontrole, kako interne revizije, ali pre svega revizije koju vrši DRI, pa sve do nadzora nad izvršenjem ovakvih ugovora o javnim nabavkama. Smatramo da prilikom vršenja revizije pravilnosti poslovanja i/ili svrsishodnosti, ovakve nabavke uvek moraju biti predmet revizije koje vrši DRI. Tek sveukupnim sagledavanjem poslovanja naručioca, njegovih specifičnih zadataka, delatnosti, planova rada, stanja opreme, zaliha, kadrova, njihove obučenosti i slično, može se doći do zaključka da li su javne nabavke koje podrazumevaju zatvorene sisteme bez konkurencije nužne („nužno zlo”) usled specifičnih i opravdanih potreba, okolnosti i zadataka naručioca koje može zadovoljiti samo određena konkretna vrsta zatvorenog sistema, odnosno da li je takva

nabavka opravdana, ili je reč o nesvrshodnim javnim nabavkama (lošem i pogrešnom odlučivanju) ili nepravilnostima, nezakonitostima i/ili zloupotrebama, što može podrazumevati i situacije u vidu sankcionisanja kako pravnog lica, tako i odgovornog lica.

Jedno od opravdanja za korišćenje zatvorenih sistema bez konkurencije, jeste u tome što se koristi jedna ista tehnologija duži period, kadrovi naručioca su osposobljeni za rad, te je procenat greške i akcidenata (što je jako važno u ovoj oblasti) sveden na minimum, usled poznavanja aparata kojim se rukuje i pratećih procedura i postupaka. Ne bi bilo racionalno da se od naručioca zahteva da usled zaključivanja novih ugovora o javnoj nabavci, svake godine mora da se obučava za rad na novim i drugačijim aparatima i tehnologijama i primenjuje druge procedure, odnosno prilagođava ih i menja zbog primene novih aparata. Ovo bi svakako moglo da poveća stepen grešaka i akcidenata, što je u ovoj oblasti nedopustivo.

Međutim, ugovori o javnoj nabavci se ne moraju odnositi na period od jedne godine. Ugovori (ili okvirni sporazumi) se mogu zaključiti i kao višegodišnji, dakle na duži period, te naručioci mogu odrediti drugo pogodno vreme trajanje ugovora ili okvirnog sporazuma, čime bi obezbedili važnost ugovora ili okvirnog sporazuma za vreme trajanja aktuelnosti određenog sistema kao savremenog (što je može biti npr. period od 3–5 godina u savremenim tehnologijama, pre nego što nova generacija uređaja postane aktuelna), a usled čega bi, uzevši u obzir vreme trajanja ugovora ili okvirnog sporazuma, obuka kadrova postala ne samo opravdana i racionalna, već i nužna.

Uzevši sve to u obzir, preporučujemo naručiocima, da kada se radi o javnim nabavkama koje podrazumevaju tzv. zatvorene sisteme, omoguće konkurenciju na jedan od sledećih mogućih načina:

– nabavkom/kupovinom/zakupom/lizingom samog dobra (u ovom slučaju aparata/analizatora; u IT tehnologijama npr. to bi bilo nešto drugo), ali tako da se u obzir ne uzme samo cena analizatora, već da se primenom kriterijuma ekonomski najpovoljnije ponude boduju i u obzir uzmu i troškovi potrebnih medicinskih sredstava i reagensa, troškovi održavanja, obuke i slično za period aktuelnost aparata kao novog i savremenog (3–5 godina);

– zaključenjem višegodišnjih ugovora o javnim nabavkama¹⁶ (umesto jednogodišnjih, ili čak više ugovora u jednoj godini), kojima bi se nabavljala medicinska sredstva i reagensi i u kojima bi se omogućilo dostavljanje na korišćenje odgovarajućih aparata za tražena medicinska sredstva i reagense;

– i najzad, a možda i najbolje, korišćenjem i zaključenjem okvirnih sporazuma sa više ponuđača i to za maksimalno dozvoljeni period trajanja okvirnih sporazuma,¹⁷ na sličan

¹⁶ Naručilac koji je budžetski korisnik može zaključivati višegodišnje ugovore gde obaveze za plaćanje dospevaju najviše u tri budžetske godine, uz prethodnu saglasnost nadležnog organa za finansije, u skladu sa Uredbom o kriterijumima za utvrđivanje prirode rashoda i uslovima i načinu pribavljanja saglasnosti za zaključivanje određenih ugovora koji, zbog prirode rashoda, zahtevaju plaćanje u više godina („Sl. glasnik RS”, br. 21/2014 i 18/2019).

¹⁷ Po važećem ZJN/2012, to je period od tri godine.

način kao što smo već naveli: da se predmet javne nabavke odnosi na nabavku medicinskih sredstava i reagenasa uz dostavljanje odgovarajućeg aparata na korišćenje. Vešto korišćenje okvirnog sporazuma kao višegodišnjeg instrumenta u postupcima javnih nabavki, naručiocima može omogućiti pozitivne efekte konkurencije u postupku javne nabavke, pokrivenost potreba naručioca za period od više godina, stalnu dostupnost novih tehnologija za vreme važenja sporazuma, stalnu obučenosť i osposobljenost kadrova u pogledu tih novih tehnologija, postojanje rezervnih dobavljača za slučaj da neki od njih ne zaključi ugovor i/ili paralelno korišćenje većeg broja tehnologija i konkurentskih aparata zaključenjem ugovora sa svim ili većim brojem ponuđača sa kojima je zaključen okvirni sporazum (po formuli i procentima navedenom u okvirnom sporazumu), a sve to bez preuzimanja ugovornih obaveza za period od više godina u smislu budžetskih propisa, odnosno bez ograničenja koja zbog budžetskih propisa postoje za višegodišnje ugovore. Mogućnosti u slučaju okvirnih sporazuma su zaista velike, zavise u najvećoj meri od potreba i kreativnosti samih naručilaca, te pružaju šanse naručiocima da na najbolji i najfleksibilniji način zadovolje svoje potrebe u ovoj oblasti. Samim time, uz okvirne sporazume, bez vrlo specifičnih i eksplicitnih medicinskih ili medicinsko-tehničkih objašnjenja, više ne bi postojali razlozi za primenu postupaka javnih nabavki u kojima nema konkurencije i koji se zasnivaju na samo jednom jedinom zatvorenom sistemu.